

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

LÍRIO HOFFMANN JÚNIOR

**A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA MATERIAL NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: UMA PROPOSTA AMPLIATIVA À LUZ DO
DEVER DE BOA-FÉ**

Porto Alegre
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

LÍRIO HOFFMANN JÚNIOR

**A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA MATERIAL NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO:
UMA PROPOSTA AMPLIATIVA À LUZ DO DEVER DE BOA-FÉ**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação - Mestrado da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo.

Orientador: Prof. Dr. Marco Félix Jobim

Porto Alegre
2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

A dissertação intitulada A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA MATERIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: UMA PROPOSTA AMPLIATIVA À LUZ DO DEVER DE BOA-FÉ, elaborada por Lírio Hoffmann Júnior, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito, nível Mestrado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, foi submetida nesta data à banca avaliadora abaixo firmada e aprovada.

Porto Alegre (RS), 22 de março de 2018.

Prof. Dr. Marco Félix Jobim - Orientador

Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner

Prof. Dr. Fredie Didier Júnior

Prof. Dr. Araken de Assis

Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica

Prof. Dr. Sérgio Gilberto Porto

À Erica, com meu amor!

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte inesgotável de amor, justiça e perfeição. De Ti retirei a força que algumas vezes pareceu-me faltar. Em Ti, agora, regozijo-me pelo dever cumprido!

À turma lá de casa, dona Eliete, seu Lírio, Joice e Letícia; como é bom e suave o convívio com vocês!

Ao Cristiano, meu assessor e amigo fraterno. Sem a tua ajuda esse trabalho não teria nascido!

Ao meu mestre e orientador, Prof. Dr. Marco Félix Jobim. Foi uma honra ter sido seu aluno e orientando! Espero que nosso convívio nunca cesse!

Aos demais professores da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, doutores José Maria Rosa Tesheiner, Elaine Harzheim Macedo, Denise Fincato, Juarez Freitas, Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Alberto Reichelt, Gilberto Stürmer, Ricardo Lupion e Carlos Alberto Molinaro. Muito obrigado pelas valorosas lições!

Ao pessoal da Secretaria, Caren e Uillian. A ajuda de vocês foi inestimável!

Aos meus “colegas gaúchos” do curso de mestrado, que acabaram por se tornar grandes amigos. Nunca esquecerei a receptividade e o apoio que recebi de vocês. Permanecerão, certamente, no meu coração para sempre!

À Erica, pelo apoio e paciência que teve diante das inúmeras horas em que permanecemos longe.

Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, máxime si diversa pronunciarentur.*

Giuseppe Chiovenda

RESUMO

Em que medida e que com que influxo a eficácia preclusiva da coisa julgada material recebe da ordem constitucional o apoio necessário à imunização da regra concreta formulada pelo juiz na sentença transitada em julgado? Com o propósito de responder a esse elementar questionamento, que projeta interesse à própria ciência do Direito, não apenas restrita ao processo, como poderia sugerir uma exegese mais precipitada, o trabalho procurou lançar luzes sobre a função deste instituto na órbita do direito processual nacional, particularmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Em um primeiro instante, foram analisadas questões atinentes à atividade jurisdicional no Estado Constitucional, precedidas de considerações a respeito de como o processo recebe a influência inexorável do fenômeno cultural. No mesmo capítulo foram tecidas reflexões sobre as relações – bastante próximas – entre o processo e o Direito material, com apontamentos preliminares sobre os modelos de organização processual que se sucederam ao longo da história jurídica. Finalmente, abordou-se a temática do paradigma constitucional do processo, e a revolução que os direitos fundamentais, sobretudo o do contraditório, projetaram na ciência processual. Na sequência, no segundo capítulo, examinou-se a temática da identificação das demandas, expondo-se a importância dessa decisiva questão para a concretização da segurança jurídica. Ainda ali, foram expostas considerações acerca das várias teorias que se propuseram à tarefa de identificar as demandas, com especial ênfase às teorias do objeto litigioso, da ação e, finalmente, da lide. O terceiro capítulo, por sua vez, abordou o estudo da causa de pedir, em particular das teorias que procuram explicar este elemento objetivo da demanda. Foram tecidas considerações, também, sobre o seu conteúdo e componentes, bem como a regra da estabilidade. No quarto e derradeiro capítulo examinou-se, propriamente, o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada material no Direito brasileiro em perspectiva vinculada ao direito fundamental da segurança jurídica. Foram investigadas, ainda, as relações entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva, bem como as teorias que batalham por uma compreensão adequada do instituto. Concluiu-se, por fim, que em deferência à segurança jurídica, ciosa quanto à efetividade e a boa-fé processuais, no Estado Constitucional a eficácia preclusiva da coisa julgada tem a aptidão de absorver causas de pedir não declinadas na demanda.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Coisa julgada. Eficácia preclusiva da coisa julgada. Colaboração. Boa-fé

SOMMARIO

In che misura e in che modo l'efficacia preclusiva afflusso di giudicato riceve l'ordine costituzionale il supporto necessario per regola concreta immunizzazione formulata dal giudice al giudizio finale? Al fine di rispondere a questa domanda fondamentale, che progetta l'interesse per la scienza stessa del diritto, non solo limitato al processo come potrebbe suggerire un'esegesi più precipitosa, lo studio ha cercato di far luce sulla funzione di questo istituto nell'orbita del diritto processuale nazionale, in particolare dopo l'entrata in vigore del 2015 Codice di Procedura Civile, in prima istanza, i problemi sono stati esaminati relativi all'attività giudiziaria dello Stato Costituzionale, preceduta da considerazioni su come il processo riceve l'influenza inesorabile del fenomeno culturale. Nello stesso capitolo sono state fatte delle riflessioni sugli stretti rapporti tra il processo e la legge sostanziale, con note preliminari sui modelli di organizzazione procedurale che sono stati seguiti nel corso della storia legale. Infine, è stato discusso il tema del paradigma costituzionale del processo e la rivoluzione che i diritti fondamentali, in particolare quello contraddittorio, proiettavano nella scienza procedurale. Successivamente, nel secondo capitolo, è stato esaminato il tema dell'identificazione delle richieste, esponendo l'importanza di questa questione decisiva al raggiungimento della certezza del diritto. Anche lì, considerazioni sono state esposte sulle varie teorie che sono state proposte per il compito di individuare le esigenze, con particolare attenzione teorie dell'oggetto, azione impugnata e infine l'affare. Il terzo capitolo, a sua volta, si è avvicinato allo studio della causa del chiedere, in particolare delle teorie che cercano di spiegare questo elemento oggettivo della domanda. Sono state fatte anche considerazioni sul contenuto e sui componenti, nonché sulla regola della stabilità. Nel quarto ed ultimo capitolo è stato esaminato correttamente l'Istituto di reclusiva della res efficacia passata in giudicato in legge brasiliana in prospettiva legata al diritto fondamentale della certezza del diritto. Sono state studiate anche le relazioni tra efficacia giudicata e preclusiva, così come le teorie che lottano per una comprensione adeguata dell'istituto. Si è concluso, infine, che in ossequio alla certezza del diritto, geloso come l'efficacia e procedurale buona fede, lo Stato Costituzionale preclusiva l'efficacia di giudicato ha la capacità di assorbire le cause di azione non della domanda è diminuita.

Parole chiave: Sicurezza legale. Cosa giudicata. Efficacia preclusiva della cosa giudicata. Collaborazione. Buona fede

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. A SEGURANÇA JURÍDICA E A ATIVIDADE JURISDICIONAL À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL	17
1.1 O PROCESSO COMO OBRA E REFLEXO DO FENÔMENO CULTURAL.....	23
1.2 OS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO PROCESSUAL E A RELAÇÃO DO PROCESSO COM O DIREITO MATERIAL.....	31
1.2.1 A fase imanentista do processo	32
1.2.1.1 A tutela dos direitos na fase imanentista e o problema da estabilidade do comando judicial.....	35
1.2.2 A fase científica do processo e o seu caminho ao instrumentalismo	53
1.2.2.1 A tutela dos direitos na fase científica do processo – uma mudança de rumos até a busca por resultados.....	58
1.2.2.2 Os escopos da jurisdição segundo o paradigma instrumental, e a busca pelo processo justo.....	63
1.3 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO.....	67
2. A QUESTÃO DA IDENTIFICAÇÃO DAS DEMANDAS A PARTIR DE SEU CONTEÚDO	73
2.1 INTRODUÇÃO – A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO DAS DEMANDAS PARA O PROCESSO CIVIL E, EM ESPECIAL, PARA A CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	73
2.2 AS VÁRIAS TEORIAS QUE PROCURAM IDENTIFICAR A DEMANDA A PARTIR DE SEU CONTEÚDO. UM REFINAMENTO DO COMPONENTE RELATIVO À SEGURANÇA JURÍDICA.....	80
2.2.1 A identificação da demanda sob a perspectiva do objeto litigioso. A temática da individuação e da substanciação para a definição do conteúdo da demanda	81
2.2.1.1 O objeto litigioso do processo e a sistematização de categorias jurídicas – mais uma contribuição alemã.....	85
2.2.1.1.1 <i>O objeto litigioso do processo como sinônimo de afirmação jurídica (Rechtsbehauptung)</i>	88
2.2.1.1.2 <i>O objeto litigioso do processo como identificação do pedido (Antrag)</i>	92

2.2.1.1.3 <i>O objeto litigioso do processo compreendido como a fusão do pedido (Antrag) com a causa de pedir (Sachverhalt). A relevância dos “episódios da vida”</i>	96
2.2.2 A identificação da demanda segundo a teoria da ação	99
2.2.2.1 A identificação da demanda segundo a regra dos <i>tria eadem</i>	100
2.2.2.2 A doutrina pós Chiovenda	109
2.2.2.2.1 <i>A contribuição e Liebman e o problema das ações concorrentes</i>	110
2.2.2.2.2 <i>A pertinência dos fatos para a caracterização da causa de pedir e, particularmente, das demandas</i>	114
2.2.2.2.3 <i>A contribuição de Augusto Cerino Canova – o conteúdo da demanda como situação jurídica hipoteticamente afirmada</i>	118
2.2.2.2.4 <i>A concorrência dos fatos e do direito para a determinação do conteúdo da demanda – desta vez uma contribuição da moderna doutrina italiana</i>	120
2.2.3 A identificação da demanda a partir da teoria da lide	127
2.2.3.1 As objeções à teoria da lide como elemento essencial da demanda.....	132
3. A CAUSA DE PEDIR NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO	135
3.1 A RELEVÂNCIA DA CAUSA PETENDI NO DISCURSO JURÍDICO-PROCESSUAL.....	136
3.2 A CAUSA DE PEDIR E SEU RELACIONAMENTO COM O OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO.....	140
3.2.1 A identificação da demanda e de seu conteúdo segundo o Direito material	146
3.2.2 A causa de pedir e o relacionamento necessário entre Direito e processo	149
3.3 AS TEORIAS QUE PRETENDEM EXPLICAR A CAUSA DE PEDIR	152
3.3.1 A teoria da individuação e o problema das demandas autodeterminadas e heterodeterminadas	152
3.3.2 A teoria da substanciação: a alegada importância exclusiva dos fatos	157
3.3.3 A superação da desavença: a indissociabilidade das questões fáticas das questões jurídicas na narrativa processual	159
3.4 O CONTEÚDO DA CAUSA DE PEDIR. OS COMPONENTES FÁTICO E JURÍDICO.....	162
3.4.1 A importância dos fatos jurídicos para a identificação da causa de pedir	163
3.4.1.1 A preponderância dos fatos essenciais	164
3.4.1.2 O papel dos fatos simples na identificação da causa de pedir	168
3.4.1.3 Os fatos e a chamada causa de pedir passiva.....	170
3.4.2 A relevância dos fundamentos jurídicos para o mesmo fim	173
3.4.2.1 A qualificação jurídica e a (i) relevância dos fundamentos legais	176

3.5 A ESTABILIDADE OBJETIVA DA DEMANDA, A SUPERVENIÊNCIA DE CAUSAS JURIDICAMENTE RELEVANTES E A REGRA DA EVENTUALIDADE.....	178
3.5.1 A regra da eventualidade e a configuração da causa de pedir	180
3.5.2 Causas supervenientes: o elemento temporal da causa petendi	182
4. A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA.....	186
4.1 O PROBLEMA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL..	187
4.2 A TEMÁTICA DA SEGURANÇA JURÍDICA NA ÓRBITA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	190
4.2.1 Segurança jurídica e coisa julgada	192
4.2.2 A coisa julgada como regra para a existência do discurso jurídico.....	194
4.2.3 A coisa julgada como elemento indispensável à afirmação do poder	195
4.2.4 A coisa julgada como corolário do direito fundamental à tutela jurídica justa e efetiva.....	197
4.3 COMO EXPLICAR A COISA JULGADA?	198
4.3.1 A teoria da coisa julgada como presunção absoluta de verdade.....	198
4.3.2 A teoria da coisa julgada como ficção da verdade.....	200
4.3.3 A coisa julgada como eficácia da sentença	202
4.3.4 A teoria da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença	204
4.3.5 A teoria da coisa julgada como qualidade do conteúdo decisório.....	206
4.4 LIMITES TEMPORAIS DA COISA JULGADA: SERIA A COISA JULGADA UM FENÔMENO COM PRAZO DE VALIDADE?.....	209
4.4.1 Um primeiro aspecto: o momento de formação da coisa julgada e os fatos supervenientes.....	211
4.4.2 Segundo aspecto: os fatos supervenientes e a configuração da eficácia preclusiva da coisa julgada.....	213
4.5 A COISA JULGADA SOB A PERSPECTIVA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS	217
4.5.1 A função negativa da coisa julgada e regra do <i>ne bis in idem</i>	218
4.5.2 A coisa julgada e sua função positiva: possibilidades, limites e condições.....	220
4.6 AS RELAÇÕES – NEM SEMPRE AMISTOSAS – ENTRE COISA JULGADA E PRECLUSÃO.....	222
4.6.1 É realmente viável a construção de um regime normativo comum em tornos das “forças estabilizantes”?.....	224

4.6.2 Em que categoria estabilizante pode ser situada a eficácia preclusiva da coisa julgada?	227
4.7 LIMITES OBJETIVOS E EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA	229
4.7.1 A resolução de “questões”: que destino as reserva?	230
4.7.2 O papel da eficácia preclusiva	237
4.8 A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO...	242
4.8.1 Aspecto introdutório: em que plano se situa o problema?	243
4.8.2 Eficácia preclusiva da coisa julgada no Direito brasileiro: definição, finalidades e pressupostos	247
4.8.3 A eficácia preclusiva da coisa julgada no Direito comparado	250
4.8.4 A eficácia preclusiva da coisa julgada em sua perspectiva restritiva	256
4.8.5 Por que a adoção por uma tese ampliativa?	262
CONCLUSÃO	286
REFERÊNCIAS	289

INTRODUÇÃO

Desde as origens da vida, não apenas em relação aos bens e aos interesses materiais, senão que também espirituais, o instinto de segurança que tem movido o homem ao longo dos séculos perpassa pelo sentimento de conservação.

Assim se operou, em um primeiro instante, em relação à religião, que pela crença em entidades sobre-humanas – fiadores da salvação – prometia nada menos que um antídoto à morte. Daí o alívio ao espírito. A perplexidade diante do nada e o pavor do desconhecido, inimigos capitais do instinto de autopreservação humano, justificaram os mais audaciosos projetos de proteção. Armas de guerra, utensílios de segurança, obras colossais de visavam à contenção do inimigo ou de povos hostis, tudo isso foi feito em nome de um só valor: a segurança.

A evolução do homem acompanhou essa lógica. Não apenas no campo da Arquitetura, mas, sobretudo, no das ciências médicas, como a Medicina e a Biologia, os avanços que se sucederam, mediante o gênio criativo para a concepção de vacinas e técnicas que acabaram por prolongar a vida, por exemplo, são paradigmas notáveis de preocupação por sobrevivência.

Mas o homem percebeu que sozinho, ou em grupos limitados de indivíduos, a segurança da vida, do patrimônio e da tranquilidade não passava de uma ilusão pueril.

Foi o sentimento crescente por segurança que forjou, nos mais remotos recantos do mundo, a criação do Estado e, a partir dele, em momento posterior, do Direito enquanto fenômeno jurídico na concepção que hoje se lhe atribui. O Direito é, por excelência, o mais eloquente dos sintomas que conduziram o homem à busca por segurança, e dele se vale o Estado para que essa aspiração se concretize, inclusive, por meios coercitivos.

Constituiu-se o Direito, relegada a força bruta a plano inalcançável, no mais eficaz instrumento de concretização da segurança, algo, pois, que torna possível a vida social. Daí a correção da assertiva segundo qual quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada ela se apresenta.

No plano jurídico, a segurança se exprime na certeza de que o Direito predisposto a regular determinado grupo social seja objetivamente uno, e de que as mudanças necessárias ao acompanhamento da evolução social se deem em bases racionais, confiáveis e previsíveis. Não há segurança jurídica quando o indivíduo desconfia da força do Estado para a manutenção de seus propósitos e de sua estrutura.

Assim, não por acaso, é frequente a previsão nos sistemas constitucionais das nações civilizadas – quando não expressamente, ao menos de forma pressuposta – da segurança jurídica, porque ínsita à própria compreensão de Estado de Direito. Corolário dessa particular forma de concepção do fenômeno jurídico é que o Estado, ao mesmo tempo em que cria o Direito, a ele se submete com reverência, seja tolhendo comportamentos desairosos dos membros da coletividade, seja seguindo, ele próprio, o arquétipo constitucional que molda a segurança.

Quanto ao Poder Judiciário, a parcela de soberania que o povo, por intermédio da Constituição, lhe concede repousa na autoridade que recobre suas decisões. Afirmar soberano o Estado por sua face judiciária, portanto, significa reconhecer em suas decisões um ato de império, que se deve procurar resolver com justiça os conflitos que são levados à apreciação dos juízes e tribunais, não pode olvidar, por outro lado, que a manutenção das situações jurídicas por eles constituídas ou reconhecidas é condição de manutenção da paz e tranquilidade sociais.

A intangibilidade da coisa julgada labora para a conservação deste estado ideal de coisas; mas as objeções que lhe vêm sendo dirigidas, não sem alguma perplexidade, têm suscitado a atenção e o esforço dos estudiosos, que se debruçam na tarefa de determinar o aspecto fundamental de sua dimensão e o papel que desenvolve frente a outros valores consagrados constitucionalmente.

Se a ninguém parece lícito, sem críticas, revelar desprezo ao valor da coisa julgada, reconhecida, sem oponentes diretos, como um bastião daquele direito fundamental, tem-se revelado comum a crítica à amplitude que lhe confere institutos de apoio a sua autoridade, como a eficácia preclusiva da coisa julgada material.

Segundo doutrina amplamente majoritária, esse instituto merece contemplação relativa. Considerações técnicas e, de maior envergadura, de aspectos constitucionais, recomendariam que a ele se destinasse modesta intensidade, de modo a que ficasse restrito o seu raio de atuação à lide ou ao objeto litigioso veiculados na demanda. A partir disso, argumenta-se, não teria ele aptidão de consumir causas de pedir não deduzidas na petição inicial, o que não impediria o autor sucumbente, assim, de voltar a juízo para, mediante fundamento diverso, postular o acolhimento do pedido que antes lhe fora negado.

Não há mansuetude quanto ao tema, embora a posição contrária, temente a reais possibilidades de indevida multiplicação de processos, de menoscabo à celeridade e à efetividade processuais, e da subjugação da boa-fé processual, seja bem menos frequentada. A

escolha exegética, quanto ao direito posto, por uma ou outra corrente – ou, quiçá, de *iure condendo* pelo legislador – assume relevância decisiva na prática processual como meio legitimamente ordenado à resolução das controvérsias. Daí a importância do tema eleito no trabalho, que se propõe a responder a essas questões: a) A eficácia preclusiva da coisa julgada material opera nos estreitos limites da lide proposta pelo autor?; b) É lícito imaginar que o sistema processual, a partir da pauta proposta pela jurisdição do Estado Constitucional, grave o autor com o ônus de articular na demanda a lide em sua concepção sociológica?; c) Em articulação aos questionamentos anteriores, teria a eficácia preclusiva da coisa julgada material o efeito de impedir a reiteração do pedido com fundamento em causa de pedir diversa?

Embora uma resposta provisória, à luz de opções parciais feitas pelo legislador, pareça indicar que a resolução desses problemas suscite a exigência de perfeita correspondência entre as demandas propostas, isto é, coincidência estrita entre seus elementos constitutivos (partes, causa de pedir e pedido), ao contrário, tudo parece apontar que à eficácia preclusiva da coisa julgada importa com mais realce o alcance conferido à norma concreta estipulada pelo juiz na decisão de mérito.

Sendo ela a resposta conferida pelo juiz ao pedido formulado na demanda, parece inapropriado admitir como legítimo o ingresso de outra ação, com base em diferente causa de pedir, quando à parte não se impunha qualquer óbice a sua articulação no primeiro processo.

Os objetivos almejados neste trabalho se circunscrevem a dois planos. Em um primeiro momento, por ótica geral, visa-se a estudar a compleição da eficácia preclusiva da coisa julgada a partir da promessa constitucional de segurança jurídica. Em termos específicos, por outro lado, almeja-se analisar se a hipótese acima descrita coincide com o modelo de jurisdição inaugurado pelo Estado Constitucional, bem como investigar se a temática relativa aos critérios hauridos do sistema processual positivo para a identificação das demandas serve de norte à configuração da eficácia preclusiva.

Visa-se, ainda, a descrever a temática relativa à causa de pedir no direito processual nacional, em particular para a determinação precisa daquilo que, em se admitindo a adoção de uma tese ampliativa, compreende o material absorvido pela eficácia preclusiva. Finalmente, almeja-se verificar se as relações existentes entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva comungam da mesma essência, particularmente para se aferir se o âmbito de proteção conferido pela última resulta num elástico dos limites objetivos da coisa julgada.

Seguindo-se tais objetivos, convencionou-se segmentar o trabalho em quatro capítulos. No primeiro, será abordada a mecânica da tutela dos direitos no Estado Constitucional e o influxo do processo cultural no fenômeno jurídico como um todo e, em particular, no processo civil. Discorrer-se-á sobre as fases metodológicas do processo até o paradigma da constitucionalização, com ênfase, ao final, no papel do juiz como sujeito apto a atribuir sentidos racionais aos textos normativos.

Em seguida, no segundo capítulo, o trabalho foca atenção na temática da identificação das demandas, bem assim na importância do estudo do objeto litigioso do processo em suas mais variadas perspectivas para o desenvolvimento do processo como disciplina autônoma. Será enfrentada, ainda, a questão da importância dos fatos e dos fundamentos jurídicos para a constituição desta categoria jurídica.

A tônica da causa de pedir assume consideração no terceiro capítulo. Em suma, em um primeiro instante serão analisadas as relações da *causa petendi* com o objeto litigioso do processo, e o relacionamento que, a partir dela, autorizam um estudo relacionado entre processo e Direito material. Também serão destinadas considerações às teorias que procuram explicar o conteúdo da causa de pedir, bem como a regra da eventualidade na consideração sobre fatos.

Finalmente, o quarto capítulo abordará o tema da eficácia preclusiva da coisa julgada material no Direito nacional. Considerações a respeito da coisa julgada assumirão a base das discussões em um primeiro instante. Logo em seguida, serão destacadas considerações sobre o papel das chamadas “forças estabilizantes”. Na parte derradeira do capítulo, o trabalho se concentra na análise da eficácia preclusiva da coisa julgada material, em particular nas argumentações que avocam predileção ora por uma tese ampliativa, ora por uma compreensão restritiva. Neste encargo, serão levadas em considerações particularidades sobre a regra da colaboração e do princípio do contraditório, componentes indelévels do conceito de processo justo.

A elaboração do trabalho tomou por norte, quanto à abordagem, o método dedutivo, estruturando-se o raciocínio a partir de proposições teóricas gerais em direção a uma conclusão específica quanto aos problemas propostos.

Já os métodos de procedimento, que tomaram em consideração pesquisa de ordem bibliográfica, atinam a parâmetros históricos, comparativos e monográficos. Os conteúdos dogmáticos abordados nos capítulos do trabalho não prescindiram de subsídios hauridos de acontecimentos ou situações que se passaram ou vigoram em ordenamentos pretéritos e em

outros sistemas jurídicos. Combinados com elementos extraídos do panorama jurídico vigente, estes aportes proporcionaram um estudo a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada capaz de ensejar generalizações.

Circunscrito, assim, o tema objeto de investigação, impõe-se desenvolvê-lo.

1. A SEGURANÇA JURÍDICA E A ATIVIDADE JURISDICIONAL À LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Enquanto obra do espírito humano, o direito vocaciona-se a servir de instrumento à pacificação social, e, segundo a pena de insuspeito sociólogo, não se tem notícia, em outras paragens dos sistemas sociais, que algum deles tenha logrado maior êxito e prestígio neste intento.¹

Se é correto afirmar, em um primeiro instante, que a autoridade do direito repousa na contingente aplicação da sanção – mecanismo de que se valem determinadas espécies de normas para o respeito a seu preceito impositivo –, não se poder olvidar, por outro lado, que a sua legitimidade encontra assento em fundamentos outros, além da força, que tornam a coação suave à intuição e à tolerância sociais.²

Constitui, pois, uma obviedade assentar que o direito não se traduz em objeto consumado, e que, ao reverso disso, recebe o influxo das mais diversas variáveis sociais que, além de forjar-lhe o conteúdo, laboram para a estabilidade e aceitabilidade dos comandos descritos.³ Convém, para além disso, perscrutar por que, e de que forma, o direito, e mais particularmente o direito processual civil, acabaram por sofrer o influxo de tais defluências.

Superada a ideia ingênua e insensível do fenômeno jurídico como pura categoria racional – que pelos mais variados matizes atraíram, não sem razão, críticas de todas as ordens –, sobretudo pelo exagerado colorido ao viés contratualista que explicaria a necessidade do direito,⁴ põe-se em realce a necessidade de idealizá-lo também como fenômeno social fruto da cultura.⁵

Se a tentativa de explicar a sociedade e o Direito a partir de um homem concebido anteriormente à organização da convivência social – fruto, pois, da razão – acabou por gorar,⁶

¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da Sociologia Compreensiva. vol. 1. Brasília: UNB, 1999, p. 201.

² Como bem pondera Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “não se nega certa relação entre poder e força (física), pois se reconhece que os detentores do poder são aqueles que têm a força necessária para fazer respeitar as normas que deles emanam. Admite-se, pois, que a força é *instrumento* necessário do poder, mas nega-se que seja seu *fundamento*. Sutilmente, vai dizer o jurista que a força é necessária para *exercitar* o poder, mas não para justificá-lo. O que o justifica é o *consenso*”. (**Estudos de Filosofia do Direito**: reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 17).

³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: UFRGS, vol. 15, 1998, p. 7.

⁴ REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 78.

⁵ FALZEA, Angelo. **Introduzione alle Scienze Giuridiche**: Il Concetto di Diritto. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 492.

⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5-7.

não se pode deixar de reconhecer que este método epistemológico, em si marcado por um profundo traço cognitivista, foi o responsável direto por uma deformação decisiva tanto do conceito de Direito, quanto das técnicas de interpretação jurídica.⁷

Nem sempre bem compreendida, pode-se afirmar com relativa certeza, consoante notícia Norberto Bobbio, que a passagem a esse sistema, embrião de um futuro “positivismo jurídico” que viria a reinar em diversos ordenamentos, ocorreu por consolidar-se com a formação do Estado Moderno e o estabelecimento da premissa de que a ele cabe, com exclusividade, a criação do Direito.⁸

Relativamente ao direito processual, e em particular ao processo civil, é intuitivo imaginar que as coisas tenham se passado de modo similar. A ideia de um processo universalmente aceito, infenso a falhas e de natureza intemporal, foi, seguramente, a mais eloquente tentativa do liberalismo reinante a partir do século XIX de fazer valer seus ideais de segurança jurídica.⁹

A tentativa desesperada de superar um suposto protagonismo judicial, e com isso resguardar a permanência e segurança do próprio Direito, no pressuposto constante de que ao juiz competia apenas à tarefa de anunciá-lo, tornou por ocasionar um efeito deletério de proporções inauditas. O estabelecimento deste modo de encarar o fenômeno jurídico, de pronto migrada à seara processual, logo cobrou o preço pelo descolamento da realidade e pelo desprezo à história, em si essenciais não só à compreensão, como à reconstrução dos sentidos.¹⁰

Se na atualidade esse critério já não tem a aptidão de impressionar minimamente, não se pode deixar de reconhecer, como bem observa Ovídio A. Baptista da Silva, que o cinismo hermético resultado dessa ideologia teve, por diversas vezes, de ceder à realidade e deixar-se seguir pelos movimentos culturais que passaram a pautá-la.¹¹

⁷ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39.

⁸ **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 26-27.

⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 178.

¹⁰ ALLORIO, Enrico. **Significato della storia nello studio del Diritto processuale civile**: problemi di diritto. vol. 3. Milano: Giuffrè, 1957, p. 115.

¹¹ Segundo o processualista gaúcho, “a busca de regras e princípios de validade universal e eterna, que preside nossa cultura jurídica, esta “repulsa” pela historicidade do Direito, pode produzir consequências espantosas como adverte Ewald, ao descobrir-se, como o fizeram os juristas franceses, que, para mudar inteiramente o direito civil francês, não foi necessário mudar o Código Civil: ‘Desse modo, faz parte da experiência contemporânea do direito francês o facto de não ser necessário mudar o código – o Código Civil, precisamente – para que se mude o direito’ (p. 211). Este é o preço afinal pago pelos ordenamentos jurídicos e pelos ambiciosos sistemas doutrinários de que foi prodigioso o pensamento europeu, a partir do século XIX: a permanência do direito, a conservação indefinida de suas regras e princípios faz-se a custo da cada vez mais completa alienação da história e dos fatos sociais. b) O fenômeno é perfeitamente conhecido dos juristas que lidam com o processo

O nascimento do direito processual como ciência autônoma sofreu, por certo, a influência direta desse pensamento limitador.¹² Inspirado, sobretudo, por propósitos depuradores como uma reação natural ao desígnio autonomista, por longo tempo esteve divorciado de qualquer movimento que sugerisse, ainda que minimamente, uma tentativa emancipatória da jurisdição como atividade criativa.¹³

O modelo se propunha a garantir que a previsibilidade do Direito não fosse comprometida por uma atuação subversiva do juiz – preso aos modelos da lógica-subsuntiva – severamente advertido de que atividade de aplicação do quadro fático ao modelo abstrato do texto legal haveria de ocorrer à revelia de qualquer elemento exterior ao direito codificado.¹⁴

Como seria de supor, as reações a este modelo de frágil suficiência quanto aos aspectos de legitimidade e eficácia tornaram-se aparentes em movimentos cíclicos, alternados pendularmente em estágios que alternaram uma maior ou menor hegemonia em relação ao aspecto formalista. Segundo Vittorio Villa, “si guardiamo alla storia della cultura giuridica moderna, e in particolare ai sistemi di diritto codificado, possiamo in realtà notare che vi è stato un avvicinarsi di posizioni formalistiche e di posizioni antiformalistiche”¹⁵.

Um impulso de contenção a este modelo, que levou às últimas consequências a revolta à apatia interpretativa, pôde ser verificada na azáfama conhecida como movimento do Direito Livre. Por tal designação, segundo lembra Castanheira Neves, podia ser compreendida qualquer norma que fosse além – ou, em certo sentido, até mesmo contrariamente – do direito oficialmente produzido pelos órgãos legislativos do Estado.¹⁶

Liberta das amarras que a prendiam ao modo de produção oficial do Direito, a Escola do Direito Livre tinha subjacente à sua metodologia a noção de que o Direito não se continha

civil, pois este é o ramo do direito mais comprometido com a história, uma vez que lhe cabe não apenas prescrever regras hipotéticas, como o faria o jurista do direito material, mas diretamente intervir nos conflitos sociais, impondo, aqui e agora, uma determinada regra de conduta. O exemplo francês da criação da moderna jurisdição de urgência (*jurisdiction des référés*) é ilustrativo, ao demonstrar como as pressões da experiência jurídica podem instituir novos modelos e abrir caminhos inovadores, mesmo que a doutrina tente preservar seus castelos conceituais e resista em admitir que os velhos princípios que sustentaram os códigos do século XIX já não mais atendem às exigências da civilização contemporânea”. (**Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179).

¹² Ilustrativa dessa peculiar forma de enxergar a função do juiz no processo, que, ao cabo, constituía, pois, a própria tarefa da jurisdição, é a célebre frase de Giuseppe Chiovenda, segundo a qual a função do magistrado consistia na descoberta da “vontade concreta da lei”. (**Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 40).

¹³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12-13.

¹⁴ NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Ed, 1983, p. 37.

¹⁵ **Uma teoria pragmaticamente orientada dell’interpretazione giuridica**. Torino: Giappichelli, 2012, p. 78.

¹⁶ **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. vol. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 193.

exclusivamente no texto legal, e, a partir daí, estava o juiz autorizado a se valer de fontes extralegais que fugiam à pura lógica dedutiva.¹⁷

Se a posição contrária deixava a descoberto a necessidade de atualização do Direito em função das novas relações e posições jurídicas, ao propósito de garantir, pois, a plenitude do ordenamento jurídico mediante uma atividade de interpretação integrativa, a Escola do Direito Livre expunha, por outro lado, o risco da ausência de controle quanto à atividade do juiz e da irreverência quanto à observância de elementos linguísticos mínimos contidos na legislação codificada.

Conquanto não pareça ser lícito ignorar que a atividade interpretativa revela, por mínimo que seja, um inexorável componente criativo,¹⁸ não seria desarrazoado admitir também que há no texto legal um significado mínimo de linguagem que necessita ser preservado. Uma radical teoria antiformalista quanto à interpretação do Direito não poderia ser aceita, diz Riccardo Guastini, porque interpretar não equivale a atribuir ao texto legal um significado desconectado de padrões já previamente avaliados pelos padrões normais da linguagem.¹⁹

A atividade interpretativa haveria, então, de levar em consideração elementos já previamente tomados em consideração pelo texto legal, que, se desconexos do uso natural já incorporado à linguagem, poderia levar a resultados absurdos.²⁰

Impõe-se daí a premência de uma posição equilibrada, que descontados os exageros de uma e outra vertente, possa justificar a tomada de posição que prime por conclusões razoáveis e socialmente aceitáveis.²¹ Se está equivocado Eros Roberto Grau quando descreveu o Poder

¹⁷ **Digesta:** escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. vol. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, p. 196.

¹⁸ CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione.** Bologna: Il Mulino, 2007, p. 145.

¹⁹ GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare.** Milano: Giuffrè, 2011, p. 426.

²⁰ É por essa razão que Humberto Ávila afirma, com razão, que o uso corrente da linguagem constitui uma condição imanente à própria atividade interpretativa, como se extrai deste trecho de sua obra: “A constatação de que os sentidos são construídos pelo 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 sustentar 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. Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permitem a compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da *condição a priori intersubjetiva*: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem”. (**Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52-53).

²¹ Segundo Aulis AARNIO: “In accordance with the generally accepted ideology of law based on Western democracy, not every use of power is acceptable. We assume that decision-maker does not reach decisions on

Judiciário como um “produto de insegurança”²², é natural supor que a atividade do juiz se justifique, ao menos, no propósito de se resguardar um mínimo de controle público.²³

É, pois, no respeito a esta garantia, que preside a atuação do Poder Judiciário, que reside o traço democrático que legitima a atuação da função jurisdicional por agentes não recrutados pelo voto popular. Nisso se compreende a expressão “Estado que se justifica”²⁴. Percebe-se daí que a própria atuação adequada do Poder Judiciário rebate a crítica incisiva do déficit de legitimidade, se levada em consideração uma atuação racional, estimada para efeitos constitucionais como um mister que encontra correspondência com as aspirações sociais.

Uma representação argumentativa, para usar de uma expressão que se notabilizou pelo juízo metódico de Robert Alexy, congruaria um desempenho criativo paralelo ao Poder Legislativo, cujo componente político, por vezes degenerado, apenas artificialmente encontraria respaldo na cláusula democrática.²⁵

Esse poder de limitação, que em relação ao Poder Judiciário ganha colorido diverso em função do modo peculiar de seu componente democrático,²⁶ há de levar em conta também

impulse, at random or so the the pattern of decisions falters in unexpected ways. The decision maker is expected to adhere as far as possible to legal certainty”. (**The rational as resonable – a treatise on legal justification**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 3).

²² **Por que tenho medo dos juízes:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 16.

²³ AARNIO, op. cit., p. 6.

²⁴ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione:** problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 461.

²⁵ Segundo este eminente jusfilósofo, o cerne desta conhecida e tormentosa controvérsia ensejaria uma análise acerca do próprio conceito de representação, que não poderia, por seu turno, enclausurar-se apenas em um componente de índole política: “O princípio fundamental: “todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal, argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimento examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados”. (Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: **Revista e Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, vol. 217, jul./set. 1999, p. 55-66).

²⁶ A nódoa contramajoritária e antidemocrática, não raras vezes atribuída ao Poder Judiciário, inelutavelmente vinculada ao papel criativo da jurisprudência, sobretudo nos países de “civil law”, foi respondida elegantemente

um traço de personalidade atinente à eficácia dos comandos por ele exarados, a traduzir-se, por consequência, em um sítio de busca por resultados.²⁷

Em uma sociedade de massas, uma decisão justa²⁸ – sobretudo à luz do paradigma do Estado Constitucional – há de ser, acima de tudo, plena e efetiva, no desiderato propósito de se resguardar a segurança jurídica.²⁹

O Estado Constitucional, e a teoria do processo que eleva à condição primaz as decisões judiciais que não se exaurem em matriz de singela legalidade, buscam não só uma aproximação do processo com o direito material, mas, sobretudo, a inauguração de uma forma de participação das partes no jogo processual.³⁰

por Mauro Cappelletti: “Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica quoad substantiam da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública”. (**Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 100).

²⁷ O reflexo da utilidade e eficácia do provimento jurisdicional para além do cumprimento do comando contido na decisão, uma verdadeira composição sociológica da controvérsia, pode ser encontra nesta passagem da obra de Antônio Cláudio da Cota Machado: “De fato, o processo só poderá se revelar habilitado a cumprir todas as suas funções institucionais(sócio-político-jurídico) com eficiência se, a par de um contexto estrutural favorável, ele puder dispor de um modo de ser que represente, a um só tempo, instrumento adequado ao pleno exercício do direito de ação e do direito de defesa – expressos pelas faculdades de pedir, alegar e provar e, também, recorrer – e instrumento hábil à produção de um provimento que assegure ao vencedor exatamente aquilo que a ordem jurídica material lhe promete e que só não se realizou por causa da resistência da parte contrária. Vêem-se, aí, com clareza as duas vertentes do processo efetivo: de um lado, um processo cujo procedimento seja, pelo menos razoavelmente adaptado às peculiaridades da relação material controvertida, de sorte a permitir o desenvolvimento de atividades postulatórias e probatórias adequadas pelos sujeitos parciais para o alcance de uma também adequada e eficiente atividade decisória por parte do magistrado (o procedimento como sede formal do bom desempenho do *actum trium*); do outro lado, um ato final do processo que seja carregado de potencialidade jurídica para gerar no mundo dos fatos alterações em grau suficiente, de forma a realizar em prol do vencedor exatamente aquilo que a ordem jurídica material lhe acenou como o devido provimento jurisdicional útil”. (**Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 34-35).

²⁸ “La giustizia della decisione non è ‘un’ valore complessivo unitario risultante da qualche somma algebrica, ma un algoritmo nel quale ogni critério mantiene la sua autonomia ed opera individuando valor autonomia che debbono essere tutti presenti preché si possa parlare di decisione giusta. (TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, mar. 1997, p. 319).

²⁹ As razões pelas quais a sociedade contemporânea se vê envolta a um sentimento singular de insegurança foram assim, resumidamente, identificadas por Humberto Ávila: “por quê tamanha insegurança? Pode-se, apenas e tão-somente com a finalidade de fixar um *ponto de referência* inicial justificador da presente pesquisa, apontar causas de natureza social e causas de natureza jurídica para a referida insegurança hoje existente”. (**Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53).

³⁰ A superação de um modelo anacrônico de contraditório, inspirado na suficiência da regra “informação-reação”, tem suscitado o debate a respeito das reais necessidades/imposições dos sujeitos processuais. Mais consentânea ao modelo constitucional de prestação jurisdicional se afina a necessidade de divisão de tarefas entre os sujeitos que participam da relação processual, como enfatiza Antônio do Passo Cabral: “As plurais funções do princípio do contraditório não se esgotam na sua compreensão como direito de informação-reação. Além de representar uma garantia de manifestação no processo, o contraditório impõe deveres. Nota-se, no cotidiano forense, que a participação das partes presta relevante contributo para o labor jurisdicional. Sem embargo, a participação não só tem escopo de garantir que cada um possa influenciar na decisão, mas também

A dialética que inspira a lógica do processo, sobretudo agora a partir do marco do Estado Constitucional, injunge as partes a novas responsabilidades, que devem ser traduzidas em novas modalidades de obrigações, devedores e ônus.³¹

Como bem assevera Cândido Rangel Dinamarco, entre os ônus processuais, o primeiro e de maior peso é o de afirmar, jungido ao próprio ônus de demandar;³² e se assim parece inequívoco, não é menos adequado compreender que às partes recai o ônus – reconhecido pelo mesmo autor como uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que aportaram à ciência processual no século XX –,³³ também, de trazer ao processo todos os elementos importantes e pertinentes à resolução da lide.

É, pois, função do Estado não apenas estimular, mas, além disso, exigir dos atores processuais que o processo seja um *locus* definitivo de resolução dos conflitos. A percepção de que há potencialidade no processo para agregar essa atitude perpassa pelo abandono do ideal da plenitude do ordenamento jurídico, pelo relaxamento da mentalidade do juiz *bouche de la loi*, e da permeabilidade, como se verá adiante, do processo aos mais plurais sintomas culturais.

1.1 O PROCESSO COMO OBRA E REFLEXO DO FENÔMENO CULTURAL

A proposição de uma determinada espécie de estruturação normativa não ignora componentes de índole ideológica,³⁴ como se o Direito derivasse, *ex nihilo*, da pura ação ideal.³⁵

tem uma finalidade de colaboração das partes, e essa dialética processual acaba revertendo em prol da boa qualidade da prestação jurisdicional. Todos os sujeitos processuais devem ser co-responsáveis pela condução do processo e pela manutenção da higidez da relação processual” (O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, ago. 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62e8631cf2a9d11&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017).

³¹ Sobre o conceito de ônus e das chamadas situações processuais passivas, consultar Francesco Carnelutti. **Sistema di diritto processuale civile**. vol. 1. Padova: Cedam, 1936.

³² Causa de pedir e ônus de afirmar. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 283.

³⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco; JÚNIOR, Hermes Zaneti. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil. In: _____. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 13.

³⁵ Ao se referir à Escola de Baden e ao facundo legado atribuído pela experiência alemã da segunda metade do século XIX, que deixara de lado o apego exacerbado à razão pura e às leis lógicas, Miguel Reale enfatiza o

Como pressuposto da experiência, o Direito é fruto da cultura do povo para o qual é dirigido, sendo ilusório supor que tais normas de conduta – quer se passem no plano material, quer se expressem na seara processual – possam ignorar, justamente para a resolução de casos concretos e particularizados, modelos abstratos havidos fora da experiência histórica.³⁶

Evidentemente, uma ordem jurídica justa,³⁷ que se manifesta e se implementa por um conjunto racional de disposições, ou por aquilo que John Rawls nomina de “justiça como

aspecto prático que se inaugurou a partir dessa experiência: “Embora não se possa esquecer a decisiva contribuição de Dilthey, que punha em primeiro plano o problema da existência humana, ou de Nietzsche, que pregava a *inversão de todos os valores*, é justo reconhecer que a Escola de Baden contribuiu, poderosamente, a concentrar a atenção dos filósofos sobre os conceitos e valor e de cultura, dois temas hoje capitais da Sociologia, da Política, da Filosofia e da Filosofia do Direito em particular”. E, mais adiante, comenta o pensamento de Windelband e Rickert, dois de seus mais destacados membros: “Windelband observa que, além do mundo dos fatos, da realidade dada naturalmente, além do mundo do *ser*, há o mundo do *dever ser*, que não constitui objeto da experiência. O mundo do *dever ser* é, ao contrário, uma pressuposto da experiência sob todos os pontos-de-vista: como conhecimento, como ação moral e como sentimento estético. Esse conceito deve, pois, dominar na Lógica, na Ética e na Estética, a quais foram o objeto da reflexão filosófica. O *mundo do ser* é o mundo da natureza, sujeito à causalidade mecânica; o do *dever ser* é o mundo dos valores espiritualmente autônomos, o mundo da liberdade. A filosofia não é criadora de valores, mas ela descobre no caos da experiência os valores cujo sistema representa e *cultura* humana. Rickert aceita estas ideais e as reelabora, procurando –mediante as noções de *valor* e de *cultura* – superar a antítese kantiana entre *ser* e *dever ser*, dando aos trabalhos um sentido dinâmico e histórico que revela a influência da filosofia de Hegel”. (**Fundamentos do Direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014, p. 241-243).

³⁶ Segundo Castanheira Neves, o conteúdo da normatividade do Direito, que se expressa, inelutavelmente, no seu sentido, é uma resposta culturalmente humana, e, como tal, encontra significação na razão prática: “ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e condicionabilidade de toda a cultura – não é ‘descoberto’ em termos da objectividade essencial da ‘razão teórica’ e no domínio da filosofia especulativa ou teorética, é construído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela ‘razão prática’ e imputado à responsabilidade poiética”. (**Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 47).

³⁷ Inspirada por ventos renovadores advindos do velho mundo, gestados ainda no final da primeira metade do século XX, a ideia de “ordem jurídica justa” de pronto encontrou, em território nacional, ambiente propício a se desenvolver, conquanto uma primeira tomada de posição por parte do legislador só tenha ganhado sistematização com o advento da Constituição Federal de 1988. Antes disso, porém, já se percebia na doutrina nacional certa agitação em prol destes novos valores, destacando-se neste campo a contribuição valiosa de Kazuo Watanabe. Se os ideias desenvolvidos pelo processualista admitem hoje certa atualização, particularmente pela compreensão atual do conceito de contraditório, não se nega tenha seu contributo agido decisivamente para o desenvolvimento desse fecundo tema. A esse respeito, deixou consignado: “A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça, enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti. (...) São seus elementos constitutivos: a) o direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e ostentada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; (2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características”. (**Acesso à justiça e sociedade moderna: participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128).

regularidade”, só se institui quanto as regras são justas e estabelecem uma base comum para expectativas legítimas.³⁸ Sem degeneração, um sistema jurídico tem o mérito de organizar esquemas de cooperação que, se estabelecidos sobre bases reais, isto é, sobre disposições sinceras e factíveis praticamente, contribui decisivamente para a institucionalização de um sentimento coletivo de confiança recíproca entre os homens.³⁹

A propósito de estruturar uma ordem normativa que se suponha equilibrada, constringeria o senso de reverência institucional a injunção de um conjunto de normas que se sabe, antecipadamente, ser impossível de obedecer. Ainda segundo Rawls, legisladores e juízes, em suas respectivas áreas de atuação, devem acreditar que as normas por eles exaradas podem ser executadas, sendo tal característica uma condicionante essencial de aceitabilidade social.⁴⁰

A cultura de um povo, pois, constitui o elo necessário entre os valores desenvolvidos no seio da comunidade humana e o conjunto de disposições que se prestam a regulamentá-la, posto que não se negue a natureza constitutiva do marco regulatório estatal.⁴¹

Ainda que a própria equivocidade do termo possa sugerir ser ineficaz qualquer normatividade a partir de uma realidade supostamente etérea, não parece correto supor impossível a prévia identificação, para tais fins, de traços culturais. Como bem observa Marco

³⁸ **Uma teoria da justiça.** Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 257.

³⁹ *Ibid.*, p. 259.

⁴⁰ *Ibid.*, loc. cit.

⁴¹ Mesmo para quem, como Amartya Sen, não nega por completo o caráter declaratório do Direito chancelado pelo Estado, a aspiração à legalidade de certas pretensões que seriam universalmente aceitas – e, por isso mesmo, inviáveis de realização pela via judicial – constituiria uma fase pré-jurídica não destituída de um claro componente ético. O jusnaturalismo, por essa via, se bem compreendido o seu pensamento, não se constituiria no oposto ao positivismo jurídico, que, por seu turno, teria o condão de proporcionar meios à própria satisfação de tais exigências pela superestrutura oficial. Para uma melhor compreensão de suas reflexões, convém transcrevê-lo: “A crítica da legitimidade tem uma longa história, foi expressa de formas diferentes, por muitos cétricos de argumentação sobre questões éticas baseadas nos direitos. Existem semelhanças e diferenças interessantes entre variantes dessa crítica. Por um lado, temos a afirmação categórica de Karl Marx de que os direitos não podem realmente preceder a instituição do Estado (em vez de a suceder). Essa ideia é esmiuçada em seu combativo e veemente ensaio ‘A questão judaica’. Por outro lado, temos as razões que Jeremy Bentham apresentou para designar os ‘direitos naturais’ (como já mencionamos) por ‘absurdo’ e o conceito de ‘direitos naturais imprescritíveis’ por ‘absurdo em pernas de pau’. Porém essas duas linhas de crítica – e em muitas outras – encontramos em comum a insistência em que os direitos sejam vistos em termos pós-institucionais como instrumentos em vez de como uma pretensão ética prévia. Isso colide fundamentalmente com a ideia básica dos direitos humanos universais.” E, mais adiante, arremata: “certamente não se pode afirmar que as pretensões morais pré-legais, se vistas como aspirantes a entidades legais, conferem direitos juridicamente exigíveis em tribunais ou outras instituições de imposição da lei. Mas rejeitar os direitos humanos com esse argumento é não compreender a questão. A reivindicação de legalidade é apenas isso – uma reivindicação –, justificada pela importância ética de reconhecer que certos direitos constituem pretensões próprias de todos os seres humanos” (**Desenvolvimento como liberdade.** Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 294-295).

Félix Jobim, o ser humano tem, em alguma medida, a compreensão dos elementos culturais imos ao ambiente social,⁴² e isso, de *iure condendo*, deve inspirar as opções do legislador.⁴³

A correspondência entre a cultura, de onde promanam os valores sociais, e as normas que constituem o arcabouço de convivência, é fator, diretamente proporcional, a crescentes níveis de legitimidade do Estado enquanto produtor do Direito. Situações disformes ao tecido social, ou mesmo a tolerância exagerada a exogenias normativas, podem revelar uma incompatibilidade altamente prejudicial aos sentimentos de segurança e justiça.

Daí, pois, o risco, como advertiu José Carlos Barbosa Moreira, de se admitir, sem reservas, um exagerado entusiasmo a estrangeirismos irrefletidos, que podem, por ausência mesmo dessa coincidência cultural, não encontrar boa receptividade em território alienígena.⁴⁴

Concluir pelo perigo de se incidir nesta prática não significa, em absoluto, negar a validade de estudos em perspectiva comparada, pois não é incomum que boas práticas possam, livres dos grilhões de particularidades regionais, extrapolar fronteiras nacionais e encontrar aplicabilidade irrestrita.⁴⁵

Para levar a cabo a tarefa de bem modelar o Direito, a função do legislador, e do juiz, por óbvio, em etapa subsequente, não prescinde de um componente histórico, a traduzir-se em

⁴² **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 26.

⁴³ Ao se referir, em particular, ao processo civil, Daniel Francisco Mitidiero reconhece: “Percebe-se subjacente a esse modo de pensar o direito processual civil a mesma ideia central: o processo como fenômeno técnico, como algo em larga medida independente de fatores culturais. Essa não nos parece, porém, a melhor compreensão do tema. É certo que o direito processual civil contém uma estruturação técnica. Isso não ilide, no entanto, o caráter cultural das opções técnicas eleitas para conformação do próprio processo, viés que acaba condicionando a organização do tecido processual. O direito processual civil não escapa à sorte do direito em geral: compete à autonomia da pessoa humana, sendo fruto dessa percepção de mundo”. (**Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 23-24).

⁴⁴ Segundo o saudoso processualista fluminense, dois pressupostos devem subordinar importações de institutos jurídicos: “primeiro, cumpre examinar a fundo o modo como na prática funciona o instituto de que se cogita no país de origem – análise que reclama a visita direta às fontes, o conhecimento dos textos originais, mas também a consulta da jurisprudência e da doutrina alienígenas, a fim de evitar erros de perspectiva em que não raro incorrerá quem se contente com leituras de segunda ou terceira mão, com traduções nem sempre fidedignas, ou – pior ainda – com a contemplação de seqüências de películas cinematográficas, superlativamente emocionantes, porém sem compromisso maior com a realidade [...]. O segundo pressuposto é o convencimento, fruto da reflexão tanto quanto possível objetiva, de que a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la”. (O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 102, abr./jun. 2001, p. 3-4. Disponível em: [http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d62ba3a6c45f01e2&docguid=I83378f90f25611dfab6f010000000000&hitguid=I83378f90f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=186&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d62ba3a6c45f01e2&docguid=I83378f90f25611dfab6f01000000000&hitguid=I83378f90f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=186&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 15 dez. 2017).

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Processo Civil comparado. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 160.

vetor arqueológico para o fim de bem identificar o que, de fato, constitui elemento cultural autêntico, que, como matéria-prima, haverá de compor o elemento nuclear das normas.⁴⁶

Dessa forma, não parece crível imaginar que conceitos e institutos jurídicos em geral, e particularmente os de direito instrumental, não venham impregnados, o mais das vezes de forma subliminar, de escolhas políticas forjadas às luz das experiências passadas.⁴⁷

Seja como for, dessas considerações se extrai a conclusão de que os conceitos e institutos jurídicos não necessitam assumir conformação universal, como se algo devesse ser reproduzido de modo correspondente e à revelia das particularidades e necessidades de uma determinada comunidade jurídica.⁴⁸ A conformação do Direito em perspectiva positiva ostenta um indisfarçável viés político que, sujeita a variáveis da mais diversas, pode orientar-se na busca de determinados valores socialmente almejados.⁴⁹

Disso, é lógico, não escapa o processo e, em particular, o processo civil. Inserido em uma realidade maior, atinente a uma ordem jurídica justa, o processo civil deve se revelar instrumento hábil à composição, igualmente justa, dos conflitos de interesses.⁵⁰

E a questão da conformação do processo, tanto em perspectiva subjetiva quanto objetiva, perpassa igualmente pelo estabelecimento, à luz de bases culturais autênticas, de um marco regulatório que estipule não apenas questões de ordem formal, mas especialmente de

⁴⁶ ALLORIO, Enrico. **Significato della storia nello studio del diritto processuale civile**: problemi di diritto. vol. 3. Milano: Giuffrè, 1957, p. 115.

⁴⁷ Neste particular, são especialmente expressivas as considerações de Enrico Tullio Liebman: “Chi dubitasse dell’importanza che ha lo studio della storia per lo sviluppo delle scienze giuridiche, non avrebbe che da meditare intorno al fatto che fu appunto um grande fervore di ricerche sulla origine e sulla evoluzione storica delle istituzioni giuridiche che al principio del secolo scorso ruppe in Germania un lungo periodo di letargo e diede l’avvio a quella rinascita degli studi di diritto, che constitui una delle glorie di un’epoca non priva di grandezza. Non può certo considerarsi un puro caso che il secolo della storia sia stato anche quello in cui la giurisprudenza riacquistò un’eccellenza e una dignità che da tempo aveva perdute”. (Qualche osservazioni sullo studio della storia del processo civile. In: **Problemi del processo civile**, Napoli: Morano, 1962, p. 479).

⁴⁸ No campo do processo civil, essa premissa foi particularmente desprezada pelo processualismo científico, que teve em Giuseppe Chiovenda um de seus mais destacados expoentes. Para o mestre italiano, por exemplo, a identificação da demanda segundo os *tria eadem* – partes, causa de pedir e pedido – decorreria congenitamente da demanda como um dado, evidente e natural, extraído de sua própria essência. (**Instituições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 489).

⁴⁹ Particularmente ao processo civil, Carlos Alberto Oliveira afirma que “a estrutura mesma do processo civil depende dos valores adotados e, então não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. Deste modo, a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza do fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade”. (**Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74).

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 188.

pontos substanciais da relação jurídica, naquilo que importa aos poderes das partes, do juiz e do próprio processo como mecanismo idôneo e democrático de resolução de conflitos.⁵¹

Necessita-se, a bem disso, ser realçada a necessidade de se compreender o Direito em perspectiva sistemática e interdisciplinar,⁵² como um conjunto normativo axiológico, reconhecidamente hierárquico, que encontra nos valores constitucionais seu centro de gravidade.⁵³ Consequentemente, naquilo que lhe compete, o processo civil deve ser encarado como ramo do Direito que tem seu caráter forjado pela matriz constitucional, de onde deve haurir não apenas seu fundamento de legitimidade, como também a morfologia que o texto constitucional, como sucede no Brasil, por vezes se aventura a singularizar.⁵⁴

A noção, portanto, de um processo civil constitucional atende a uma expectativa geral de que as normas processuais sejam, em verdade, um reflexo fidedigno da garantia constitucional de justiça contida na Constituição.⁵⁵ Compreendido, pois, como um produto infenso a conexões com outros domínios da ciência jurídica, particularmente com o Direito Constitucional, tornar-se-ia, pois, uma formalidade estéril que nada, ou muito pouco, teria a contribuir com a real implementação de direitos fundamentais, dentre os quais o acesso à ordem jurídica justa.⁵⁶

Pode-se mesmo afirmar, sem qualquer exagero, que o propósito legitimador desse movimento constitucional tem, em boa medida, encontrado significativa abertura no Brasil, sobretudo pela boa-vontade do legislador infraconstitucional, que vem empregando técnica

⁵¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74.

⁵² PECZENIK, Alexander. **On law and reason**. Lexington: Springer, 2009, p. 143.

⁵³ Segundo Juarez Freitas, a sistematização da interpretação jurídica deve ser encarada “como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antônimas em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação”. (**A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 82).

⁵⁴ Uma curiosa perspectiva contrária foi desenvolvida na Itália pela pena de Renzo Provinciali, segundo quem é o direito processual que deve moldar a estrutura constitucional sobre ele próprio, direito processual. Disse aquele autor: “La dimostrazione della natura processuale degli istituti sin qui considerati, esclude qualunque apporto della scienza del diritto costituzionale all scienza de diritto processuale” (**Norme di diritto processuale nella costituzione**. Milano: Giuffrè, 1959, p. 194).

⁵⁵ COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales de proceso civil. In: **Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina**. Buenos Aires: Ediar, 1946, p. 19.

⁵⁶ “Lo studio degli istituti del processo, se viene compiuto ignorando o trascurando il collegamento con gli altri rami del diritto e in particolare com diritto costituzionale, diventa un tedioso e sterile computo di formalità e di termine; esso acquista invece il suo vero significato e si arrischiisce di motive ben altrimenti, quando vegna inteso cmo lo studio dell’indispensabile aparato di garanzie e di modalità di esercizio, stabilito per la difesa dei fondamentali diritti dell’uomo, nel rigore della disciplina necessaria di una pubblica funzione”. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo e costituzione*. In: **Rivista di diritto processuale**, Milano: Giuffrè, vol. 7, 1952, p. 329).

legislativa sintonizada à Constituição Federal, embora possa, aqui e ali, agir com compreensiva redundância.⁵⁷

Um sintoma evidente dessa mudança de rumos, que agora parece ter completado um ciclo virtuoso em território nacional, foi a recente edição do Código de Processo Civil de 2015, com a promulgação da Lei nº. 13.105/2015.⁵⁸

Repleto de normas que, direta ou indiretamente, fazem referência à Lei Maior, na mais das vezes concentradas no seu Livro I, que cuida das Normas Processuais Cíveis, este novo diploma aponta fortemente não apenas para um caráter simbólico em prol de uma densificação dos direitos fundamentais que compõem o direito ao processo justo,⁵⁹ mas substancialmente para uma tomada pragmática de posição a favor da reestruturação do próprio processo como mecanismo de resolução de conflitos.

O Código, visto de outro ângulo, constitui a inauguração de um novo marco regulatório do processo, ou a passagem mais nítida de uma ordem até então assentada sob o conceito de Estado de Direito para uma estruturação material, fruto agora do Estado Constitucional,⁶⁰ que tem por finalidade precípua a abertura de ambiente a um processo substancialmente justo.

⁵⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Opinião 50**: o art. 1º do novo CPC. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-50-o-art-1o-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 22/11/2017.

⁵⁸ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 22/11/2017.

⁵⁹ A ideia de “processo justo” contém, como reconhecem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Francisco Mitidiero, flagrante natureza ab-rogatória, na medida em que contribui para o abandono da compreensão de que o processo, para ser legítimo, deveria seguir um singelo modelo legal. Na visão destes processualistas: “O direito ao processo justo constitui *princípio fundamental* para organização do processo no Estado Constitucional. É o *modelo mínimo* de atuação processual do Estado e mesmo do particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas. A Constituição faz menção à locução *devido processo legal (due process of law)*. A expressão é criticável no mínimo e duas frentes. Em primeiro lugar, porque remete ao contexto cultural do *Estado de Direito (Rechtsstaat, État Légal)*, em que o processo era concebido univocamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*, ao passo que hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstaat, État de Droit*) tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*. Em segundo lugar, porque dá azo a que se procure, por conta da tradição estadunidense em que colhida, uma *dimensão substancial* à previsão (*substantive due process of law*), quando inexistente necessidade de pensá-la para além de sua *dimensão processual* no direito brasileiro. De um lado, é preciso perceber que os deveres de *proporcionalidade e razoabilidade* decorrem de uma suposta dimensão substancial do devido processo, como parece a parcela da doutrina e como durante bom tempo se entendeu na jurisprudência do STF”. (**Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 700).

⁶⁰ Na Itália, a atenção para a necessidade de se encarar o fenômeno legislativo à luz de uma matriz constitucional, impondo-se, por consequência, uma releitura do papel da lei no paradigma do Estado Constitucional, teve a atuação decisiva de Gustavo Zagrebelsky. Segundo este eminente jurista: “A chi consideri il diritto del nostro tempo, di certo non riuscirà di riscontrare in esso i formazione deve indurre a pensare a un vero e proprio mutamento genetico, piuttosto che a una deviazione momentanea, in attesa e nella speranza di una restaurazione. Ai grandi e gravi problemi di cui tale mutamento è conseguenza e, a sua volta, causa, la risposta è racchiusa nella formula dello ‘Stato costituzionale’. La novità che essa contiene è capitale e riguarda

Por óbvio, argumentar por uma aplicação franca das normas constitucionais ao Direito infraconstitucional, notadamente ao Direito processual, implica admitir que tal ligação só faz algum sentido quando a própria ordem constitucional inspira a construção de uma ordem justa, que tenha na blindagem aos direitos fundamentais a sua pedra de toque.⁶¹

Assim, se estes valores devem infundir tal potencialidade, seria uma mera centelha ignorar que, nos influxos que reproduz no sistema jurídico como um todo, e, ao que interessa, ao plano processo civil, não permitisse fossem partilhadas particularidades democráticas em sintonia com a própria legalidade, já agora reavaliada à luz de um paradigma de legitimidade.⁶²

la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno stato più alto di diritto, stabilito della Costituzione. Di per sé, questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principi dello Stato di diritto che porta a terminare il programma dell'integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione quindi solo della costituente). Com ciò, si potrebbe dire, viene a realizzarsi nella sua forma più piena possibile il principio del governo delle leggi, in luogo del governo degli uomini, principio frequentemente considerato una delle basi ideologiche fondative dello stesso Stato di diritto. Tuttavia, se dalle affermazioni generiche si passa alla considerazione comparativa dei caratteri concreti dello Stato di diritto dell'Ottocento e dei caratteri dello Stato costituzionale attuale, ci si accorge che, altro che un completamento, si tratta di una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto". (**Il diritto mite**. 13. ed. Torino: Einaudi, 2005, p. 39).

⁶¹ Dirigindo atenção ao panorama constitucional brasileiro pós 1988, Ingo Wolfgang Sarlet vê com bons olhos a dinâmica constitucional que deu, na sua visão, uma prevalência inédita ao tratamento dos direitos fundamentais, muito embora reconheça, com razão, que a implementação real e efetiva desse paradigma depende, em boa medida, de circunstâncias favoráveis: "Traçando-se um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais. De certo modo é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional, muito embora se deve reconhecer que somente ao longo do tempo e de modo muito variável a depender de cada ordem constitucional os direitos fundamentais passaram a fruir de um regime jurídico-constitucional reforçado e efetivamente compatível com a sua condição". (**A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 64).

⁶² Como oportunamente assevera José Joaquim Canotilho, o mérito do Estado Constitucional, nas paragens em que efetivamente instituído, repousou na habilidade de aglutinar aquilo que por muito tempo esteve, pelas mais variadas razões, divorciado da realidade dos Estados em geral, vale dizer, o elemento democrático de legitimidade com o componente da legalidade, algo que, em última análise, constitui a essência da própria ideia de segurança jurídica. Segundo o emérito constitucionalista português: "Sabemos já que o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito, um Estado regido por lei, um Estado sem confusão de poderes. Numa palavra: tentou estruturar um *Estado com qualidades*, as qualidades que fazem dele um Estado Constitucional. O Estado Constitucional, para seu um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um *Estado de direito democrático*. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado Constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*. Essas duas qualidades surgem muitas vezes separadas. Fala-se em Estado de direito, omitindo-se a dimensão democrática, e alude-se a Estado democrático silenciando a dimensão de Estado de direito. esta dissociação corresponde, por vezes, à realidade das coisas: existem formas de domínio público onde este domínio não está domesticado em termos de Estado de direito e existem Estados de direito sem qualquer legitimação em termos democráticos. O *Estado constitucional democrático de direito* procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito." (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93).

Naturalmente, uma primeira característica que se pode extrair desse novo modelo normativo repousa na premente necessidade de aproximação do processo ao Direito material. Com efeito, a necessidade de se reafirmar a autonomia do Direito processual frente ao Direito material, o que outrora significou o penhor do reconhecimento do processo como ramo emancipado da ciência jurídica, não pode descurar da noção de que o instrumento deve, em todo o tempo, atender às exigências sociais de resolução justa dos conflitos.

Evidente ao jurista dos dias atuais, essa compreensão do processo não logrou um andar sistemático ao longo da história, sofrendo os influxos, como se afirmou, de traços culturais e contingências históricas que serão já a seguir examinados.

1.2 OS MODELOS DE ORGANIZAÇÃO PROCESSUAL E A RELAÇÃO DO PROCESSO COM O DIREITO MATERIAL

A trajetória do processo civil até sua independência dos domínios do Direito material foi forjada à custa da compreensão de que a relação jurídica processual representava uma realidade diversa de sua congênere substantiva. Credita-se, como largamente divulgado, ao jurista alemão Oskar Von Bülow,⁶³ ainda na segunda metade do século XIX, o mérito de ter sistematizado, em termos verdadeiramente científicos, essa crucial premissa que tantas e importantes consequências projetou para o processo civil.⁶⁴

Se a alforria científica serviu para construir um aparato técnico, com a estipulação de método e a definição de conceitos próprios, o que simboliza, em última análise, as bases reais para a inauguração de uma verdadeira ciência, não se pode deixar de reconhecer que o imaginário depurador que inspirou a vertente autonomista cobrou um preço assaz caro pelo isolamento em relação ao Direito material.

⁶³ **Excepciones procesales y presupuestos procesales.** Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

⁶⁴ Nunca é demasiado recordar que a existência da relação jurídica processual como categoria autônoma e independente do Direito material já havia sido identificada, algum tempo antes, por Bethmann-Hollweg, a quem o próprio Bülow faz referência em sua conhecida obra. A valia de suas especulações repousa, portanto, no olhar sistemático que dera àquela pressuposta realidade, recebida a partir de então como uma verdadeira revolução, consoante nos dá conta Cândido Rangel Dinamarco (Direito e processo. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno.** 6. ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66). De igual modo, embora sob ângulo diverso, não pode ser olvidada, ainda, a contribuição que a célebre polêmica havida entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther, entre os anos de 1856 e 1857 – antes, portanto, da obra clássica de Bülow – deu ao processo civil, sobretudo a partir da conformação, divergente entre ambos, da *actio* romana, que nos legou, como bem observa Araken de Assis, importantes aportes dogmáticos acerca dos conceitos modernos de “ação” e “pretensão (**Cumulação de ações.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais, 2002, p. 58).

A reação que culminou neste movimento altamente revolucionário foi instigada por séculos de observância do fenômeno processual como uma atividade essencialmente praxista, de viés particularmente imanentista, que não lograva enxergar a relação processual como algo diverso do Direito subjetivo posto em movimento. A espiral da história permitiu que a cientificidade pudesse florescer até uma inevitável lassidão, resultado da investigação – de pronto hoje bem reconhecida – que acabou por declarar ser inapropriado, senão impossível, um processo justo e democrático que seja mantenha olhos fixos na relação de Direito material alegada.

1.2.1 A fase imanentista do processo

Antes, portanto, do nascimento do processo civil como ciência jurídica autônoma, o modelo de resolução de conflitos, nos mais indistintos sistemas jurídicos, conheceu de uma realidade que Nicola Picardi nominou, sugestivamente, de “pré-história processual”.⁶⁵

Se, metodologicamente, à vista disso, constitui um equívoco afirmar tratar-se o imanentismo⁶⁶ uma autêntica fase do desenvolvimento da ciência processual, uma vez que aquilo que no futuro viria a ser reconhecida como a relação processual era encarada, na prática, como o próprio Direito substantivo em perspectiva dinâmica – e o processo como um conjunto de formalidades para a sua atuação⁶⁷ –, é altamente conveniente lançar um olhar a este sistema, para que se possa compreender, quando ao menos, as causas que motivaram a inauguração, no futuro, de uma ciência própria.

Já a partir daí, pode-se afirmar, não sem certa surpresa, que o embrião de processo civil não sofreu, de plano, a influência que já no século XVII, pela obra de Althusius, ordenara a ciência jurídica, notadamente a partir da divisão clara e precisa entre as ciências naturais e as ditas ciências culturais,⁶⁸ segmentação esta que ainda hoje viceja com certo protagonismo.

⁶⁵ Processo civile: diritto moderno. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 102.

⁶⁶ Como bem recorda Marco Félix Jobim, essa primeira fase metodológica do processo recebeu, por parte da doutrina especializada, as mais diversas designações. Por conta de sua estreita vinculação ao Direito material, lembra que podem ser encontradas na literatura expressões como “praxista”, “sincretista”, “procedimentalista” e, como utilizada no texto, “imanentista”. (**Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 142-143).

⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 8.

⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 12.

Ao tempo em que o “paradigma científico da modernidade” lança bases ao Direito para o alcance de propósitos quase geométricos, é curioso perceber que o tecnicismo metodológico que lhe atribuiu característica singular somente algum tempo depois fora capaz de reconhecer, também naquele conjunto amorfo de procedimentos, um componente científico a recomendar insubordinação plena ao Direito material.

Livre dessas ideias que bem mais tarde viriam a revolucionar também o modo de enxergar a técnica de resolução de conflitos, o processo civil, enquanto prática, exercia-se mediante mera práxis assistemática.⁶⁹

Não é tarefa singela, tampouco incontroversa, a estipulação cronologicamente exata dessa pragmática no curso da história jurídica. Os que se arriscam a lançar um prognóstico neste campo, sujeitos assim a toda ordem de imprecisões, por vezes se esforçam a argumentar que desde a Realeza Romana, já no período das *legis actiones*, pode-se extrair uma compreensão do fenômeno processual como técnica de tutela de direitos.⁷⁰

Em realidade, essa afirmação incorre em uma imprecisão evidente ou, quando menos, em uma árida tautologia. Se o imanentismo representou, com a ressalva de uma fase intermediária que anteciparia a sua derrocada, uma ausência completa de sistematização quanto à relação processual e à própria “ação”, resultados da confusão com o Direito material, parece claro que a sua origem coincide com o advento civilizado deste último, a menos que se reconheça – o que deve descartado por completo – que a ausência do estado puro de autotutela⁷¹ tenha encontrado nas origens de Roma o seu termo final.⁷²

⁶⁹ Conforme acentua Cândido Rangel Dinamarco, a confusão entre processo e procedimento, bem como a desatenção quando ao elemento político dessa taxionomia jurídica, acabaram por comprometer, irremediavelmente, as condicionantes que impediam uma sistematização científica do processo. Para o processualista paulista, “os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)”. (**Instituições de direito processual civil**. 3. ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255).

⁷⁰ TALAMANCA, Mario. Processo civile (Diritto Romano). In: **Enciclopédia del diritto**. Milano: Giuffrè, vol. 36, 1987, p. 5.

⁷¹ Segundo Giovanni Pugliese, ainda que uma pueril atuação estatal, própria de um Estado ainda incipiente, justificasse o uso da força nos embriões do sistema das *legis actiones*, tal não implica reconhecer que aquele período conheceu de um sistema autêntico de exercício arbitrário das próprias razões, diante mesmo da existência de regras jurídicas, em grande parte inspirada por viés religioso. (**Istituzioni di diritto romano**. 3. ed. Torino: Giappicheli, 1991, p. 59).

⁷² Como afirma Willian Couto Gonçalves, “não se pode, então, a partir de estudos mais comprometidos com a busca da natureza das coisas e também da natureza das causas, ignorar o período dito primitivo, embrionário, da jurisdição e do processo, que tem como termo inicial o homem-em-relação desde os primeiros grupos formais, ainda quando se movia por condutas reveladoras de uma cultura sabidamente rudimentar”. E completa logo à frente: “A existência de um *modus operandi* de resolução de conflitos nos primeiros tempos da civilização e no

Parece mais adequado, portanto, situar historicamente o imanentismo no período imediatamente posterior ao abandono do estado natural, quanto algum tipo de regulação, ainda que primitiva, passara a exigir que bens e situações fossem reivindicados por seus pretensos titulares à luz de determinadas condicionantes normativas.⁷³ Só a partir disso, portanto, faria algum sentido a própria designação imanentista, que, por óbvio, reclama algum tipo de referencial.

Com efeito, a ausência de autonomia do plano processual não significa, de modo algum, a ausência no seio do sistema jurídico de normas que possam regular procedimentos, mas apenas que estas mesmas normas mantenham com o Direito material uma vinculação tal que pressuponha, como premissa essencial, a sua existência anterior.⁷⁴

Esse modo de enxergar o método de tutela de direitos vigorou, como dito, até o alvorecer da ciência processual na Europa, quando foram lançadas as bases por eminentes juristas alemães para a promoção completa do divórcio entre aqueles planos. Antes de sucumbir, no entanto, o imanentismo ensaiou um movimento que, se não culminou em declaração de independência, ao menos teve o mérito de cogitar, em base materialmente ontológica, a necessidade de um procedimentalismo, de nítido viés privatista, ainda vinculado ao Direito material.⁷⁵

curso de toda a sua história até a modernidade equivale ao reconhecimento da defesa de um direito natural à vida, à sua preservação, à integridade física de outros valores humanos, fazendo transudar condutas que repercutiram, efetivamente, na formação de uma concepção jusnaturalista fundada nos direitos da pessoa humana e delimitadora de um período que se pode denominar de ‘pré-história’ dos direitos fundamentais, daí não ser possível negar vigência a um sistema de lei não escritas que precederam a leis estadualizadas, nem a um sistema de aplicação dessas leis que, mesmo rudimentarmente, equivaliam à jurisdição e ao processo”. (**Uma introdução à filosofia do direito processual:** estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 6-9).

⁷³ Ao se referir ao sistema jurídico que vigorou em Roma a partir da Realeza, Arthur Engelmann parece reconhecer essa premissa: “To suppose that, at this first stage of development, the proceeding began with execution is, in the light of presente-day knowledge, to be misled by appearances. In reality, the proceeding consisted in execution in connection with which might arise a controversy as to whether form had been duly observed and thus as to whether the exercise of private coercion had been in accordance with law”. (**The roman procedure:** a history of continental civil procedure. Boston: Little, Brown and Company, 1927, p. 241).

⁷⁴ Assim, as considerações de Riccardo Orestano, quando afirma que “il processo e quanto vi attiene è ora concepito come un insieme di mezzi posti a disposizione e al servizi dei privati per la tutela e la realizzazione di situazioni e di pretese, la cui esistenza e il cui fondamento sono considerati preesistenti al momento cui si rende necessaria la coazione e independenti da questa” (Azione. I – L’azione in generale: a) storia del problema. In: **Enciclopédia del Diritto**. Milano: Giuffrè, vol. 4, 1959, p. 788), devem ser encaradas como a contingência de observar-se determinadas formalidades ao alcance de propósitos projetados pelo Direito material, e não a conclusão de que a construção de um sistema de direitos subjetivos tenha forjado a separação entre os planos material e processual.

⁷⁵ Segundo Carlos Alberto Alvaro Oliveira, esta fase procedimentalista teria sucedido a uma etapa anterior, por ele nominada de praxista, e vigorado entre os séculos XIII e XVII. Conquanto ainda se possam vislumbrar traços claros de sincretismo, essa fase – que logo em seguida daria boas-vindas ao cientificismo processual – pôde ser vista como um avanço em direção desígnio autonomista, muito embora estivessem presentes as deformações em relação à relação processual. Disse o processualista gaúcho: “A segunda fase era ainda sincrética de modo a

1.2.1.1 A tutela dos direitos na fase imanentista e o problema da estabilidade do comando judicial

Como salientado, a ausência de sistematização científica quanto à praxe relativa à tutela dos direitos não representou, antes da fundação da Escola Científica, uma ausência completa de reconhecimento da importância do papel desenvolvido pelos juízos e tribunais.⁷⁶

Pelo contrário, a necessidade de se resguardar determinadas formalidades representou a noção mais clara de que o exercício do direito pelo autor em juízo, substancialmente a partir da consolidação de reframentos éticos e religiosos por parte do incipiente Estado, haveria de se realizar com temperamentos e restrições.⁷⁷

A história de Roma é, por óbvio, um retrato fiel e seguro de como a consolidação do Estado moldou a formatação da tutela dos direitos, principalmente a partir do recrudescimento publicista que encontrou hegemonia no sistema da *extraordinaria cognitio*.⁷⁸

Os reflexos potencializantes que permitiram o forjamento de tantos sistemas jurídicos, e a inegável influência também no Direito brasileiro, justificam, pois, seja ele tomado como ponto de partida para uma análise acerca das bases ideológicas que marcaram a evolução até a fase cientificista do processo.

Argumentar-se que o imanentismo constituiu uma fase destituída de sistematização não implica reconhecer uma ausência completa de racionalidade no seio deste sistema, uma

caracterizar o direito processual como direito adjetivo, sem existência autônoma. Começa aí a intervenção do Príncipe (Code Louis de 1667) na esfera processual e uma mudança de perspectiva quanto à lógica mais formalizada (Petrus Ramus ou Pierre de La Ramée) e a ter, em certo momento, um papel completamente passivo (processo liberal do século XIX), em que predomina o positivismo como método de pensamento. O processo é, então, considerado mera sucessão de formalidades, simples forma de resolução de conflitos, mera sequência ordenada de atos. Confundia-se processo com procedimento. A jurisdição tinha por função a realização de direitos subjetivos, com nítida matriz privatista. A ação era confundida com a actio, compreendida como inflamação do próprio direito subjetivo quando violado. O procedimentalismo dominava o horizonte do processo civil, visto como simples apêndice do direito material. Em semelhante ambiente, não estranha que a doutrina tenha lhe dedicado atenção não raro ao final de exposições sobre o direito material". (**Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19).

⁷⁶ Como meio indispensável à verificação do próprio direito proclamado, a necessidade do processo constituiu em Roma uma contingência à própria limitação da força bruta, consoante recorda Max Kaser. (**Direito privado romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Mämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 429).

⁷⁷ Segundo recordam José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo, a própria necessidade de se porem os conflitos de interesse em perspectiva processual já constitui uma primeira garantia contra natureza privada de atos executivos. (**Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 53).

⁷⁸ É de geral conhecimento, ainda que haja até os dias presente viva divergência sobre as datas exatas, que desde a fundação de Roma, à luz de sua origem lendária ocorrida por volta do ano 754 a.C. até a queda do Império no ocidente em 575 d.C, esta colossal nação conheceu três diferentes estruturas jurídicas, vale dizer, o período antigo (754 a.C. até 242 a.C), período pré-clássico e clássico (242 a.C. até 240 d.C) e pós-clássico (240 até 565), conforme Giovanni Pugliese (**Istituzioni di diritto romano**. 3. ed. Torino: Giappicheli, 1991, p. 13).

vez que a questão atinente à forma de cognição, e, por consequência, do próprio método de tutela jurídica, sobretudo nas etapas que antecederam ao procedimentalismo, observou características dignas de consideração.

Nos primórdios de Roma, onde imperou o sistema das *legis actiones*,⁷⁹ a imponência do Estado exercia-se ao ponto de limitar a ação individual e de pautar que o exercício da força – já agora em si condicionado – fosse realizado nos moldes das leis escritas.⁸⁰

Conhecida em Roma a estrita vinculação entre o Direito subjetivo e a ação, a ponto de se afirmar que naqueles domínios vigorou um verdadeiro modelo de ações,⁸¹ o papel da escrita representou uma salvaguarda à segurança jurídica, cujo ofício haveria de garantir que o proceder do magistrado não se apartasse do modelo previsto na lei.⁸²

Já aqui, a despeito da rudimentar estrutura procedimental, envolta em ambiente ainda inspirado por traços religiosos,⁸³ é perceptível o zelo com a segurança jurídica, que se manifesta na própria necessidade de se iniciar o processo a partir da reação privada, nos moldes, até mesmo obsessivos, das hipóteses e formalidades recomendadas pela lei.⁸⁴

⁷⁹ Em que pese haver no período antigo um irrestrito apego às leis escritas, sobretudo no exercício da jurisdição, Giovanni Pugliese chama a atenção para o fato de que os primeiros dias da Realeza romana foram marcados pela preponderância de normas costumeiras, conhecidas como “mores”, as quais, em uma fase mais avançada, deram origem às “*legis actiones*” (**Istituzioni di diritto romano**. 3. ed. Torino: Giappicheli, 1991, p. 32).

⁸⁰ Como acentua Max Kaser, “como em todos os povos, a história do processo para efetivar direitos privados começa em Roma com a força privada limitada e controlado pelo Estado. Quem se sentir prejudicado por outrem no seu direito pode perseguir-lo, lançar mão o adversário ou de bens materiais por iniciativa e forças próprias. Mas é limitado de dois modos pela intervenção estatal: a) submete a apreensão persecutória a formas rigorosas: só quando se observa a forma ritual a apreensão não constitui violação ilegal da esfera jurídica alheia; b) desde cedo faz depender a apreensão da prévia apreciação da situação jurídica pela autoridade: se o direito do perseguidor em relação ao adversário não for de antemão indiscutível, tem de ser decidido através de sentença antes da execução que o lesionado está realmente no seu direito”. (**Direito privado romano**. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 429).

⁸¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 190.

⁸² ENGELMANN, Arthur. **The roman procedure: a history of continental civil procedure**. Boston: Little, Brown and Company, 1927, p. 269.

⁸³ CRUZ, Guilherme Braga. O “*jurisconsultus*” romano. In: **Obras esparsas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 139.

⁸⁴ Consoante acentua José Rogério Cruz e Tucci, o formalismo neste período estigmatizou até mesmo o protótipo de situações tuteláveis pelo Estado, hermeticamente enclausuradas em situações específicas, fora das quais não era possível o socorro estatal: “A autonomia do processo, tão cara para os cultores da ciência processual de nossos dias, não se denotava, como é cediço, no direito romano. Como explica, a propósito, Sanfilippo, a razão determinante desse fato centra-se na concepção que tinham os juristas romanos da relação entre direito subjetivo material e ação judiciária (*actio*), porquanto, a rigor, as normas de caráter processual figuravam na experiência jurídica romana fundidas com aquelas e cunho substancial. E esta circunstância decorria da visualização que possuíam do fenômeno jurídico, não, como hoje, de uma ponto de vista eminentemente sistemático (quase fisiológico), mas, na verdade, de um prisma patológico; ‘configura-se o direito subjetivo não pelo aspecto de seu conteúdo substancial, mas sim pela ótica da ‘ação’ com a qual o titular podia tutelá-lo. Contra possíveis ofensas. Os romanos não diziam ‘eu tenho um direito’ (e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo), mas diziam, simplesmente, ‘eu tenho uma ação’. E, assim, considerava-se titular da *actio* não qualquer cidadão que preenchesse certos requisitos, mas, somente, aquele que lograsse demonstrar, nos esquemas preestabelecidos, uma situação de direito material realmente existente”. (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 30-31).

Monofásico em sua origem, com o exercício da jurisdição garantido ao *rex*, logo adiante fora o procedimento, no sistemas das *legis actiones*, dividido em duas fases ou instâncias; realizada a introdução da instância com o *ius vocatio*,⁸⁵ na primeira delas, *in iure*, as partes eram conduzidas à presença do magistrado público (*preator*) e, mediante o recital de fórmulas e rituais próprios que não podiam se afastar do exato modelo legal, o autor (*intentio*) introduzia a demanda.

Como recorda Arthur Engelmann, competia ao autor o ônus de formular a demanda à luz da fórmula legal correspondente à ação postulada, sendo-lhe defeso uma narração complementemente liberta dos fatos da controvérsia, o que se explicava na necessidade de exata correspondência ao arquétipo legal⁸⁶. A função do *preator* na fase *in iure*, portanto, cingiu-se, em essência, a esta prévia verificação,⁸⁷ que, se porventura incorrente, ensejava de plano a denegação da ação.

Constatada tal correspondência, e verificada a efetiva resistência à pretensão por parte do demandado,⁸⁸ os litigantes solicitavam ao magistrado público a nomeação do juiz popular (*iudex*), que, após do advento da Lei Pinaria, do início da República, era feita após o prazo de trinta dias, oportunidade em que as partes deveriam voltar à presença do *preator*.⁸⁹

⁸⁵ Segundo observa José Carlos Moreira Alves, em Roma, o ato de chamar o réu a juízo para se defender em nada se assemelha à noção atual de citação, que, nos sistemas modernos é pressuposto de validade da relação processual: “Em Roma, no processo das ações da lei, o panorama era diverso. A *in ius uocatio* (o chamamento do réu a Juízo) ficava a cargo do autor, que, de acordo, com os preceitos contidos na Lei das XII Tábuas, ao encontrar, na rua, o réu, devia chamá-lo a Juízo, empregando termos solenes (*uerba certa*). Se o réu se recusasse a atender, a Lei das XII Tábuas determinava que o autor tomasse testemunhas e conduzisse o réu à presença dos magistrado, ainda que tivesse de empregar a força. Se, no entanto, o réu fosse velho ou doente, o autor devia fornecer-lhe, para a condução, liteira ou cavalo. Por outro lado, admite-se – embora os textos não sejam muito claros a respeito – que o réu podia eximir-se de comparecer a Juízo fornecendo ao autor um *iudex*, isto é, alguém que o substituísse, litigando em seu lugar”. (**Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 204).

⁸⁶ ENGELMANN, Arthur. **The roman procedure: a history of continental civil procedure**. Boston: Little, Brown and Company, 1927, p. 269.

⁸⁷ Segundo Ricardo E. Granwell, “em otros términos, la misión del Pretor estava circunscripta a lo que significan estas tres palabras solemnes. Do, Dico, Addico (...). Do. – Esta palabra se refiere a la facultad del Pretor de cordar o negar la acción a quien la solicita y de proveer la constitución o designación del tribunal que conocería in iudicio. Dico. – Se alude con ella, sin duda alguna, a la jurisdicción del magistrado, del Pretor, para conocer de un asunto ya por razón de la materia, ya por el del lugar o ya por el de la nacionalidade de alguna de las partes (...). Addico. – El Pretor como magistrado curul y al mismo tempo con imperium, era quien aplicaba la ley adjudicando la cosa al que correspondia, ya em virtude de sentencia, pues él era el magistrado com poder suficiente para hacerla cumplir, o ya em virtude de una formalidad legal; de ahí addicere.” (**Las legis actiones según el jurisconsulto Gayo**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929, p. 53-59).

⁸⁸ A inexistência de controvérsia, ou o reconhecimento do pedido (*indefensio; confessio*) ensejavam, ainda nesta fase preliminar, e com definitividade, a entrega ao autor daquilo que por ele fora pleiteado, como recorda José Cretella Júnior (**Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 27. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 294).

⁸⁹ ALVES, op. cit., p. 205.

A tênue presença estatal, neste período, é perceptível na natureza quase contratual do procedimento, uma vez que a submissão à jurisdição, exercitada na fase seguinte, derivava de convenção segundo a qual as partes deveriam comparecer ao *iudex* e, então, se submeterem àquilo que decidido pelo juiz privado.⁹⁰

O julgamento, propriamente dito, se desenvolvia perante o juiz privado, diante de quem eram produzidas as provas, em sua grande maioria constituída de depoimentos, embora não houvesse, ao que se conhece, restrições quanto a qualquer outro meio instrutório.⁹¹ A ausência de registros fidedignos desta época⁹² não permite concluir se ao *iudex* eram postos limites à cognição, sobretudo por conta de uma suposta vinculação àquilo que alegado pelas partes, ou mesmo que houvesse alguma restrição de aceitabilidade quanto à qualificação jurídica por elas indicada. A postura passiva do magistrado, correspondente à própria fisiologia desse sistema, presa a bases eminentemente formalísticas, parece sugerir que uma atuação mais contida devesse se restringir à uma pauta de subsunção do caso concreto ao esquema legal em hipótese previsto.⁹³

Merece destaque, por outro lado, a força preclusiva que advinha do encerramento da instância. Não são precisos, também neste campo, os dados a respeito do grau de estabilidade que se revestiam os atos processuais no sistema das *legis actiones*,⁹⁴ sobretudo em sua fase mais remota, já que as primeiras referências conhecidas, segundo pontua Eduardo Talamini, são contemporâneas ao século III a.C.⁹⁵

⁹⁰ A natureza da *liscontestatio* é controversa na doutrina romanista, mas parece aceitável, à luz de características comumente proclamadas, a definição de Ricardo E. Granwell, segundo a qual este instituto correspondia a “convención que las parte públicamente celebraban y por lo cual se obligaban a concurrir em un dia dado ante le juez o tribunal que fallaría la cuestión”. (**Las legis acciones según el jurisconsulto Gayo**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929, p. 60).

⁹¹ A ausência de documentos escritos à época das *legis actiones*, recorda Philippe Levy, impôs às provas orais prevalência como meio de formação da convicção judicial (La formation de la théorie romaine des preuves. In: **Studi in onore di Siro Solazzi**, Napoli: Jovene, 1948, p. 418).

⁹² É partilhado entre os romanistas o consenso de que a maior e mais confiável fonte de informações deste remoto período provém das *Institutas* de Gaio. Nesete sentido, José Carlos Moreira Alves (**Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 203).

⁹³ Certo que as hipóteses de tutela estavam limitadas aos modelos legais e também à observação de liturgias que deveriam ser seguidas solenemente tanto pelo autor quanto pelo réu, é pouco provável que ao magistrado fosse admitido um papel corretivo, quer no que fosse ao material fático, que no que atinava à exata qualificação desses fatos à luz das ações contempladas pelo sistema. Neste sentido é a lição de Giovanni Pugliese, para quem “l’organo giudicante incontrava inoltre precisi limiti nell’esercizio del suo ufficio, giacché doveva attenersi strettamente ai termini della controversia, quali emergevano dai formulari recitati dalle parti in iure. Il suo compito era di vagliare le affermazioni o negazioni espresse con quei formulari e scegliere tra esse, senza poterle correggere, né modificare”. (**Il processo civile romano**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1963, p. 423).

⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 199.

⁹⁵ Segundo o processualista, “os dados conhecidos concernem a uma fase já avançada do sistema as *legis actiones* (séc. III a. C., em diante): do desenvolvimento de uma processo impedia outro posterior sobre o mesmo objeto (*de eadem re*). Aludia-se, então a *rem actam agere* para indicar um ato que não poderia absolutamente conduzir ao resultado pretendido pelo autor e que, assim, seria inútil. Empregavam-se também as expressões *res*

Conquanto a sentença, neste período, fosse irrecorrível,⁹⁶ é possível afirmar que a estabilidade que se atribuía ao pronunciamento judicial continha aspecto muito mais extenso do que hoje se compreende, por exemplo, como efeito negativo da coisa julgada, na medida que em estabelecida sobre o próprio processo, independentemente da existência de sentença que resolvesse o mérito da controvérsia.⁹⁷

Ao que se verifica, portanto, não era sobre a sentença, necessariamente, que atuava a estabilidade da instância, sequer podendo-se argumentar, por isso mesmo, em favor da existência de uma própria e autêntica *res iudicata* como se compreende modernamente o instituto. Do que se infere, a consolidação que se estabelecia sobre a situação posta à análise dos magistrados, resultado da imperturbabilidade quanto ao gozo do objeto adjudicado, decorria muito menos do resultado final atribuído ao processo, do que propriamente de seu desenvolvimento enquanto *agere* das partes, embora se pudesse atribuir à sentença, em si considerada, uma aptidão que, hoje em dia, encontra paralelo na eficácia positiva da coisa julgada.⁹⁸

Com efeito, segundo informa Giovanni Pugliese, a consolidação do impedimento à propositura de uma nova *legis actio* relativamente à mesma relação jurídica (*rem actam agere*), e sujeita, pois, à glosa do magistrado (*denegatio actionis*), fora criação da jurisprudência arcaica, particularmente sob o fundamento de que a nova providência não poderia conduzir a um resultado desejado, sendo, portanto, inútil.⁹⁹

Carente de sistematização, especialmente em razão da ausência de critérios que, sociologicamente, poderiam recomendar a abertura da via judiciária à repositura da demanda originalmente não julgada no mérito, não se pode deixar de reparar e enaltecer o zelo que os romanos desta época devotaram à segurança jurídica.¹⁰⁰

acta est ou *actum est* para designar algo irremediavelmente encerrado ou definido. Desse modo, atribuía-se ao *agere* das partes um ‘efeito preclusivo’ equiparável, modernamente, à função negativa da coisa julgada”. (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 199).

⁹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 206.

⁹⁷ Segundo José Gener Murga, a razão dessa amplitude encontra explicação nas raízes remotas da ordem jurídica romana, que se limitava a impor restrições à vingança privada (**Derecho romano clásico**: el proceso. 3. ed. vol. 2. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1989, p. 293).

⁹⁸ TALAMINI, op. cit., loc. cit.

⁹⁹ **Istituzioni di diritto romano**. 3. ed. Torino: Giappicheli, 1991, p. 69.

¹⁰⁰ Anuindo a esta inferência, José Rogério Cruz e Tucci, consigna que: “Despiciendo salientar que, em uma sociedade ainda incipiente, o aludido regulamento, embora sem considerar os elementos componentes da demanda, já representava um fator de inegável segurança jurídica para os cidadãos romanos”. (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 36).

O cenário processual em Roma sofre uma profunda alteração a partir da consolidação do sistema do processo formulário,¹⁰¹ resultado do amadurecimento e, mais que isso, do reconhecimento pela sociedade romana, em particular após o início da expansão comercial, das desvantagens de se manter um sistema tão significativamente formalista.¹⁰²

A partir daí, as mudanças nos rumos do processo foram relevantes, já em um primeiro momento sentidas em razão da previsão de designação oficial dos magistrados encarregados pela jurisdição.¹⁰³ Tendo como marco histórico-temporal a promulgação da Lei *Aebutia*,¹⁰⁴ e ainda mantendo no *ordo iudiciorum priuatorum* a dualidade de instâncias, o processo formulário se caracterizou pelo atenuado apego às formas e pela ampliação das hipóteses de tutela pelos magistrados.¹⁰⁵

Substancialmente menos ritualístico e mais colaborativo,¹⁰⁶ esta fase do Direito em Roma evidenciou-se pelo relativo abandono da oralidade, com a previsão, na estrutura do procedimento, da formalização de um documento escrito pelo magistrado público que deveria ser observado pelo *iudex* na fase *apud iudicium*.¹⁰⁷ Base de um autêntico programa de julgamento, a fórmula, segundo reconhece Vincenzo Arangio-Ruiz, era dotada de claros preceitos colaborativos, dentro da qual haveria de se encontrar suficientemente delimitada a

¹⁰¹ A ocorrência de um paulatino retraimento do sistema formalista, característico do sistemas das *legis actiones*, é sublinhado por José Cretella Júnior (**Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 27. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 299).

¹⁰² Foi a partir da expansão comercial que o Direito assume, em Roma, um caráter mais dinâmico e menos formalista, no intuito de compatibilizar a então nascente prática mercantil com povos estrangeiros àquela legislação antiga, já em si insuficiente a regular essa nova atividade que, no império, assumiria proporções inauditas. A necessidade de um novo Direito acabou por influenciar, também, a relação entre os próprios romanos, como noticia Arthur Engelmann: (...) “after the complete subjugation of Italy, when Rome was gradually become the center of an extensive trade by land and sea, the principles of the old national law, adapted, as they were, to a simple order of transactions, were no longer capable of furnishing an adequate guide, even for the dealings of Roman citizens among themselves”. (**The roman procedure: a history of continental civil procedure**. Boston: Little, Brown and Company, 1927, p. 251).

¹⁰³ Para Mario Talamanca, há na doutrina romanista uma vertente que se inclina a admitir que a sucessão do sistema das *legis actiones* pelo processo formulário teria decorrido da instituição, a partir da figura nascente do pretor peregrino, da *iurisdictio peregrina* (Processo civile (diritto romano). In: **Enciclopédia del diritto**. Milano: Giuffrè, vol. 36, 1987, p. 25).

¹⁰⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 218.

¹⁰⁵ Um traço significativo, quicá o mais importante deste período, consistiu no robustecimento dos poderes do magistrado público, já neste período habilitado a criar ações mediante fórmulas que tutelassem situações não previstas no *ius ciuile*, como chama a atenção José Carlos Moreira Alves (Ibid., p. 219).

¹⁰⁶ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Las acciones en el derecho privado romano. In: **Revista de Derecho Privado**. Madrid, 1945, p. 53.

¹⁰⁷ Essa assertiva é confirmada por José Rogério Cruz e Tucci, segundo quem “a fórmula – que altera a característica eminentemente oral do sistemas anterior – correspondia ao esquema abstrato contido no Edito ao pretor, e que servia de paradigma para que, num caso concreto, feitas as adequações necessárias, fosse redigido um documento (iudicium) – pelo magistrado, com o auxílio das partes – no qual se fixava o objeto da demanda que deveria ser julgada pelo iudex popular” (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 36).

pretensão deduzida pelo autor, bem assim as questões fático-jurídicas que deveriam ser enfrentadas pelo magistrado privado.¹⁰⁸

Se a observação de uma regra apodítica a respeito do ordenamento fora atenuada, nem por isso o procedimento – ainda consequência da *litis contestatio*¹⁰⁹ – deixou de ser um assunto alheio à conveniência e aos interesses primordiais das partes.¹¹⁰ A inclusão de raros traços publicistas ainda deixava a descoberto, especialmente na transição com o sistema das *legis actiones*, a natureza quase privada do procedimento, a denunciar uma tênue ingerência estatal que viria a perder força, com mais alvura, no auge do império.¹¹¹

A transição ao sistema do processo formulário teve, por outro lado, um papel fundamental na modificação do ofício do magistrado público. A partir daqui é nitidamente perceptível o incremento de um embrionário elemento criativo do Direito por parte do pretor, sobretudo em razão da consolidação dos editos que se punham a conhecimento da população, não raras vezes elaborados à revelia do próprio *ius civile*.¹¹²

¹⁰⁸ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Las acciones en el derecho privado romano. In: **Revista de Derecho Privado**. Madrid, 1945, p. 54.

¹⁰⁹ “En el período formulario, *la litis contestatio* coincide con el momento en que, mediante el decreto del pretor que emite la fórmula y la aceptación de ésta por parte de los litigantes, se establecen precisamente los términos fundamentales en que habrá de desarrollarse el juicio; lo cual se realizaba, em el procedimiento de las *legis actiones*, mediante da solemne invocación de los testigos. Con la diferencia, naturalmente, de que ne la *litis contestatio* del procedimiento formulario no hay ya formas solemnes ni la solemne invocación de los testigos. El preto, a continuación de todo el desarrollo del procedimiento *in jure* nombra el juez para el procedimiento in juicio y establece el contenido de la acción y eventualmente el de las excepciones, réplicas etc. fijando los términos en la fórmula, que hemos dicho que es la instrucción escrita dada a este efecto al juez”. (SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Trad. Santiago Santis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1954, p. 231).

¹¹⁰ Reconhecendo a natureza privada de verdadeiro negócio jurídico processual, assim se manifestou Ovídio A. Baptista da Silva: “Havia necessidade, como diz Sciolaja, de que os litigantes aceitassem a fórmula, segundo a qual e dentro de cujos limites haveria o *iudex* de julgar a demanda. Sugere-se, assim, a natureza de um negócio jurídico de natureza privada, ou negócio jurídico processual, tornado efetivo na *litis contestatio*”. (**Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p. 62). Negando essa qualidade, afirma Giovanni Pugliese que a *litis contestatio* assumia no sistema do processo formulário a essência de um quase-contrato (**II processo civile romano**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1963, p. 392).

¹¹¹ Não obstante esse fato, é curioso perceber, que ao encerrar a fase preliminar, a *litis contestatio* impunha ao procedimento um traço eminentemente preclusivo, no sentido de impedir que as partes adicionassem ao debate questões e matérias não deduzidas na fórmula: “A função da *litis contestatio* era ato processual pelo qual se definia o objeto litigioso (*res deducta*), de tal modo que as eventuais alegações e defesas não contidas na fórmula ficavam igualmente consumidas, a partir deste momento processual, sendo impossível ao credor valer-se da obrigação primitiva – agora ‘novada’ – para sustentar uma segunda ação, como vem exposto por Gaio, no passo seguinte de suas *Instituições* (3, 180). Depois de dizer que, por força da *litis contestatio*, a primitiva obrigação era consumida, prossegue: ‘Donde resulta que se eu tiver exigido o débito em *iudicium legitimum*, não posso depois pleitear o mesmo direito, sendo inútil pedir que se me deve dar a mim; pois, pela contestação da lide (*litis contestatio*), o réu deixa de me dever’”. (SILVA, op. cit., p. 65).

¹¹² PUGLIESE, Giovanni. **Istituzioni di diritto romano**. 3. ed. Torino: Giappicheli, 1991, p. 268.

Com isso, o Direito – e o respectivo apêndice procedimental – passaram a atuar de maneira mais conectada à realidade social daquele momento histórico,¹¹³ particularmente por conta de uma sensível flexibilização do próprio procedimento às necessidades do Direito material tutelado.¹¹⁴

Também recrudescer aqui uma preocupação sistematizada com a segurança jurídica, a partir da constituição de elementos que forjariam, mais adiante, o molde de categorias conectadas à coisa julgada, sobretudo em sua eficácia negativa. Se no período das *legis actiones* a estabilidade dos comandos exarados pelos magistrados decorria muito mais da conveniência em racionalizar o uso da força bruta, do que propriamente de se evitar o incômodo decorrente da eternização das demandas, aqui o sentimento presente é o de que o final da fase *in iure*, com a elaboração da fórmula pelo pretor, deveria constituir a trincheira final para que as partes traçassem, com definitividade, o conteúdo da demanda a ser julgada pelo *iudex*.¹¹⁵

A fórmula concedida pelo pretor, ontologicamente constituída pela prévia atividade colaborativa das partes, ao menos nas ações de cunho pessoal, atribuía à *litis contestatio* natureza novatória, que tinha por resultante a destruição, para usar de uma forte expressão de Pietro Bonfante, da relação obrigacional que dera causa à demanda.¹¹⁶ Deste modo, passou a

¹¹³ A despeito desta sensível e crescente liberdade conferida agora ao pretor para a concessão, pela fórmula, da respectiva ação, não mais adstrita, necessariamente, às correntes do *ius civile*, não é correto supor que a todos, indistintamente, fossem concedido acesso à fase posterior do procedimento. É preciso recordar que a *actio*, ainda aqui, corresponde ao próprio direito em perspectiva dinâmica, o que sugere um afastamento de qualquer traço abstrato em relação a sua natureza. Sem embargo, diante dessa limitação conceitual, a concessão da fórmula, ante a ausência de regra positivada de tutela, impingia ao pretor um exercício de argumentação em asserção, notadamente a respeito da juridicidade e existência de situação jurídica merecedora de tutela. Conforme destaca Giovanni Pugliese: "Ora i giuristi, quando discutevano se alla parte spettasse questa o quell'actio o non ne spettasse nessuna, volutavano bensì soltanto le conseguenze Giuridiche dei fatti da essa asseriti, ma davano per scontato che tali fatti risultassero veri, anticipando in sostanza l'esito favorevole della loro prova. Se questo poi fosse stato in concreto sfavorevole, se ne sarebbe dedotto che l'actio ipotizzata effettivamente non spettava, che, come non di rado si diceva, si era agito 'non recte'". (**Istituzioni di diritto romano**. 3. ed. Torino: Giappicheli, 1991, p. 285).

¹¹⁴ Como assevera Vincenzo Arangio-Ruiz, "con poterioridad las partes que se dirigían ante el pretor peregrino no se han limitado ya a demandar de una manera general su protección, sino que han comenzado por exponer su caso y han terminado solicitando les fuera adaptarse a las circunstancias de tal o cual texto inserto em los editos". (Las acciones en el derecho privado romano. In: **Revista de Derecho Privado**. Madrid, 1945, p. 53).

¹¹⁵ Neste ponto, Ovídio A. Baptista da Silva traça uma sugestiva analogia ao afirmar: "Se pudéssemos estabelecer uma equivalência entre a *litis contestatio* romana e a estrutura do processo civil moderno, poderíamos sugerir que este instituto correspondesse ao ato através do que se encerrava a fase postulatória, cm a consequente *inalterabilidade da instância*, resultando estabelecidos pelo pretor os limites da controvérsia, seja pela fixação do conteúdo da ação, seja, eventualmente, pela admissão das exceções suscitadas pelo demandado". (**Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p. 61).

¹¹⁶ Segundo este eminente romanista: "Nella procedura formulare l'attore comunica la formula al convento (edere, dictare, formulam s. indicium) e questi l'acceta (*accepere, formulam s. iudicium*). La contestazione della lite aveva ne'giudizi legittimi e nella azioni personali in ius conceptae effeto di distruggere totalmente il rapporto, cioè l'obbligazione, *che prima* esisteva tra le parti e generarne invece uno nuovo stabilito dal contrato

ser ela, e não mais o *agere* das partes, a pedra de toque que atribuía estabilidade ao julgamento do *iudex*, que, por seu turno, estabelecia uma nova relação jurídica entre as partes, esta de caráter imodificável.¹¹⁷

Diante disso, então, não seria exagero afirmar que a coisa julgada, neste período, consistiu em representação do próprio resultado do processo, já agora definitivamente impedido de ser alterado por qualquer providência processual ulterior.¹¹⁸ A compreensão da *res iudicata* como qualidade de um ou mais efeitos da decisão, que hoje inspira a compreensão da maioria dos processualistas modernos, não era aceita em Roma, senão como o próprio efeito do julgado.¹¹⁹

A labuta por uma maior relevância à segurança jurídica não ficou adstrita a isso, porém. A amplitude que se atribuiu à estabilidade do julgado, independentemente de sua sorte, acabava por consumir não só as questões contempladas na fórmula, senão todas as causas que diziam respeito à *eadem res*, que poderiam, em tese, infirmá-lo em processo sucessivo.¹²⁰

A tamanho rigor, entretanto, escapou a questão relativa ao elemento temporal, uma vez que os juristas desta época já possuíam a noção acurada de que causas supervenientes,

con cui le parti se obbligavano ad accettare il giudizio”. (**Istituzioni di diritto romano**. 10. ed. Roma: R. Università, 1934, p. 128).

¹¹⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 237.

¹¹⁸ Em que pese ainda irrecorrível a sentença, José Carlos Moreira Alves compreende já existentes a este tempo os institutos da *intercessio*, da *reuocatio in duplum* e da *restitutio in integrum* que, se não dispunham de aptidão para rever o mérito da decisão final, poderiam ensejar providências de cunho incompatível com a decisão final. (**Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 237).

¹¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **L’idea romana nel processo civile moderno**. 3. ed. vol. 3. Milão: Giuffrè, 1993, p. 89.

¹²⁰ Ao reconhecer o interesse desse assunto à teoria do processo de sua época, Enrico Tullio Liebman defendeu a existência no período clássico dessa eficácia preclusiva que, segundo ele, abrangia não apenas as ações concorrentes entre as partes, como aquelas que mantinham alguma vinculação ou compartilhamento com outros sujeitos não partícipes da relação processual. A esse respeito, consignou: “Segundo ULP., 43, § 1º, D., 50, 17, *Quotiens concurrunt plures actione eiusdem rei nomine, una quis experiri debet*. O princípio, assim enunciado genericamente, da eficácia extintiva do exercício de uma ação sobre as ações concorrentes e, em geral toda a elegantíssima doutrina do concurso das ações receberam dos romanistas modernos contribuições notáveis que iluminaram de viva luz muitos aspectos da emaranhada matéria, embora outros ainda permaneçam obscuros e talvez impenetráveis (...). Portanto, pelo direito clássico, quer entre duas pessoas concorresse duas ou mais ações, que estas concorresse entre mais pessoas, ativa ou passivamente, o simples exercício de uma dessas ações extinguiu também todas as ações concorrentes. A opinião geralmente acolhida explica esse resultado como consequência da eficácia consumptiva da *litis contestatio*, que se produzia *ipso iure*, ou por força da *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, segundo a qualidade da ação proposta. Essa eficácia consumptiva se manifestava bem além dos limites da ação individual exercida, porque obedecia ao princípio *bis de eadem re ne sit actio*, e para ter a *eadem res* não se precisava nem *eadem actio* nem *eadem, personae* (...). Assim, a pura e simples contestação da lide, intervinda na ação, extinguiu contemporaneamente *ipso iure* ou *ope exceptionis* todas as ações concorrentes, isto é, todas as que se referiam à *eadem res*, quer entre as mesmas pessoas, quer entre pessoas diversas, e independentemente do êxito do julgamento e da satisfação efetiva. (**Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 209-210).

ainda que se tratassem de *actio in rem*,¹²¹ exprimiam realidade jurídica diversa em relação ao bem ou situação jurídica objeto de prévia análise.¹²²

Todo esse quadro sofre radical alteração com a advento do sistema do processo extraordinário (*cognitio extraordinaria*)¹²³, que perdurou até os últimos dias de Roma, embora tenha servido de inspiração para a construção de estruturas processuais medievais e modernas.¹²⁴ O estudo deste período deve partir da afirmação de que o procedimento assume contornos mais publicísticos, com a extinção, como regra, da dualidade da instância e a concentração dos poderes jurisdicionais na figura do magistrado público,¹²⁵ de cuja escolha as partes já não dispunham minimamente.¹²⁶

Com o crescente poderio do Estado, instituído sob a forma imperial que alcançou, como é conhecido, longínquas fronteiras, a publicização do processo concentrou na figura do imperador a atribuição suprema do exercício da jurisdição, delegada, a bem da colossal expansão territorial, a um corpo burocrático de juízes.¹²⁷

A guinada de maior sensibilidade projetou um quadro substancialmente diverso também no paradigma normativo. Seria natural imaginar que, concentrada no imperador uma atuação de poder que retratava a estrutura política da época,¹²⁸ fossem mais diretamente cerceados os poderes criativos do pretor que tanto caracterizaram o sistema anterior.¹²⁹

¹²¹ Como pontua José Rogério Cruz e Tucci, é no processo formulário que assume relevância a identificação das demandas à luz da teoria dos *tria eadem*, sobretudo a partir das nuances entre as *actiones in personam* e as *actiones in rem* e, particularmente, sobre a necessidade de o autor substanciar a *causa petendi* da pretensão. Com suporte na doutrina de diversos reconhecidos romanistas, o autor adere à ideia de que, nesse período, a identidade da causa de pedir assumia especial relevância apenas nas *actio in personam*, uma vez que nestas espécies de demanda a mesma prestação podia ser devida em razão de relações obrigacionais distintas, o que não ocorria nas ações reais, onde todas as causas possíveis de aquisição estavam implicitamente compreendidas na demanda. (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 40-41).

¹²² PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civil: storia e diritto vigente. In: **Enciclopédia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 18, 1968, p. 738.

¹²³ Consoante informa Max Kaser, à origem da *cognitio extraordinaria*, ao tempo do Principado, não se levou em consideração uma distinção entre processos de natureza civil ou penal. (Gli inizi della “cognitio extraordinaria”). In: **Ontologia giuridica romanistica**, Milano: Antiquaria, vol. 1, p. 171).

¹²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 46.

¹²⁵ Consoante recorda José Rogério Cruz e Tucci, “a modificação mais importante na estrutura do processo privado foi a unificação da instância, ou seja, com a voluntária ingerência, em determinadas questões, da *cognitio extraordinaria* do *princeps* ou de seus delegados, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal. Por esse motivo, ressaltam os romanistas que os novos juízes públicos postavam-se não mais como jurados leigos, que proferiam a decisão em nome do povo romano, mas, sim como representantes do poder imperial, julgando *ex autoritate principis*”. (op. cit., p. 43).

¹²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 255.

¹²⁷ ORESTANO, Riccardo. **L'appello civile in diritto romano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1953, p. 4.

¹²⁸ Ainda segundo Riccardo Orestano: “Si può dire che nella *cognitio* ogni giudicante deriva il proprio potere di comando – direttamente o attraverso una serie di passaggi che finiscono poi col determinare una gerarchia - da

Também resultado disso foi a previsão, a partir de então, de figuras impugnativas que visavam, muito mais que a prolação de um julgamento justo, a resguardar a autoridade do próprio imperador, manifestada no controle da aplicação uniforme do direito vigente.¹³⁰

O enfraquecimento do poder criativo do pretor nesta fase,¹³¹ com a centralização de poder agora na lei positiva – sobretudo nas constituições imperiais –, inspirou o forjamento de um modelo assimétrico de processo, resultando em um arrefecimento da influência da partes sobre a atuação do juiz.

A *actio*, que antes tinha significação vinculada a certa subjetividade do pretor, passa a refletir um domínio oficial do magistrado condutor do processo, fazendo vazia de conteúdo a *litis contestatio*, ao menos quanto à subjetiva aquiescência das partes, naquilo que dizia à submissão voluntária à jurisdição, como compreendida na fase das *legis actiones*.¹³² Em suma, a instituição da cognição extraordinária em Roma significou o rompimento quase que completo do caráter privado do procedimento e, via de consequência, a alteração da posição jurídica do juiz em relação às partes, e, mais ainda, da própria metodologia decisória.¹³³

Também foram estatuídas modificações importantes no que relacionado à coisa julgada. Como reconhece Biondo Biondi, toda a significação extintiva que se atribuíra à *litis contestatio* passa a concentrar-se na *res iudicata*, particularmente pelo abandono do aspecto negocial que lhe empenhava força.¹³⁴

Conquanto a coisa julgada ainda permanecesse identificada ao próprio julgado,¹³⁵¹³⁶ admitiu-se como de uso corrente, diante mesmo da necessidade de vigilância quanto à

un potere più vasto che tutti li ricomprende. È questo il potere dell'imperatore". (**L'appello civile in diritto romano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1953, p. 12).

¹²⁹ ENGELMANN, Arthur. **The roman procedure: a history of continental civil procedure**. Boston: Little, Brown and Company, 1927, p. 264.

¹³⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 139.

¹³¹ Circunstância negada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 24.

¹³² KASER, Max. Gli inizi della "cognitio extra ordinem". In: **Ontologia giuridica romanistica**, Milano: Antiquaria, vol. 1, p. 466.

¹³³ ZILLETTI, Ugo. **Studi sul processo civil giustiniano**. Milano: Giuffrè, 1965, p. 278.

¹³⁴ Appunti intorno all sentenza nel processo civil romano. In: **Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento**, Milano: Fratelli Treves, vol. 4, 1930, p. 61.

¹³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. L'azioni nel sistema dei diritti. In: **Saggi di diritto processuale civile**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1993, p. 245. Essa assertiva é negada por Biondo Biondi, para quem ao tempo da cognição extraordinária já não havia uma completa coincidência entre a coisa julgada e a sentença. (op. cit., p. 56).

¹³⁶ Embora não se tenham informações especificamente seguras a respeito da extensão da coisa julgada e de uma possível ampliação dos limites objetivos a causas diversas, é altamente provável que já contassem com uma eficácia preclusiva substancialmente dilatada. Dá-nos conta Giuseppe Chiovenda de que, neste período, a *res iudicata* assumia um significado geral para indicar, muitas vezes, não apenas o bem que constituía o objeto da demanda. (**Instituições de direito processual civil**. Trad. G. Menegale. 2. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 245).

integridade do Direito imperial, a admissão da *appellatio*¹³⁷ como remédio ordinário de impugnação das decisões.¹³⁸¹³⁹ Segundo Giovanni Pugliese, a interposição do recurso tinha, de ordinário, a aptidão de suspender a *res iudicata*, que seria, no entanto, oportunamente reestabelecida por ocasião de seu eventual desprovemento.¹⁴⁰

Sistematicamente mais bem elaborado, o instituto teve aperfeiçoado seu efeito negativo,¹⁴¹ de resto já moldado no sistema anterior, e também uma faceta positiva, que obrigava, semelhantemente ao que se sucede nos ordenamentos modernos, à observação da relação ou situação jurídica fixada na sentença, em causa sucessiva.¹⁴² Em época já amadurecida desta fase, também se verificou um avanço na questão relativa aos efeitos da sentença a terceiros, e a compreensão de que a autoridade da coisa julgada haveria de confinar-se ao círculo das partes envolvidas no litígio, a despeito da existências, nas compilações de Justiniano, de poucas regras estabelecendo um regime *secundum eventum litis* da coisa julgada a terceiros.¹⁴³

A sistematização em torno da coisa julgada não olvidou da instituição¹⁴⁴ de mecanismo que, bem vistas as coisas, pode perfeitamente ser comparado a nossa moderna

¹³⁷ Nem toda sentença, no entanto, era passível de apelação. Segundo José Carlos Moreira Alves, “(...) anteriormente a Justiniano, o Código Teodosiano estabelecia, por via de regra, a proibição, sob penas severas, de se apelar de sentenças interlocutórias ou preparatórias; Justiniano a manteve, permitindo, no entanto, a apelação contra qualquer sentença definitiva ou terminativa”. (**Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 263-264).

¹³⁸ Convém ressaltar que a *appellatio*, enquanto mecanismo recursal, destinava-se à impugnação de sentença injusta, porém existente, o que apenas de modo bastante indireto sucedia no regime anterior das *legis actiones*, que previa alguma sanção apenas às decisões consideradas inexistentes, tidas assim, de ordinário, por nódoas de índole processual. Neste sentido, Eduardo Talamini (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 208).

¹³⁹ Como se sabe, os romanos tinham uma enorme dificuldade em compreender a figura do ato existente, mas nulo, ao menos no sentido em que hoje em dia é empregado a essa nódoa jurídica. Se existente, o ato era considerado válido perante o Direito. A figura da sentença nula por violação ao Direito objetivo foi uma cogitação tardia dentro da *cognição extraordinaria*, antes limitada, conforme reconhece Chiara Besso, a questões de natureza procedimental. (**La sentenza civile inesistente**. Torino: G. Giappichelli, 1997, p. 36).

¹⁴⁰ *Giudicato civile: storia e diritto vigente*. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 18, 1968, p. 747.

¹⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 147.

¹⁴² Como assevera Eduardo Talamini, “(...) foi durante a *extraordinaria cognitio* que se generalizou o emprego da máxima *res iudicata pro veritate accipitur*. A rigor, a fórmula havia sido cunhada em época anterior por Ulpiano, examinando um caso concreto. Tratando da proibição de casamento entre pessoas da classe senatorial e libertos, Ulpiano expunha que se revestia da condição de ingênuo não apenas aquele que nasceu livre de mãe livre, ‘mas também aquele que foi declarado ingênuo por uma sentença, conquanto fosse liberto, já que a *res iudicata* ocupa o lugar da *veritas*’. ‘Vale como verdade’, ou melhor, em lugar da verdade”. (TALAMINI, op. cit., p. 207).

¹⁴³ PUGLIESE, op. cit., p. 750-751.

¹⁴⁴ Para José Rogério Cruz e Tucci, a instituição da *restitutio in integrum* remonta ao processo formulário, ainda no sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, fruto da criação do *ius honorarium* pelo *iudex privatus*. (Breves anotações sobre a “*restitutio in integrum*” e o processo acusatório romano. In: **Revista Justitia**, São Paulo, n. 45, jul./set., 1983, p. 53).

ação rescisória.¹⁴⁵ A *restitutio in integrum* foi mais uma das criações da atividade pretoriana romana a ganhar, a partir de seu uso reiterado, lugar cativo no direito positivo, sobretudo no fluir do período clássico tardio.¹⁴⁶

Alheio, em um momento inicial, à *jurisdictio*, e circunscrita aos atos de *imperium* tidos por gravemente injustos, a *restitutio in integrum*, quando invocada contra sentença, admitia ao pretor a emissão de um decreto que impunha a restituição à situação jurídica anterior ao julgado. É curioso perceber que, enquanto expediente eminentemente prático, o decreto que impusesse a *restitutio* convivia harmonicamente com a sentença de natureza contrária, exaurindo tão-somente os atos de satisfação.¹⁴⁷

A queda do Império Romano, e a inauguração da experiência jurídica medieval na Europa, deu início ao período que ficou conhecido como *ius commune*, que se prolongou do século V ao século XI. O ponto que aqui chama mais a atenção repousa no resgate à metodologia prática que vigorara antes da *extraordinária cognitio*, com o relativo abandono ao Direito de natureza estritamente estatal.¹⁴⁸

A influência germânica imprimiu um novo traço isonômico à dinâmica processual, com o reforço dos costumes praticados nas comunidades locais.¹⁴⁹ Esse cenário sofreria um novo revés no início da Baixa Idade Média, quando o entusiasmo pelo estudo das fontes jurídicas romanas, notadamente do *Corpus Iuris Civilis*, povoou o imaginário de um relevante corpo de juristas interessados no emprego daquelas características ao Direito de seu tempo.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Assim compreende José Carlos Barbosa Moreira, para quem a instituição da ação rescisória no direito brasileiro foi resultado da fusão da *restitutio in integrum* com a antiga *querela nullitatis*. (**Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)**. 17. ed. vol. 5: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 102).

¹⁴⁶ “A partir do período clássico tardio, assistiu-se à gradual ‘processualização’ da *restitutio in integrum*. A medida deixou de ser um remédio extraordinário, ligado à atuação excepcional e ‘corretiva’ do pretor no exercício do *imperium*, para tornar-se um meio processual inserido no sistema propriamente jurisdicional. Aliás, o que ocorreu com a *restitutio* não foi mais do que consequência daquilo que se passou com a atividade pretoriana como um todo. Desse ponto em diante, quando inclusive passaram a ser tipificadas em constituições imperiais hipóteses de *beneficium restitutionis*, a restituição tornou-se em certos casos um ‘direito subjetivo’ da parte, exercitável mediante uma *actio*”. (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 214).

¹⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Breves anotações sobre a “*restitutio in integrum*” e o processo acusatório romano. In: **Revista Justitia**, São Paulo, n. 45, jul./set., 1983, p. 56.

¹⁴⁸ GROSSI, Paulo. **L’ordine giuridico medievale**. 6. ed. Bari: Laterza, 2011, p. 52.

¹⁴⁹ CAMPITELLI, Adriana. Processo civile (diritto intermediario). In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 36, 1987, p. 80.

¹⁵⁰ GROSSI, op. cit., p. 144. Em complemento, como bem recorda José Rogério Cruz e Tucci, “(...) foi, contudo, em Bolonha, no correr do século XI, que teve início o estudo científico das fontes jurídicas romanas, não como uma ocorrência histórica causal, mas, sim, como parte de um movimento cultural de aspecto mais amplo e geral. A formação do *studium civile* bolonhês se engasta no ingresso da literatura clássica – conservada, em particular, no Digesto – na consciência jurídica medieval”. (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 50).

A isso, como seria de se esperar, decorreu novamente um apego exagerado à legislação – paradigma quase que fiel das consolidações romanas – e à obsessão pela descoberta do “sentido da lei”, o que acabou por desaguar, inelutavelmente, em um quase mecanicismo do próprio procedimento, uma vez mais.¹⁵¹

Ao trabalho que se seguiu à tarefa dos glosadores, vislumbrou-se um atenuamento da burocracia processual – a revelar mais uma vez o caráter pendular da história – pela contribuição importante dos chamados comentadores.¹⁵² Sensíveis a uma análise crítica a respeito da compatibilidade do Direito Justinianeu às particularidades temporais e locais tidas agora por preponderantes, os comentadores constituíram, seguramente, figuras-chave na transição entre a erudição paralisante que os glosadores impingiram à ciência jurídica e a reinterpretção desses dogmas à realidade sensível.¹⁵³

A síntese desse fluxo e contrafluxo implicou em consequências importantes para o processo, e legou para boa parte do continente europeu, até os albores do nascimento do processo como ciência autônoma – com a colaboração também decisiva da influência canônica – a estrutura do processo romano-canônico.¹⁵⁴

Ainda que a influência do Direito Justinianeu tenha se revelado uma constante, é curioso perceber a predominância da estrutura-mestra de um modelo equilibrado entre os poderes conferidos ao juiz e aqueles destinados às partes. Como asseverou Alessandro Giuliani, neste sistema “il processo é cosa delle parti, non del giudice; il suo compito è quello di controllare il giudizio delle parti”.¹⁵⁵ Aberto, pois, a uma dialética mais democrática, o contraditório que se estabelecida entre as partes visava a muito mais a criação de um ambiente propício à tomada de uma decisão razoável, encorada em uma lógica provável.¹⁵⁶

A organização do processo, segundo tais cânones, importou em um enfraquecimento da questão relativa à segurança jurídica, a despeito da idealização de uma maior racionalidade quanto aos institutos ligados à *res iudicata*. Isso decorreu, paradoxalmente, de um maior coeficiente argumentativo conferido às partes, sem a fixação, em contrapartida, de fases preclusivas, ou mesmo de uma limitação procedimental quanto à eventualidade. Nas palavras

¹⁵¹ CALASSO, Francesco. **Medioevo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 531.

¹⁵² GROSSI, Paulo. **L'ordine giuridico medievale**. 6. ed. Bari: Laterza, 2011, p. 159.

¹⁵³ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. Antônio Manuel Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 2010, p. 80.

¹⁵⁴ TAFUFFO, Michele. **La semplice verità**. Bari: Laterza, 2009, p. 27.

¹⁵⁵ L'ordo iudicarius medioevale: riflessioni su un modelo puro di ordine isonômico. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, vol. 43, 1988, p. 610.

¹⁵⁶ A essa conclusão adere Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (A garantia do contraditório. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, vol. 15, 1998, p. 8).

de um ilustre jurista italiano, essa impropriedade metodológica permitiu a proliferação de demandas que restaram conhecidas como “lides imortais”.¹⁵⁷

De resto, houve avanços, como se disse, ao menos quanto à dogmatização da coisa julgada, já em si apartada e diferenciada da própria sentença,¹⁵⁸ consolidando-se a ideia, a partir disso, de que nem toda a sentença estaria apta a se valer dessa estabilidade.¹⁵⁹ Modificando compreensão de cuna romana, à *res iudicata* restaram atribuídos propósitos probatórios,¹⁶⁰ no sentido de se impedir, em demanda posterior, a possibilidade de prova contrária a respeito de questões já decididas incidentalmente na sentença.

Neste circuito histórico, é conhecido, na Europa continental, na transição para o século XVI, um novo movimento que viria a embalar um novedio ambiente jurídico. Novamente instalou-se, à base de uma diferente visão cultural, novos paradigmas que modificariam não apenas a visão acerca das ciências jurídicas, mas também da dinâmica processual. Mais uma vez o anelo cognoscibilista – característica indelével da modernidade – se impõe, resultado dos aglutinamentos políticos que viriam a culminar, mais adiante, na formação dos Estados como entidades modernamente compreendidas.¹⁶¹¹⁶²

¹⁵⁷ PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 36, 1987, p. 113.

¹⁵⁸ PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civil: storia e diritto vigente. In: **Enciclopédia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 18, 1968, p. 761.

¹⁵⁹ Segundo Eduardo Talamini: “Uma vez dissociado o conceito de sentença do de coisa julgada, o passo seguinte foi a identificação – e multiplicação do número – de sentenças que não faziam coisa julgada. Foi no direito canônico que mais notadamente se pôs essa tendência (...). Mas, como também se aponta a seguir, a intercomunicação entre *ius civile* e *ius canonicum* fez cm que também no ‘direito civil’ houvesse o significativo aumento das hipóteses em que a sentença não ‘passava em julgado’. Não apenas se mantiveram as hipóteses de *sententia nulla* proveniente da *cognitio extra ordinem* (por defeitos processuais, com falta de jurisdição e competência, e por ofensa ao direito expresso), como também se estendeu a exclusão da coisa julgada a sentenças que até então não se enquadravam nessa categoria (a *sententia mercatorum* e a *expertorum*, as sentenças cujo teor se revelasse ‘seguramente injusto’ ou cuja iniquidade se mostrasse evidente, as sentenças fundadas em presunções ou em provas reprovadas pelo direito etc). No direito canônico (...) identificaram-se fundamentos para o regime diferenciado, e que permitiram a gradual sistematização das hipóteses em que a sentença de mérito, mesmo válida, não faz coisa julgada”. (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 217-218).

¹⁶⁰ PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civil: storia e diritto vigente. In: **Enciclopédia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 18, 1968, p. 763.

¹⁶¹ O símbolo dessa nova ordem de pensamento, novamente focado na autoridade da lei e na busca pelos ideais legislativos, encontrou na França seu mais destacado ícone, como observa Segundo Paolo Grossi: “O regno di Francia (...) è, per il politologo e per il giurista, lo straordinario laboratorio storico in cui il ‘moderno’ prende dapprima un suo volto più determinato e sempre più se ne incrementano i tratti”. (**Mitologie Giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 30).

¹⁶² A importância do advento da modernidade não ficou circunscrita a essa contingência, porém. Como oportunamente reconhece Ovídio A. Baptista da Silva, esse movimento foi o último obstáculo à concretização, na Europa, do divórcio entre os estados que fundariam os sistemas de *civil* e *common law*. Segundo o eminente e saudosos processualista: “Esta peculiaridade do chamado direito escrito, ou *civil law*, decorre de um importante conjunto de pressupostos culturais, dentre os quais se destacam a formação do Estado na Europa, que se plasmou através da doutrina da ‘separação de poderes’, com a substituição dos direitos costumeiros medievais pelo direito produzido exclusivamente pelo Estado, inicialmente pelos monarcas, depois pelo Poder Legislativo”. Para

A partir daí, cresce em valor novamente a ideia do Direito como fruto do agir racional do legislador e, por consequência, do poder onipresente do soberano, o que se projeta como consequência da própria afirmação do Estado como ente de poder que culminaria, em tempos menos remotos, na justificativa explícita para o absolutismo.¹⁶³

Esse quadro foi o pretexto ideal para a passagem, na tutela dos direitos, do *iudicium* ao *processus*, traduzida na ruptura da concepção medieval do processo, e que representou – também sob um viés de natureza política – a passagem de uma concepção extra estatal a um ponto de vista estatal e publicista do processo.¹⁶⁴

A reboque disso, não ficaram infensos também a uma radical ruptura de padrões as ideias de validade, vinculados a dogmas de perfil quase matemáticos – à luz do método ramista – próprios das ciências exatas. Com isso, o contraditório muda de feição, abandonando, na busca da verdade, a conveniência de técnicas argumentativas, deixando-se rebaixar a princípio externo de pura lógica formal.¹⁶⁵

Voltou-se atenção, uma vez mais, à questão da temporariedade do processo e à necessidade de se imporem limites e critérios racionais à possibilidade de debates e meios de impugnação das decisões pelas partes. O propósito de se resguardar um mínimo de segurança jurídica e de paz social, em grande medida pelo reconhecimento de que a utilização de instrumentos de tradição dialética constituiu, em época pretérita, um artifício para a prática de abusos, centrou novamente na figura do juiz o papel de protagonista na tarefa de afiançar uma rápida resolução dos litígios.¹⁶⁶

Centrando-se o estudo, a partir daqui, na península ibérica – e em particular no Direito português –, preenche ainda de influências visigóticas que lograram resistir à reconquista do território em face dos povos árabes – estes sabidamente resistentes por questões religiosas à

aqueles que não permaneceram fiéis ao modelo prático e costumeiro da jurisdição – visto com desconfiança pelo elevado risco de subversão ao direito oficialmente produzido – restou a ilusória garantia de um juiz passivo, absolutamente interdito ao exercício, pelo uso do recurso hermenêutico, de uma mínima atividade criativa. Ainda segundo o mesmo autor: “Com a separação entre teoria e prática, as classes dominantes conseguiram dois resultados significativos: (a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; e (b) ao concentrar a produção do Direito no nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e portanto incerto”. (**Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35-36).

¹⁶³ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 71.

¹⁶⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 34.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 15, 1998, p. 9.

¹⁶⁶ PICARDI, Nicola. Processo civile (diritto moderno). In: *Enciclopedia del Diritto*, Milano: Giuffrè, vol. 36, 1987, p. 113.

previsão de institutos com similaridade à coisa julgada¹⁶⁷ – é de fácil percepção o cuidado, já agora em textos legislativos sistematizados, de uma disciplina dogmatizada a respeito da coisa julgada.

Já ao tempo das Ordenações Afonsinas há uma particular e relevante atenção a critérios de singularização entre as sentenças definitivas, aptas à constituição de *res iudicata* com incisivo e direto efeito negativo (Livro Terceiro, Título 55), e as sentenças tidas por interlocutórias, afeitas a uma particular, porém relativa, forma de preclusão (Título 66).¹⁶⁸

É curioso perceber, aqui, que a autoridade da coisa julgada implicava o reconhecimento de nulidade do ato jurisdicional que posteriormente a vulnerasse, mas, à semelhança do que se passava no Direito romano – a revelar a grande influência que aquele sistema ainda imprimia modernamente¹⁶⁹ –, essa nódoa não implicava reconhecer, senão, a inexistência do ato perante o Direito. É dizer, a sentença que ignorasse a autoridade da coisa julgar equivalia a sentença alguma.

Relativamente aos limites objetivos, semelhantemente do que viria a suceder nas demais codificações do reino, não houve uma contemplação exaustiva a esse respeito, a ponto de as lacunas que se espraíram, especialmente a partir da importância que já levantava à temática da causa de pedir para a identificação das demandas, passarem a exigir o socorro hermenêutico do Direito comum e do Direito romano-canônico, fontes expressas que lhe franqueavam apoio subsidiário (Livro Terceiro, Título 64).¹⁷⁰

Pouco relevância inovadora sucedeu com a vigência das Ordenações Manuelinas, com a exceção feita ao poder que a imprensa traria, já a partir de 1487, para a difusão e conhecimento do direito em todo o reino.¹⁷¹ Segundo informa Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, com ressalvas a pontos de pouca ou nenhuma relevância – em grande parte relacionados à técnica legislativa –, manteve-se íntegra a estrutura do Direito anterior, circunstância que se estendeu ao regime da coisa julgada, com particular relevo para a

¹⁶⁷ Sobre essa questão, são particularmente interessantes as ponderações de David Peláez Portales sobre ausência no Direito árabe desta época do instituto da coisa julgada, e do cotejo em relação ao Direito canônico, relativamente às chamadas causas espirituais, que por idênticos propósitos divinos também não contavam com a autoridade da coisa julgada. (**El proceso judicial em la España muçulmana**. Córdoba: Al Almendro, 2000, p. 318-320).

¹⁶⁸ BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de teoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica**. 7. ed. Lisboa: Livraria Classica, 1910, p. 171).

¹⁶⁹ KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 428.

¹⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 70-71.

¹⁷¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32.

manutenção de um regime de aplicação subsidiária, ainda com escoro no direito romano-canônico.¹⁷²

Nos albores do século XVII, os auspícios revisionistas ganharam ainda mais musculatura com as Ordenações Filipinas. Mantendo, quanto à espinha dorsal, a estrutura contida nas Ordenações Manuelinas, essa codificação visou a uma maior sistematização do Direito anterior.¹⁷³ De revolucionário, não podem ser olvidadas as corajosas alterações quanto às fontes que alimentavam e proporcionavam uma completude ao sistema jurídico do reino, agora concentradas apenas no livro relativo às coisas do direito judiciário, resultando assim, segundo Mário Júlio de Almeida Costa, numa clara atenuação da simbiose até então incentivada entre o poder temporal e o poder eclesiástico.¹⁷⁴

Essas alterações, reitere-se, não foram sentidas com grande impacto no processo da época, ainda assaz influenciado por traços de Direito romano, germânico e canônico.¹⁷⁵ De qualquer sorte, a estrutura procedimental já bem se identificava com os padrões que viriam a ser seguidos nos países simpáticos à ideologia da *civil law*, caracterizados pelo relativo repúdio à oralidade, pelo prestígio aos princípios da demanda e do dispositivo, e pelo desenho regularmente arquitetado em fases marcadas por traços preclusivos, com especial destaque à eventualidade e à concentração.¹⁷⁶

Esse momento ficou caracterizado, ainda, por uma racionalidade prática,¹⁷⁷ de acentuada dialética processual, com relativa preponderância às ações praticadas pelas partes em cotejo aos poderes do juiz.¹⁷⁸

Seguindo movimento de aperfeiçoamento da disciplina relativa à coisa julgada, além da previsão de novas hipóteses de inoccorrência do fenômeno e da dispensa de melhor tratamento dogmático ao terma da sentença injusta,¹⁷⁹ – já agora considerada existente e, pois,

¹⁷² **História do Direito Português**. vol. 1. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 210.

¹⁷³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 285.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 310.

¹⁷⁵ Assim reconhece Enrico Tullio Liebman, já de volta à Itália, ao traçar comentários sobre o então novo Código brasileiro de 1939. (**Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962, p. 483).

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32-33.

¹⁷⁷ Essa metodologia acabou por inspirar, mesmo após a vigência em solo brasileiro da legislação portuguesa, o pensamento do legislador nacional, sobretudo após a instauração da República. Com ressalvas à oralidade, pode-se afirmar, com Enrico Tullio Liebman, que até a entrada do CPC/73 – marcando em solo pátrio o início sistemático do processualismo científico – , que nossa cultura sempre revelou-se aberta às tradições lusitanas, relegando até depois de meados do século XX a influência francesa revelada pelos códigos napoleônicos. (op. cit., p. 500-502).

¹⁷⁸ NEVES, Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 87.

¹⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 258.

diversa da sentença contrária ao direito objetivo, ainda encarada como um não ato – foram transcritas regras mais bem sistematizadas a respeito de seus limites subjetivos (Livro Terceiro, Título 81), em boa medida prejudicada, ainda, pela equivocada confusão – só bem mais tarde dispersa – entre a *res iudicata* e os efeitos da sentença.¹⁸⁰

O paradigma normativo da modernidade, em si suficiente à alteração radical do modelo normativo pela aproximação do Direito a modelos cartesianos próprios das ciências exatas, acabaria, não muito mais tarde, a conduzir também o processo a uma metodologia depuradora absolutamente própria e peculiar, resultado de um movimento que ficou conhecido como a fase científica do processo, ou processualismo. É o que será abordado a seguir.

1.2.2 A fase científica do processo e o seu caminho ao instrumentalismo

Do estudo da dita fase pré-histórica do processo, pôde-se perceber que a tutela dos direitos ao longo dos tempos esteve, sistematicamente, exposta às mais diversas inferências que acabaram por reproduzir, sobretudo pelo influxo da cultura, um caráter essencialmente continente ao processo.

O ideal racionalista, que antes já contaminara a ciência jurídica com propósitos bastante peculiares, chegou ao campo do processo com um destacado desígnio limitativo: garantir uma indevassável neutralidade do Direito pela redução da realidade sensível a esquemas abstratos, *sui generis* ao fenômeno jurídico.¹⁸¹ Nada disso poderia ser alcançado, porém, se este juízo crítico não moldasse também a atuação do juiz segundo esses cânones,

¹⁸⁰ Segundo argumenta Eduardo Talamini: “A doutrina produzida sob a vigência das Ordenações ocupou-se em precisar os casos em que a sentença poderia beneficiar ou prejudicar terceiros. Podem ser citados o prolixo exame da matéria por Lobão e, mais tarde, a lição de Paulo Baptista, impressionante por sua clareza e lucidez no trato do tema. Contudo, não se procedia ainda à perfeita distinção entre a autoridade (coisa julgada) e a eficácia da sentença. Por isso, confundiam-se casos de repercussão de *efeitos* da sentença sobre terceiros com verdadeiras hipóteses em que a coisa julgada ia além daqueles que haviam figurado como partes no processo”. (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 258).

¹⁸¹ Essa característica, que Ovídio A. Baptista da Silva reconheceu como uma das vigas, quiçá a de maior significação, para a ideologia de índole liberal que alcançou o direito processual, ultrapassou o campo da política para se estabelecer, com muito mais conformo, no campo da própria psicologia jurídica, valendo-se do slogan de que o respeito ao direito legislativo constitui-se no baluarte maior da própria segurança jurídica. Disse o mestre gaúcho: “No direito processual, esta ‘naturalização’ da realidade tem uma extraordinária significação. Diríamos que ela é um dos pilares do sistema. É através dela que o juiz consegue a tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável”. (**Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 16).

que constituíram o mais nítido agasalhamento dos interesses de uma classe dominante que acabou por influenciar,¹⁸² acima de tudo, a produção da própria ordem normativa.¹⁸³

As consequências desses esquemas abstratos, condutores da mística ilusória da onisciência do legislador, teve papel mutilador não só para o processo, mas para toda a ciência jurídica, a ponto de apartá-la, como resultado final, de toda as variáveis inerentes e condizentes à realidade social. Mais que isso, o ideal cognitivista redutor da realidade normativa representou, como reconheceu Ovídio A. Baptista da Silva, o mais poderoso instrumento para a compreensão da jurisdição como atividade de mera declaração, afastada, acima de tudo, de quaisquer traços modificativos que medidas executivas pudessem conduzir.¹⁸⁴

Foi, então, imerso neste ambiente político que o processo logrou reivindicar, já por volta do início da segunda metade do século XIX, a atenção científica que o moveria à categoria de disciplina jurídica autônoma, munido de método e princípios próprios que teriam por mote primeiro um completo divórcio do Direito material, sobretudo a partir da identificação da relação jurídica processual.¹⁸⁵

¹⁸² A suposta neutralidade ideológica então imperante nada mais era, segundo Vittorio Denti, que uma condicionante que “incorpora e perpetua o liberalismo do século XIX” (**Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971, p. 17).

¹⁸³ A consolidação do pensamento liberal no plano econômico, cujos embriões nasceriam após a revolução em França, e sua ambição por segurança jurídica acabaram por moldar os padrões do Direito ao um projeto político bastante específico. “O mercado é instituição jurídica constituída pelo direito positivo. É expressão de um projeto político – como *princípio de organização social* – e atividade. O Estado deve garantir a liberdade econômica e, concomitantemente, *operar a sua regulamentação*. A livre concorrência – dizia Franz Neumann [1969:49-50] – ‘precisa da generalização da lei e do direito por se ela a mais alta forma de racionalidade. Necessita também da absoluta subordinação do juiz ao direito, e daí a separação de Poderes’. O modo de produção social capitalista, que elege como *ratio fundamentalis* do ordenamento político o lucro, coloca o direito positivo a seu serviço. Esse direito, posto pelo Estado moderno, existe fundamentalmente para permitir a fluência da circulação mercantil, para tentar ‘domesticar’ os determinismos econômicos. E esse pretensão – de dominar a realidade – expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o capitalismo (leia-se: o Terceiro Estado, a burguesia) necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la!”. (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 15).

¹⁸⁴ Em outra clássica obra, Ovídio A. Baptista da Silva expõe: “Interessa-nos, na investigação de tais pressupostos ideológicos, mostrar como a teoria jurídica, através dessas premissas filosóficas, acabou cimentando ainda mais profundamente a separação entre *cognição* e *execução* que, no fundo, corresponde à herança cartesiana da separação absoluta entre teoria e prática (Chaïm Perelman, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, p. 147). Vimos, já, na lição de Friedrich (*supra*, Capítulo II, e) como a separação radical entre o mundo do *ser* e do *dever ser* produziu uma perspectiva decididamente formal da teoria pura do Direito, que não deseja sujar-se com a realidade social. Vimos também a tenaz resistência oposta pela doutrina italiana à *jurisdicionalização* da execução forçada” (**Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007, p. 140-141).

¹⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

As cogitações primeiras que acabariam por se consolidar, com invulgar prestígio para além das fronteiras tedescas, foram traçadas na Alemanha, como notoriamente conhecido, pela pena de notáveis juristas, como Oskar von Bülow¹⁸⁶ e, mais remotamente, Bernhard Windscheid e Theodor Müther,¹⁸⁷ bem como após, na Itália, pelo destacado *trabalho* de Giuseppe Chiovenda, sabidamente um dos maiores entusiastas e estudiosos do processo alemão.¹⁸⁸

A contribuição destes destacados juristas, que na sucessão do tempo viriam ser assomados outros, como Adolfo Wach, Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tullio Liebman, apenas para destacar alguns deles, acabou por traduzir-se, em síntese, no perecimento da própria concepção imanentista do processo,¹⁸⁹ e na sistematização de uma doutrina que viria a ser seguida em grande parte do mundo ocidental, ao menos até o remate da Segunda Grande Guerra e, com ainda menos intensidade, no último quartel do século passado.¹⁹⁰

¹⁸⁶ A despeito das críticas sofridas – que ainda hoje projetam consequências para a compreensão moderna das reais finalidades do processo – a teoria de Bülow laborou decisivamente para o abandono da compreensão privatística do processo como coisa de interesse exclusivo das partes, consoante reconhece Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, e para a busca de “una explicación publicista a la naturaliza del proceso, merced de la cual las interpretaciones privatistas (es decir, las que imaginaron como un contrato o un cuasi-contrato) han quedado definitivamente arrumbadas, y el de haber provoco un movimiento científico de magnitud y brillantez inigualadas, que al irradiar primero a Italia y después a otros países, há originado la completa renovación de nuestra disciplina en el mundo”. (Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano. In: **Estudios de teoria general e historia del proceso**, México: UNAM, 1974, p. 504).

¹⁸⁷ Como consignado, a célebre controvérsia havida entre os dois juristas alemães, travada em torno da natureza da *actio* romana, contribui enormemente, também, para o crescente viés publicista que viria a atingir a ciência do processo, como reconhece Araken de Assis (**Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57).

¹⁸⁸ As referências a essa circunstância são destacadas por Alfredo Buzaid, na introdução à segunda edição brasileira das conhecidas *Instituições de direito processual civil*, do mestre italiano (**Instituições de direito processual civil**. Trad. José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 7-8).

¹⁸⁹ O mérito da contribuição de Bülow, de resto reconhecida por toda processualística mundial, e pressuposta a sistematizações que lhe foram posteriores, repousou no estabelecimento de bases metodológicas que permitiram considerar, como já salientado, oportuna e adequada a distinção das relações de índole material e processual. Ao considerar, a partir daí, o fenecimento da ordem praxista, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira consigna a verdadeira revolução na compreensão processual que “só começa a mudar com a obra de Oskar Bülow (1968), jurista que por primeiro estabeleceu de forma sistemática os fundamentos da autonomia do direito processual, embora algumas observações de passagens anteriores da doutrina alemã. Para ele, a relação jurídico-processual não se confundia com o direito material afirmado em juízo, com a relação jurídica de direito material posta no processo, uma vez que poderia existir esta sem aquele e vice-versa, tudo dependendo do atendimento aos pressupostos inerentes a cada uma dessas específicas situações jurídicas (atendimento aos pressupostos processuais, no que diz respeito ao processo). Com a obra de Bülow, e a autonomia do direito processual inicia-se outra fase metodológica, o conceitualismo ou processualismo, em que predomina a técnica e a construção dogmática as bases científicas dos institutos processuais. Lança-se a processualística à construção da nova ciência (Wach, na Alemanha; Chiovenda e Carnelutti, na Itália, para só citar alguns dos mais expressivos juristas daqueles países)”. (**Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19).

¹⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25-33.

Se toda essa engenhosa articulação laborou, infalivelmente, para a criação de uma disciplina independente – o que, por si, carregou o mérito de autorizar o pensamento do processo a partir de um prisma ontológico,¹⁹¹ sobretudo com apoio no conceito estabelecido de relação processual e de categorias conexas –, não se pode deixar de lamentar que a aventura emancipatória cobrou um preço demasiadamente caro pela sonhada depuração científica.¹⁹²

A preocupação exacerbada pela elaboração dogmática e conceitual de institutos processuais encerrou um distanciamento em relação ao Direito material que se revelou, ao fim e ao cabo, deletério aos ideais de justiça e pacificação, à luz de um “doutrinarismo”¹⁹³ que se propunha, àquele momento, necessário à consolidação da nova disciplina. Particularmente expressiva, a partir dessa lógica, a sistematização, em termos até exacerbados, de institutos que já se projetavam como o pedestal da novel ciência, com destacada primazia para os estudo em torna da ação, da sentença e da coisa julgada.¹⁹⁴

Por ter subjacente a ideia de que o processo deveria permanecer alheio à realidade social, com olhar indiferente às variáveis culturais que, em uma sociedade são sistematicamente cambiantes a exigir constante regulação, esses ideais não constituíram, senão, uma mal disfarçada ideologia conservadora que acabou por impregnar-se ao Direito.¹⁹⁵

Foi esta, a despeito do *delay* de quase um século a partir das primeiras codificações europeias, a noção que inspirou a elaboração do Código Buzaid, no início da década de 70 do século anterior,¹⁹⁶ e que logo na sequência já sentiria os efeitos de sua deficiente normatização.

¹⁹¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2015, p. 33.

¹⁹² JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 149.

¹⁹³ A expressão é atribuída ao gênio de Sergio Chiarloni (**Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1975, p. 8).

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 33, 1985, p. 79.

¹⁹⁵ DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971, p. 17.

¹⁹⁶ Como oportunamente reparou Daniel Francisco Mitidiero, o CPC de 1939 passou quase que incólume à onda renovatória que, tempos antes, havia revolucionado o modo de pensar o processo na Europa. A despeito de seu viés vanguardista para a época, o impacto cientificista só fora sentido, mais sensivelmente com, a vinda do novo Código. Nesse particular, a propósito, cumpre assinalar uma importante particularidade que singulariza a experiência jurídica brasileira: “Até o advento do Código de Processo Civil vigente [o autor refere-se ao CPC/73], o nosso direito processual civil não havia sofrido nenhum acidente histórico notável, capaz de propiciar uma distanciamento mais profundo entre a tradição lusitana quinhentista e o direito então praticado (livramo-nos, por certo, da ‘radical renovação dos princípios do direito processual’ propiciada pelo Code de Procédura Civile napoleônico de 1806 que apanhou o direito continental com toda a sua força: vale dizer, conseguimos adiar a invasão francesa para 1973, dando maior espaço para o desenvolvimento natural de nossa tradição cultura) [...] O Código de Processo Civil de 1939, a que se chegou depois de um certo período em que

Dando mostras claras de esgotamento já a partir do segundo pós-guerra, a renovação da metodologia processual chegou atrasada ao Brasil, aqui só se fazendo sentir, com mais impacto, no início da década de oitenta do século passado, pelo desígnio renovatório da doutrina nacional – particularmente da Escola Paulista de processo –, sob a perspectiva de que o processo civil deveria se revelar sensível aos problemas jurídicos, sociais e políticos de seu tempo. Dava-se proêmio, então, ao instrumentalismo.¹⁹⁷

A técnica e a sistematização científicas, já em si reconhecidas de importância capital para a nascente disciplina, haveriam a partir de agora, então, de dar uma passo adiante na direção da entronização à nascente teoria de escopos, reveladora, em síntese, de uma primeira tentativa, já bem precoce, de reaproximação do processo ao Direito material.¹⁹⁸

Tal qual o movimento que, quase dois séculos antes, havia imaginado a possibilidade de redução do fenômeno jurídico aos esquemas geometricamente infalíveis das ciências ditas formais, esse regresso ao passado também é tocado por um claro componente político.

As consequências quase escatológicas do conflito mundial, e a necessária da imposição de solução às novas demandas, sobretudo aquelas de ordem social, chamaram à pauta do dia uma reavaliação da ciência normativa, com destaque para a tormentosa questão do discurso e da argumentação, em si incapazes de se conter, como reconhecera Hannah Arendt em obra clássica pós Segunda Guerra, nos áridos e acanhados limites dos esquemas matemáticos.¹⁹⁹ A partir daí, também o processo se viu persuadido por esse protótipo

tivemos inúmeros Códigos estaduais na matéria [...], mesclava alguns elementos modernos com institutos tipicamente pertencentes ao direito intermédio. [...] Com efeito, desde nossas mais fundas raízes experimentávamos o praxismo como modelo processual. Esse quadro só veio a alterar-se com o Código de Processo de 1973, diploma normativo que inaugurou entre nós, inequivocamente, o processualismo, impondo um método científico ao processo civil à força de construções alimentadas pela lógica teórico positiva, evadindo-se da realidade”. (**Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37-38).

¹⁹⁷ “Com tudo isso, chegou o terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo pólos de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grande problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 22).

¹⁹⁸ “Ambas as perspectivas são relevantes. Devem mesmo constituir-se num método de pensamento unitário, de modo que se atinja, pelos esforços concêntricos partidos de ambos os pólos, o objetivo comum, que é o de tutela efetiva de todos os direitos. Se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento (aqui o ponto de maior aderência ao reclamo do direito material), como também no tocante à duração do processo (...)”. (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005, p. 26-27).

¹⁹⁹ Segundo aquela eminente filósofa alemã, “(...) os primeiros efeitos de bumerangue dos grandes triunfos da ciência já se fizeram sentir em uma crise nas próprias ciências naturais. O problema tem a ver com o fato de que as ‘verdades’ da moderna visão científica do mundo, embora possam ser demonstradas em fórmulas matemáticas

libertador que proporcionou, a partir da compreensão da indispensabilidade dos valores, um processo de resultados inspirado por conotação deontológica.²⁰⁰

A morfologia do processo, antes e após este fecundo período de transição em busca de um ordem concretamente comprometida com resultados, e seu avanço a um passo maior em prol de uma qualificação de propósitos, será vista a seguir.

1.2.2.1 A tutela dos direitos na fase científica do processo – uma mudança de rumos até a busca por resultados

Como não seria de estranhar, a modelagem do processo nos primeiros instantes da fase científica retratou com absoluta fidelidade o ideal de segurança que estava por detrás da ideologia liberal-burguesa. Deste modo, em franco desestímulo à criação da figura do juiz intrépido, assumiu assombroso prestígio o princípio da demanda na órbita do processo civil.²⁰¹²⁰²

Garantindo-se com esse esquema restritivo, a um só tempo, a passividade do juiz no que alude ao exercício da tutela jurídica,²⁰³ reservada às hipóteses em que postulada expressamente pelos interessados, e aos limites e condições adstritos pelas partes, imaginava-

e comprovadas tecnologicamente, já não se prestam à expressão normal no discurso e no pensamento. Quando se fala conceitual e coerentemente dessas ‘verdades’, as sentenças resultantes são ‘talvez não tem sentido quando um círculo triangular, mas muito mais que um leão alado (Erwin Schrödinger) (...). Sempre que a relevância do discurso está em jogo, as questões tornam-se políticas por definição, pois é o discurso que faz do homem um ser político. Se seguíssemos o conselho, que ouvimos com tanta frequência, de ajustar nossas atitudes culturais ao estado atual de realização científica, adotaríamos deveras um modo de vida no qual o discurso não teria mais sentido. Pois, atualmente as ciências são forçadas a adotar uma ‘linguagem’ de símbolos matemáticos” (A **condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017, p. 3-4).

²⁰⁰ BAGOLINI, Luigi. **Visioni della giustizia e senso comune**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1972, p. 180.

²⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. L’azioni nel sistema dei diritti. In: **Saggi di diritto processuale civile**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1993, p. 157.

²⁰² A referência ao princípio da demanda, no texto, deve ser compreendida tanto no sentido formal quanto no aspecto material. A distinção, no Brasil, fora adotada por José Carlos Barbosa Moreira (O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: **Revista de Processo**, vol. 41, 1986, p. 7).

²⁰³ A questão relativa a uma maior ou menor preponderância do papel do juiz na condução do processo está diretamente relacionada ao modelo de sua estruturação. Como observa Fredie Didier Júnior, um modelo do tipo adversarial tende a recrudescer o desempenho das partes, ao passo que um modelo de ordem inquisitorial inclina-se ao inverso: “(...) quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está respeitando o denominado *princípio dispositivo*; tanto mais poderes forem atribuídos ao magistrado, mais condizente com o *princípio inquisitivo* o processo será. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz: sempre que o legislador atribuir um poder ao magistrado, independentemente da vontade das partes, vê-se manifestação de inquisitividade”; sempre que se deixe ao alvedrio dos litigantes a opção, aparecer a ‘dispositividade’”. (Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: _____; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 208-209).

se que tais balizas pudessem pôr o processo a salvo do risco sempre presente da parcialidade do juiz, e, por consequência, de um componente antidemocrático.²⁰⁴

Embora essa concepção tenha logrado superlativa influência e prestígio, a ponto de na Europa Continental ter inaugurado um modelo de processo que ficou conhecido como “garantismo processual”²⁰⁵, a metodologia não foi capaz de explicar a crescente exigência por tutela jurídica, particularmente relativa a demandas sobre bens e interesses de coletividades despersonalizadas, bem como o real papel do juiz na tarefa de garantir uma efetiva paridade de armas entre os litigantes.²⁰⁶

Ademais, a cientificidade e a preocupação por rigor metodológico formataram, nesta fase, um procedimento obsessivamente escalonado em fases distintas,²⁰⁷ com finalidades próprias e, principalmente, com ênfase em uma dissociação clara, precisa e quase intransponível entre as atividades de cognição e execução,²⁰⁸ resultado de um temor quase reverencial pela ordinariedade.

Neste aspecto, aliás, a ausência de formas de prestação de tutela com amparo apenas na verossimilhança se constituiu em um poderoso freio à atividade do magistrado, de par com a necessidade quase geométrica de secionar também a atividade probatória a modelos de subsunção, típicos de um ordenamento em cuja base vigia a regra da separação de poderes.²⁰⁹

²⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197.

²⁰⁵ Em boa medida implementado pelo esforço hermenêutico de Luigi Ferrajoli (**Direito e razão: teoria geral do garantismo penal**. Trad. Fauzi Choukr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002).

²⁰⁶ Segundo bem observa Fredie Didier Júnior, essa correspondência não é necessariamente válida ou real, desde que não se enxergue na atividade do juiz, enquanto ato reflexo de soberania, um labor em contrapartida aos interesses instrumentais das partes. Segundo o processualista baiano: “A doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dipostivo a regimes não-autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regimes autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina. A ilação é um tanto simplista. Se é certo que dados culturais certamente influenciarão a conformação do processo, método de exercício do poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes a regimes democráticos. Nem processo dispositivo é sinônimo de processo democrático, nem processo inquisitivo significa processo autoritário. (Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: _____; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 210).

²⁰⁷ É pertinente notar que, no Brasil, essa feição encontrou respaldo imediato no Código de Processo Civil de 1973, que dispunha competir à parte interessada, pela ação, deflagrar a atividade jurisdicional para a prestação de tutela jurídica, a ser estabelecida em fases diversas cuja transposição ficaria a cargo do juiz (art. 262).

²⁰⁸ Essa compreensão do processo – que em realidade revela uma visão bastante compartimentada da natureza da própria jurisdição – encontra-se à base do pensamento de Giuseppe Chiovenda. (**Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965, p. 296).

²⁰⁹ Segundo Ovídio A. Baptista da Silva: “‘A imparcialidade’ que o procedimento ordinário impõe ao magistrado, impedindo-lhe de conceder medidas liminares ou, por qualquer forma, de dar regulação provisória ao estado de fato da lide é uma consequência natural dos princípios que presidiram à formação da ‘ciência’ jurídica europeia no século XIX, especialmente da ideia de que ao Poder Judiciário cabia apenas a missão de cumprir a lei, sem mesmo poder interpretá-la, lei essa perante a qual ‘todos os homens são iguais’, independentemente das injustiças concretas e de toda sorte de discriminações sociais que a ordem jurídica

A compreensão da atividade jurisdicional à luz desse modelo hermético teve uma implicação importante também para o campo do direito probatório e para a formação, a partir daí, de juízos de convicção. Basicamente restritos a uma atividade de encontro ou correspondência, a aspiração pela certeza e pela verdade tornou-se uma compulsão.²¹⁰

Estando o juiz interdito de um componente criativo do Direito, a função da prova se resumia a um exercício de garimpagem quanto aos fatos que, às luz das alegações das partes, haveriam de ser declaradas conformes ou não aos esquemas prévios definidos pela norma. Abandonam-se, pois, os modelos de justificação e argumentação, que tanta influência tiveram no medievo para adoção da ideia de prova como *experimentum*²¹¹, com seus instrumentais que permitiriam, em hipótese, a determinação de graus de probabilidade sobre situações factuais.²¹²

O traço mais característico deste período, entretanto, cingiu-se à conformação do contraditório. Estritamente vinculado ao espírito positivista, de pronto viu-se exaurido de sua função axiológica.²¹³ Tamanho foi o descrédito, que Nicola Picardi chega, inclusive, a sustentar que a própria locução havia perdido a referência originária – que a remetia ao Direito natural – de natureza pré-existente às normas processuais, para assumir a face de instrumento dotado de abstração, diferenciação e generalização das normas particulares ou de outros elementos compreendidos no sistema.²¹⁴

Perde força, com isso, a metodologia dialética do processo, e passa a assumir protagonismo um regime que institui a passagem da arte do diálogo à arte da razão.²¹⁵ Com isso, por mais paradoxo que possa parecer, embora tivessem as partes o poder de conformação da demanda segundo o ritmo empregado pelo princípio dispositivo, o processo volta a assumir uma conformação assimétrica, com o abandono da lógica argumentativa, e a restauração de

estivesse a produzir em homenagem a estes princípios”. (**Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 123).

²¹⁰ Não surpreende, pois, a afirmação de Francesco Carnellutti, segundo a qual a certeza seria o programa do processo de conhecimento. (**Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 241).

²¹¹ Como adverte Luis Alberto Reichelt, “(...) a concepção da noção de prova como *experimentum* tem como premissa fundamental a ideia de equiparação entre a prova jurídica e a prova lógico-científica. Essa paridade, por sua vez, alicerça-se na suposição da existência de dois pontos comuns entre os conceitos acima elencados: a consideração da verdade material como objetivo final da investigação e a identidade entre as atividades do juiz e do historiador”. (**A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 39-40).

²¹² TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**: nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992, p. 167.

²¹³ PICARDI, Nicola. **Jurisdicção e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 137.

²¹⁴ Ibid., loc. cit.

²¹⁵ GIULIANI, Alessandro. Prova (filosofia del diritto). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, vol. 37, 1988, p. 87.

uma racionalidade objetiva que poderia sucumbir, como de fato acabou sucumbindo, aos problemas de última hora.²¹⁶

Ao tempo em que já dava mostras claras de esgotamento, esse sistema viria a assumir configuração diversa já a partir, com se disse, do final da Segunda Grande Guerra, embora em próprio solo europeu já se levantassem, algum tempo antes, autorizadas vozes reclamando por uma mudança de rumos no processo.²¹⁷

Mais uma vez a onda renovatória custou a chegar a solo nacional. A transição do processualismo para um instrumentalismo processual teve a fundação de marcos já no início do último quartel do século passado, vindo a ganhar uma substancial releitura com a promulgação da Constituição Federal de 1988.²¹⁸

Volta-se novamente, assim, a atenção ao Direito material, pois se a esse tempo o processo já fora compreendido como disciplina autônoma e independente, nem por isso dever-se-ia olvidar tratar-se de instrumento à realização de valores que a ordem jurídica compreendia como incompatíveis a um sistema simpático a formalismos irracionais e exagerados. Compreendida a forma como um componente indispensável ao processo, verdadeira zona de equilíbrio entre as posições das partes no interior da relação processual, a reverência compreendia, no entanto, um ponto de arrimo ao respeito da igualdade e da segurança.²¹⁹

²¹⁶ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**: nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992, p. 192.

²¹⁷ Cândido Rangel Dinamarco confirma que, (...) “na realidade, não são só daqui nem só de hoje as tratativas de aperfeiçoar o sistema processual. Nem é necessário mergulhar tão profundamente no passado para descobrirmos nobres iniciativas assim motivadas. Começamos com as sadias propostas do austríaco Franz Klein, obcecado inimigo dos formalismos exagerados, em sua luta por ‘um processo civil simples, econômico, rápido e acessível aos pobres’; essa fórmula é do começo do século XX, estava apoiada na reforma legislativa operada em seu país desde o fim do século anterior (ZPO austríaca, de 1895) (...)”. (**Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 13).

²¹⁸ Conquanto o instrumentalismo já existisse como dogmática antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 – basta lembrar que a primeira edição da célebre obra de Dinamarco remonta ao ano de 1987 –, foi com o advento da nova ordem constitucional que o método ganhou colorido diverso, particularmente para os prosélitos da ideia de que é esta a fase metodológica que aqui ainda encontra vigência. Pode-se mesmo afirmar que o instrumentalismo, como característica reflexiva, carrega, immanentemente, os propósitos legitimadores da nova Constituição, como deixa clara essa passagem de Cândido Rangel Dinamarco: “A ideia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior aspecto e significação transcendente: o valor justiça”. (**A instrumentalidade do processo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26).

²¹⁹ Ilustre representante desse movimento, José Roberto dos Santos Bedaque bem sintetizou a relação de causalidade que haveria de imperar, a partir de então, entre a forma e a necessidade de efetiva prestação de tutela por parte do Judiciário: Não deve o processo, pois, ser escravo da forma. Esta tem sua importância dimensionada pelos objetivos que a determinam. A estrita obediência à técnica elaborada pelo legislador processual e às regras formais do processo é importante para garantir igualdade de tratamento aos sujeitos parciais, assegurando-lhe liberdade de intervir sempre que necessário. Tudo para possibilitar que o instrumento atinja seu escopo final com justiça. Mas o apego exagerado ao formalismo acaba por transformar o processo em mecanismo burocrático e o

A instrumentalidade quanto à forma se deve à compreensão de que os esquemas legais não podem ser reduzidos a um critério de mera subsunção, uma vez que as particularidades do caso concreto, não raras vezes, desaconselham mesmo uma aplicação irrefletida das particularidades que, muito comumente, escapam à ciência do legislador; não tendo valor em si próprio, o rito passa a assumir um valor referencial, isto é, um dado concreto da vida, e não um “esqueleto de formas sem carne”.²²⁰

A relatividade do critério formal desencadeou uma reação em cadeia, com reflexos expressivos também no campo das nulidades, proclamas tão somente em situações de anomalia que impossibilitassem o pronunciamento de uma decisão adequada sobre o mérito.²²¹

Fora daí, passam a desaparecer, paulatinamente, as primeiras resistências quanto à variedade das técnicas processuais que se faziam prementes à garantia de adequação, tempestividade e efetividade da tutela jurídica, imprimindo-se assim um duro golpe ao mito da uniformidade procedimental que, de seu turno, ignorava por completo a relevância da natureza dos direitos à mecânica da jurisdição.²²²

Voltam-se as atenções, a partir daí, a uma busca por resultados, o que ainda representava – insuficientemente, pode-se argumentar – uma tarefa da jurisdição limitada à restauração do dano ocasionado pela não atuação espontâneas das regras substanciais.²²³

De qualquer sorte, tudo isso acabou por resultar – em resgate ao prestígio perdido – numa revalorização do princípio do contraditório enquanto técnica voltada à formação de

juiz no burocrata incumbido de conduzi-lo”. (**Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 45).

²²⁰ LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 28, 1983, p. 8.

²²¹ Neste particular, como bem recorda Andrea Proto Pisani, “la disciplina dei requisiti formali ed extraformali prevede infatti tutta una serie di strumenti diretti a depurare il processo da eventuali vizi formali o extraformali allo scopo di consentirne la conclusione con una sentenza di merito sul diritto fatto valere in giudizio dall’attore: e cioè perchè scopo de processo di cognizione è il dire chi ha ragione e chi ha torto e non concludersi con sentenze di mero rito”. (**Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 231).

²²² O temor do legislador pelas formas diferenciadas de tutela, desconexas às particularidades do Direito material, tinha em si impregnado o selo da ideologia liberal e seu ideal pelo alcance da certeza jurídica. Consoante bem pondera Luiz Guilherme Marinoni, esse corte metodológico é uma ilusão tanto perigosa quanto inútil, uma vez que (...) “as normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais – normas que protegem o consumidor e o meio ambiente, por exemplo – evidentemente prestam tutela – ou proteção – a esses direitos. É correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pelo própria norma de direito material”. (**Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008, p. 113).

²²³ BEDAQUE, op. cit., p. 34.

juízos. Embora a orientação predominante gire em torno, ainda, da similitude, quanto ao gênero, de processo e procedimento, não se nega o avanço proporcionado pela nova visão.²²⁴

Trazido de volta ao centro do fenômeno processual, o princípio do contraditório desveste-se de uma natureza eminentemente de força, típico dos modelos liberais iluministas, para assumir o caráter de instrumento voltado à investigação da verdade provável e, à luz de raciocínios de equidade, proporcionar a formação de um processo justo.²²⁵

Comprometida como uma nova pauta, ciosa por resultados, a jurisdição segundo o modelo instrumentalista passa a mirar o atingimento de escopos, traduzidos em propósitos a serem perseguidos pelos agentes encarregados de sua distribuição, agora sob um prisma eminentemente teleológico.

1.2.2.2 Os escopos da jurisdição segundo o paradigma instrumental, e a busca pelo processo justo.

Assimilada a noção de que o processo não se constitui um fim em si mesmo, restou corrente a ideia de que a jurisdição, abandonado o formalismo estéril, haveria de conduzir a resultados adequados, em sintonia com o Direito material. Dava-se início à perseguição a um modelo de processo justo.

Como a função do Direito atina à pacificação social, nada mais natural que conduzir o processo, também, em linha direta a essa finalidade. Daí a primeira conexão do processo com correlatos escopos sociais, sobretudo identificados à necessidade de organização social.²²⁶

Se o sentimento de insatisfação, inato à condição humana, não pode ser sufocado por uma tentativa de domesticação social pelo Direito, é inequívoco que a jurisdição tem o

²²⁴ Segundo Nicola Picardi: “Após a Segunda Guerra manifesta-se um sensibilidade nova a problemática do juízo (...). A passagem de uma fase, que podemos dizer ainda intuitiva, a uma fase racional da nova orientação é, todavia, representada provavelmente pelo doutrina que – embora insista na pertinência do procedimento e do processo como gênero comum – utilizou o redescoberto princípio do contraditório como elemento de discriminação entre os dois esquemas”. (**Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141).

²²⁵ GIULIANI, Alessandro. **Presentazione**. In: PEREMAN, Chaim. *Logica giuridica e nuova retorica*. Milano: Griuffrè, 1979, p. 16.

²²⁶ Na lição de Cândido Rangel Dinamarco: “O exame da legitimidade do Estado e do poder conduz naturalmente a observar e medir a capacidade, que aquele tenha e desenvolva mediante o exercício deste, de organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudando cada um dos membros desta a realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores (...). Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista) há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação dos conflitos”. (**A instrumentalidade do processo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 188-189).

condão, quanto assentada em estruturas culturais consentidas, de constituir uma atmosfera de “prontidão generalizada”, sem a necessidade de se apelar para outros códigos.²²⁷

A legitimidade da reflexão, sob esse ângulo, estaria na dependência direta de ideais vinculados a sentimentos morais e éticos de generalizada aceitação, que de resto teriam o mérito de reduzir a percentuais civilizados a face mais clara da autoridade subjacente ao poder. A eliminação do conflito, mediante a adoção de critérios justos, representaria para o instrumentalismo, assim, o mais elevando escopo social.²²⁸

Constitui um truísmo afirmar que a pacificação social rende especial homenagem à segurança jurídica, pois não se compreende um quadro de harmonia comunitária com a presença diuturna do risco à abertura de sucessivas e infinitas possibilidades de reavaliação dos casos decididos.

Pode-se mesmo afirmar que, para o instrumentalismo, à segurança jurídica, traduzida, em síntese, na estabilidade da *res iudicata*, é atribuído um valor instrumental, paralelamente a uma função de índole formal, que extrapola os singelos contornos do caso julgado.²²⁹

Embora não se compreenda aceitável um ideal de jurisdição assentado na tolerância complacente à injustiça, ainda assim seria preferível conviver-se com a autoridade da segurança jurídica em um sistema injusto, a admitir-se que a injustiça pudesse, em nome de um bem maior, justificar a franquia a um caminho infinito em direção à justiça, quase sempre contingente e parcial.

Como assevera Federico Arcos Ramírez, a segurança jurídica em um sistema injusto teria, quando menos, o papel de evitar a ocorrência de injustiças maiores,²³⁰ propiciando condições para que outros direitos, também fundamentais, pudessem conviver e atribuir sentido às relações sociais. Neste contexto, a segurança jurídica revestir-se-ia, como sugestivamente nomina Eros Roberto Grau, de um autêntico “valor-condição”, indispensável à reprodução do sistema social existente.²³¹

Também o componente educacional passa a ser visto como outra missão a ser empreendida pela jurisdição em seu propósito social.²³² Por meio dela, os indivíduos teriam a

²²⁷ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Estudos de filosocia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 58.

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 191.

²²⁹ A referência a valores formais – destituídos de quaisquer finalidades adicionais à função que normalmente cumprem – é feita à luz da Andrei Marmor (**Law in the age of pluralism**. Oxford: OUP, 2007, p. 9).

²³⁰ **La seguridad jurídica**: una teoria formal. Madrid: Dykinson, 2000, p. 170.

²³¹ **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 186.

²³² DINAMARCO, op. cit., loc. cit.

seu dispor um roteiro seguro de como pautar suas ações à luz dos direitos e deveres existentes no ordenamento jurídico, com a vantagem de que a atividade realizada por juízes e tribunais laboraria, decisivamente, para a redução de generalidades.

Essa circunstância teria o poderoso efeito, também, de precisar as expectativas dos cidadãos a respeito do que esperar do comportamento de seus semelhantes e, assim, contribuir para um base coletiva de penitência aos interesses alheios.²³³ Estabelecidos, com exatidão, os comandos que devem orientar a conduta dos indivíduos em suas múltiplas e recíprocas relações, garantir-se-ia, além disso, um ingrediente de segurança jurídica²³⁴ e de racionalidade quanto ao uso da máquina judiciária, em razão do conhecimento do Direito e da dissuasão quanto a possíveis resistências injustas.²³⁵

Ao lado de escopos sociais estariam dispostos também escopos políticos a serem protegidos. A referência ao aspecto, em particular, carrega um componente de inserção da jurisdição em sintonia a objetivos designados pelo Estados que se encontram, não raro, subjacentes à própria noção de ordenamento jurídico.²³⁶

Relegados a plano secundário a questão da afirmação da jurisdição, enquanto sintoma da soberania, e o culto ao valor da liberdade – pela qual a primeira viria a sofrer severa restrição – a proteção ao componente político estaria concentrada na inauguração de uma nova forma de poder, pela qual os cidadão pudessem, senão assumir as rédeas da condução dos assuntos públicos,²³⁷ ao menos contar com uma participação importante no processo de tomada das decisões oficiais.²³⁸

²³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 192.

²³⁴ Em conhecida passagem de sua obra, John Rawls afirma que “(...) isso podemos ver quando consideramos a noção de uma sistema jurídico e de sua íntima conexão com os preceitos que definem a justiça como regularidade. Um sistema jurídico é uma ordem coercitiva de normas públicas destinada a pessoas racionais, com o propósito de regular sua conduta e prover a estrutura de cooperação social. Quando essas regras são justas, elas estabelecem uma base para expectativas legítimas. Constituem a bases que possibilitam que as pessoas confiem umas nas outras e reclamem, com razão, quando não vêem suas expectativas satisfeitas. Se as bases dessas reivindicações forem incertas, incertos também serão os limite das liberdades do homem”. (**Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 257-258).

²³⁵ DINAMARCO, op. cit., loc. cit.

²³⁶ Ibid., p. 200.

²³⁷ A inconveniência e os perigos da admissão, sem reflexão e reservas, da democracia direta foi ressaltada por ninguém menos que um dos maiores entusiastas da participação popular nos assuntos oficiais. Em conhecida obra, valendo-se da expressão “cidadão total” cunhada por Dahrendorf, Norberto Bobbio alertou que “ (...) bem vistas as coisas, o cidadão total nada mais é que a outra face igualmente ameaçadora do Estado total. Não por acaso a democracia rousseauiana foi frequentemente interpretada como democracia totalitária em polêmica com a democracia liberal”. (**O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 55).

²³⁸ Desponta sintomática, daí, a atenuação do valor do direito subjetivo como categoria jurídica única a merecer proteção jurídica.

Abrem-se, com isso, os caminhos para que a jurisdição assuma, sem constrangimento à doutrina da separação dos poderes, a função instrumental de controle dos atos públicos e de via democrática à participação popular, em sintonia ao desprestígio crescente da democracia unicamente representativa.

Finalmente, o instrumentalismo cogitou de escopos jurídicos. Traz-se à tona, com isso, a velha problemática da conexão entre processo e Direito, e a relevância da técnica para a tutela jurídica. Com isso, voltam-se as atenções para a suficiência do Direito material como uma reação natural à tendência revolucionária que o processo assumira quando da tentativa bem-sucedida de se desvincular por completo do suporte material. Não mais relegada a uma visão introspectiva, consente-se à ideia de que o processo não tutela apenas direitos, mas pessoas que tenham direito à tutela jurisdicional.²³⁹

O escopo jurídico do processo, com isso, acabou, inexoravelmente, acarretando um duro golpe na crença, de resto ainda fundamentada, de que a jurisdição tinha por pedra de toque a produção de coisa julgada, o que, se por um lado teve a consequência positiva de tirar a atenção à visão estritamente interna do processo, teve como efeito colateral, por outro lado, a gestão do embrião que viria a admitir, perigosamente, a ponderação da coisa julgada.²⁴⁰

Entre a admissão de uma teoria unitária e a compreensão de um sistema dualista, a crença era a de que posições estremadas revelar-se-iam inoportunas. Uma vez que as variantes de cada plano sofrem e irradiam consequências recíprocas por razões de espaço e tempo, a variedade de processos no mesmo ordenamento jurídico daria a tônica para uma ou outra posição, sem necessidade de exclusões *a priori*.²⁴¹

Um olhar além identifica, a partir disso, um componente inusual da postura do juiz em face do ordenamento jurídico. A questão da imparcialidade do magistrado, tão debatida a partir da visão científica do processo, sobretudo a partir da conformação da demanda e dos poderes quanto a técnicas probatórias, muda sua órbita com vistas a refletir as aspirações sociais. Ganha contornos mais bem definidos o próprio conceito de parcialidade – identificado agora com liames de ordem pessoal –, e procura-se evitar a indiferença como mote de atuação do julgador, à luz de desigualdades instrumentais e materiais que desfigurariam a jurisdição em si.

²³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Aceleração dos procedimentos. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 875.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 184.

²⁴¹ FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 32.

Passa o magistrado a munir-se, como diz Vittorio Denti, de uma “política social” capaz de atenuar os rigores da lei, segundo um maior trânsito a partir do vocabulário aberto empreendido pela norma, e a desafiar as desigualdades que muitas vezes tornam a jurisdição uma atividades incapaz de ensejar mudanças informais da ordem jurídica.²⁴²

A natureza técnica do processo, a partir dessa perspectiva, empresta ao escopo jurídico a potencialidade relativa ao emprego de métodos exóticos, por assim dizer, à natureza do direito almejado e às particularidades da pretensão a exigir tutela.²⁴³ Quebram-se, deste modo, as resistências ao emprego de diferentes técnicas processuais e, mais que isso, ao apego quase sentimental à ordinariedade, enquanto método infenso à admissão de critérios diversos de cognição.²⁴⁴

Em resumo, todas essas características tiraram o processo civil de um quadro de matriz estática para pô-lo em sintonia dinâmica ao sentimento coletivo por busca de resultados. A tarefa – seria injusto negar – contabilizou respostas positivas, mas deixou a descoberto um sentimento de frustração quanto ao potencial que poderia ter sido explorado por conta da nascente matriz constitucional.

Se a Constituição pretende ser, como declara Mauro Cappelletti, “uma forma legalista de superar o legalismo”²⁴⁵, sobretudo a partir do enfoque e da responsabilidade que são cometidos ao legislador ordinário, é inegável que o processo civil não poderia permanecer, como de fato não permaneceu, indiferente a essa realidade. Compete-se, pois, examinar como esse fenômeno tem se desenvolvido na atual quadra da história.

1.3 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

²⁴² **Processo civile e giustizia sociale.** Milano: Edizioni di Comunità, 1971, p. 70. A despeito deste inegável avanço, ainda remanesce muito presente um involuntário desapego à irradiação dos valores constitucionais como critério de controle de legitimidade da lei. O excerto a seguir descrito da obra de Cândido Rangel Dinamarco põe à viva luz essa circunstância: “A sujeição do juiz à lei, que não se traduz em culto servil às palavras desta, é impeditiva da livre *invenção jurídica*, tendo-se o *governo das leis* como inerência dos sistemas jurídicos em que vivemos e como ‘imperativo axiológico da segurança jurídica’” (**A instrumentalidade do processo.** 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234).

²⁴³ Segundo Pontes de Miranda, a engessada formatação procedimental, circunscrita à dualidade cognição-execução, é reflexo da influência ainda direta da irreflexão de específicas categorias jurídicas. Para o autor, “(...) a dicotomia dos procedimentos em processos de cognição e processos de execução prende-se à época em que os processualistas não haviam classificado, com rigor científico, as pretensões e ‘ações’ e de que o ‘valor da dicotomia’ ‘procedimento de cognição, procedimento de execução’, no plano teórico e no plano prático, é quase nenhum”. (**Comentários ao código de processo civil de 1973.** tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 93-94).

²⁴⁴ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005, p. 41.

²⁴⁵ **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1984, p. 130.

O estudo do processo civil neste ambiente cultural contemporâneo vem suscitando, com constância inaudita, uma influência direta dos direitos fundamentais nas diversas categorias que compõem a relação jurídica processual.²⁴⁶ Talvez essa seja, quem sabe, a razão primordial por que parcela significativa da doutrina nacional venha vozeando pela atualidade de uma nova fase metodológica do processo.²⁴⁷

Seja como for, não há razões para negar que a influência da Constituição tenha despertado um novo modo pensar a ciência processual,²⁴⁸ em que pese o instrumentalismo já ter atentado, como se viu, para o influxo das normas constitucionais processuais em momento anterior.²⁴⁹ Tratando-se de questão de natureza menor a nomenclatura que a esse movimento se dê, compreende-se aceitável investigar como o processo reagiu a este aceno hermenêutico.

A isso, basicamente, pode-se creditar uma mudança do centro de gravidade do processo, deslocado do paradigma da legalidade – que tão tenazmente influenciou o modo instrumental – para o estalão constitucional.²⁵⁰ A fluência de intercorrências entre o processo e a Constituição representaria, como sugestivamente ponderou Enrico Tullio Liebman, a estrada que faria com que a jurisdição não apenas se tornasse um instrumento de justiça, mas, sobretudo, um utensílio voltado à liberdade.²⁵¹

Os ares constitucionais de tão poderosa influência voltam seus olhos, assim, para a efetividade do processo, não mais assentada em uma constitucionalização formal de

²⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo e costituzione. In: **Rivista di diritto processuale**, Milano: Giuffrè, vol. 7, 1952, p. 330.

²⁴⁷ A onda de constitucionalização que se instalou no Brasil, consoante recorda Marco Felix Jobim, trouxe consigo a dúvida se ainda há base compatível para a manutenção da doutrina instrumentalista. O autor faz um inventário, ainda, das fases metodológicas que acredita estar sendo vivenciadas atualmente, com destaque para o formalismo-valorativo, o neoinstitucionalismo e o neoprocessualismo, que, por razões de pertinência à pesquisa, serão apenas aqui referenciadas. (**Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 154-155).

²⁴⁸ Neste ponto, e a partir de uma matriz constitucional, merece destaque o esforço hermenêutico desenvolvido por Elaine Harzheim Macedo em torno do conceito de “Jurisdição Construtiva”. (Jurisdição e processo: soberania popular e processo democrático como espaço de construção do direito do caso concreto. In: _____; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). **Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seu reflexos na aplicação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 83-85).

²⁴⁹ JÚNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 41-44.

²⁵⁰ A despeito de a prática jurídica, sobretudo em solo nacional, ter convertido essa afirmação em um autêntico truísmo, é bem de ver que ainda existem pontos relevantes de resistência à materialização desse ideal. Negando, assim, a influência da Constituição ao direito processual italiano, Renzo Provinciali assevera que “la dimostrazione della natura processuale degli istituti sin qui considerati, esclude qualunque apporto della scienza del diritto costituzionale all scienza del diritto processuale”. (**Norme de diritto processuale nella Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1959, p. 194).

²⁵¹ Processo e costituzione. In: **Rivista di diritto processuale**, Milano: Giuffrè, vol. 7, 1952, p. 329.

princípios etéreos com pouca ou nenhuma significação prática, de resto exaurida em esquemas garantísticos.²⁵²

De relevante, sobreleva que o direito processual, particularmente a trilogia estrutural “ação – jurisdição – processo”, labore em bases realmente democráticas, o que significa dizer que não só ao magistrado, mas sobretudo às partes, seja incumbido um tautócrono de prerrogativas e, particularmente, de responsabilidades que se estabeleçam em relação direta com a efetividade e com a segurança jurídica.

Evidentemente, o componente democrático não poderia olvidar da imposição de ônus. Ganha destaque, neste cenário, o papel da colaboração como método de trabalho, ou como prefere Daniel Mitidiero, como modelo que visa a dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes, estruturando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho”.²⁵³

Bem compreendidas as coisas, vê-se que esse movimento implica uma alteração radical do sistema, porque se o instrumentalismo representou uma primeira tentativa de resgate do componente isonômico do processo, em especial pela valorização da importância do princípio do contraditório, o influxo constitucional acabou por liberá-lo do jugo formalista que o reduzia a uma fórmula diminuta, composta do binômio “ciência- reação”.²⁵⁴

Com a colaboração, o poder do contraditório avoluma-se em relação diretamente proporcional ao componente democrático do processo. Deste modo, foge-se do esquema processual de marcação binária “dispositivo-inquisitorial”, enquanto aspecto ligado à condução do processo,²⁵⁵ e parte-se para a inauguração de um modelo que restaure

²⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, vol. 4, n. 21, nov./dez. 2007, p. 112.

²⁵³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

²⁵⁴ Como bem observam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, esse modelo restrito de contraditório estava vinculado a propósitos liberais, ainda impregnados na teoria do processo, que atribuíam às partes, exclusivamente, a tarefa de implementá-lo: “(...) do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório era identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Neste contexto, o contraditório realizava-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tinha o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tinha o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estendia-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Liberal, confinando as partes, no fundo, no terreno das alegações de fato e da respectiva prova. Nessa linha, o órgão jurisdicional nada tinha que ver com a realização do direito ao contraditório, na medida em que apenas os litigantes seriam os seus destinatários”. (**Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 503).

²⁵⁵ JÚNIOR, Fredie Didier. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 42.

pressupostos culturais,²⁵⁶ em prol de um ambiente simpático à participação com influência, como resultado de um processo justo.²⁵⁷

Daí, portanto, a evolução do princípio a um arquétipo no qual tenha trânsito livre a participação das partes no processo, com aptidão de influência nos seus rumos e resultados.²⁵⁸ Com bastante pertinência, vincula-se esta profícua temática a uma nova postura do juiz na órbita do processo constitucional, sobretudo naquilo que atina ao dever de fundamentação adequada.²⁵⁹

Constituiria um verdadeiro ludíbrio cogitar-se de participação com influência se ao órgão jurisdicional não fosse atribuído um correlato dever de fundamentação analítica, com particular aderência às alegações e argumentações feitas pelas partes. Disso, sem qualquer dúvida, careceria de significância o próprio caráter jurisdicional do processo, reduzido a um conjunto de atividades sem qualquer traço de legitimidade.²⁶⁰

O dever de motivação no discurso constitucional, tão cioso por segurança, tem projetado reflexos para além do caso concreto, no propósito explícito de laborar na tarefa de redução da indefinição do Direito,²⁶¹ assumindo um discurso justificatório que deve ser alvo de contínuo controle público.²⁶²

Para tanto, a despeito, o Estado Constitucional – rompendo a talinga formalista imanente ao Estado Legislativo –, põe a serviço do intérprete, e do juiz em particular, o poder de desfazer a confusão, tão fortemente incentivada pela vertente formalista liberal, que ideologicamente identifica “texto” a norma. Desfeita a romântica ilusão de que os sentidos

²⁵⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

²⁵⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e técnica del’giusto processo**. Torino: Giappichelli, 2004, p. 74.

²⁵⁸ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, ago. 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62e8631cf2a9d11&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f01000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017.

²⁵⁹ Uma abordagem sobre a fundamentação adequada – em perspectiva diversa à teoria cognitivista – foi feita por nós em companhia de Marco Félix Jobim. (A justificação como elemento da sentença. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 42, n. 274, 2017, p. 99-157).

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 512.

²⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 67.

²⁶² Segundo Aulis Aarnio: “As we mentioned before, the decision maker cannot trust anymore a mere formal authority. In a modern society, people do not ask only for authoritative decisions but they ask for reasons. This also applies to the administration of justice. The responsibility of the judges has become more and more the responsibility for justifying decisions. (...)The responsibility for giving justification in this sense is specifically a responsibility to maximize the public control of the decision” (**The rational as resonable**: a treatise on legal justification. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 6).

extraídos da norma sempre correspondem ao componente gramático do texto – a deduzir-se, a *contrario sensu*, que a norma constitui o resultado do texto já em si devidamente interpretado –,²⁶³ dá-se outra conotação ao componente criativo do juiz, conciliado pacificamente, agora, com o princípio de separação de poderes.²⁶⁴

A nova formatação processual, em busca de um coeficiente adequado de efetividade, passa a refutar a compreensão restritamente instrumentalista de que a tutela jurisdicional deve reverência ao componente legislativo do procedimento, para assumir um compromisso com as necessidades do Direito material, na pressuposição de que os planos ensejam dependência recíproca.²⁶⁵ A isso se soma a premência, não apenas de *iure condendo*, de admitir-se a flexibilização do procedimento às particularidades de cada pretensão posta à análise judicial.²⁶⁶

É claramente perceptível, portanto, que a democratização do processo em razão do fortalecimento do princípio do contraditório e do estabelecimento da regra de cooperação confere às partes poderes superlativos no auxílio à construção do processo verdadeiramente efetivo. De fato, não é lícito afirmar que só ao juiz compete a condução do processo e o rumo do destino que possa vir a seguir.

No processo constitucional, o contraditório e a colaboração também impõem deveres que, objetivamente, devem ser seguidos por todos aqueles que participam de alguma forma do

²⁶³ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 38.

²⁶⁴ Daí a saída democrática para o papel criativo do juiz, que Eros Roberto Grau afirma findar com proclamação da norma de decisão: “(...) o vocábulo ‘produção’ é usado na expressão ‘produção do direito pelo juiz’ em sentido diverso do veiculado pelo vocábulo ‘criação’. O que desejo afirmar é que os juízes, intérpretes autênticos, embora não o criem, produzem direito ao completar o trabalho do legislador (ou do autor do texto, no exercício de função regulamentar ou regimental). Os juízes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalização desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto (a norma) a partir de um primeiro texto (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento). Em outros termos: os juízes também produzem direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma). Nesse sentido, o juiz produz direito (isto é, a norma). Desejo, ademais, anotar desde logo que a norma não é apenas o texto normativo nela transformado, pois resulta do conúbio entre o texto e a realidade”. (**Por que tenho medo dos juízes:** a interpretação/aplicação do direito e os princípios. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25-26).

²⁶⁵ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 5.

²⁶⁶ Daí a lição de Luiz Guilherme Marinoni no propósito de desmascarar a insuficiência do procedimento único: “A suposição de que um único procedimento poderia atender a todos, independentemente das suas diferenças, para que então fosse possível uma melhor sistematização técnica e teórica, implica uma absurda superposição da teoria sobre as necessidades concretas do homem, e assim – na melhor das hipóteses – pode ser vista como um desejo egoísta”. (**Técnica, processo e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 152-153).

debate processual, e que, por isso mesmo, passam a ser corresponsáveis pela boa qualidade da prestação jurisdicional.²⁶⁷

Se assim ocorre, é natural imaginar que as partes devam agir segundo um instinto ético para a resolução do conflito de forma definitiva, devendo ser prontamente dissuadida pela intercessão direta do juiz – não mais reduzido a mero expectador – toda tentativa de transformar-se o processo em mecanismo predisposto ao alcance de fins desleais ou, de qualquer outra forma, ilícitos.²⁶⁸

Os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito exigem do Poder Judiciário, que de ordinário se debruça sobre arcabouço passado, uma eficácia pluridimensional com força prospectiva.²⁶⁹

Como reconhece Daniel Mitidiero, a colaboração não se restringe a uma concretização episódica e restrita, mas a um ideal de conformação que atinge o processo em todas as suas múltiplas fases.²⁷⁰ Compreender assim a questão significa admitir que as partes concorram, já a partir da fase postulatória,²⁷¹ mediante satisfação de um ônus perfeitamente factível e lógico,²⁷² para a exata e completa delimitação do litígio, evitando-se que a malícia possa

²⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, ago. 2005, p. 2. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62e8631cf2a9d11&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f01000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017.

²⁶⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da proibidade no Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 16, out./dez. 1979, p. 16-17.

²⁶⁹ Como pondera Humberto Ávila, “(...) a atividade do Poder Judiciário é orientada, primordialmente, para o passado, porque as decisões vertem sobre fatos narrados pelas partes ocorridos antes da prolação da decisão que culmina a prestação jurisdicional. O julgador, por consequência, ocupa-se do passado, orientando-se pelas normas vigentes e pelos fatos ocorridos antes do seu pronunciamento. Isso não quer dizer (...) que as manifestações do Poder Judiciário, embora com eficácia centrada no passado, não tenham efeitos com relação ao presente e ao futuro: dependendo da eficácia que se almeja (declaratória, constitutiva, condenatória), repercutem também sobre o presente e sobre o futuro, sendo inerente a toda decisão uma eficácia pluridimensional, pela mescla que produz relativamente ao passado e ao futuro”. (**Teoria da Segurança jurídica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 174).

²⁷⁰ **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2015, p. 107.

²⁷¹ Segundo Daniel Mitidiero, “A formação do objeto litigioso do processo, isto é, do mérito da causa, e a sua estabilização ao longo do procedimento constituem temas de inegável importância na construção de um processo civil pautados pela colaboração (...). Em consonância, a fixação do objeto litigioso também é função deferida às partes (art. 141 do CPC/2015). Ao demandante incumbe expor as suas alegações fático-jurídicas essenciais e logo em seguida formular pedido(...)”. (ibid., p. 109-111).

²⁷² Compreende-se atual, por isso, a sempre presente perspectiva de James Goldschmidt acerca do ônus processual como “imperativo do próprio interesse”, vinculado estritamente a “possibilidades processuais”. (**Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Madrid: Labor, 1936, p. 203).

justificar a permanência de resquícios de litigiosidade, a caracterizar exercício impróprio, desleal ou desviado de uma faculdade processual.²⁷³

O processo civil no Estado Constitucional, portanto, encontra-se em sintonia direta com o princípio da boa-fé, no propósito de constituir um modelo de jurisdição voltado à obtenção de resultados justos e, última análise, de segurança jurídica. A ausência desse ideal, pois, é sintoma claro de degeneração, do que seria inadequado conceber, inclusive, a existência de um sadio sistema jurídico.

2. A QUESTÃO DA IDENTIFICAÇÃO DAS DEMANDAS A PARTIR DE SEU CONTEÚDO

Estabelecido, no capítulo anterior, o exame da evolução da ciência processual até o modelo constitucional em vigência, cumpre seja lançado, agora, um olhar crítico para a temática da identificação das demandas.

É importante pontuar, desde aqui, que a análise tomará em conta, em um primeiro momento, as diversas teorias e hipóteses forjadas pelos mais destacados pensadores que se dedicaram a respeito deste específico desiderato, sobretudo a partir do momento em que firmada, cientificamente, a ideia do processo civil como ramo autônomo da ciência jurídica.

Chegar-se-á, após e ao cabo, a uma tentativa de explicação do fenômeno no atual cenário processual, em particular após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016.²⁷⁴

2.1 INTRODUÇÃO – A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO DAS DEMANDAS PARA O PROCESSO CIVIL E, EM ESPECIAL, PARA A CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A existência fenomênica do processo suscita, de plano, o interesse pela exata compreensão e extensão da demanda formulada pelo autor. Consideradas as extensas

²⁷³ ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

²⁷⁴ Sem adentrarmos aqui na polêmica, ainda viva, acerca do início de vigência do novo diploma, para efeitos pragmáticos aderimos à orientação firmada pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça que em sessão plenária administrativa ocorrida em 02 de março de 2016, entendeu como sendo aquela data o *dies a quo* de início da entrada em vigor. (MIGALHAS. **STJ fixa dia 18 de março como entrada em vigor do novo CPC**. Mar. 2016. Disponível em: <www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235062,11049STJ+fixa+-+dia+18+de+marco+como+entrada+em+vigor+do+novo+CPC>. Acesso em: 05 dez. 2017).

projeções que o fato irradia para uma série de institutos processuais,²⁷⁵ seria de rudimentar ideiação cogitar que a importância ficasse contingenciada a um interesse meramente especulativo.²⁷⁶

Em particular, a proeminência desta questão assume papel destacado na afirmação do valor da segurança jurídica, porque não são de longe irrelevantes as condicionantes que a compreensão destaca para a individuação da *res in iudicium deducta* e, via de consequência, para a pacificação definitiva dos litígios.²⁷⁷ São, pois, mais que conhecidas as razões que conduzem, sobretudo em solo nacional, a problemática da coisa julgada²⁷⁸ – e também de categorias processuais agregadas – àquilo que Chiovenda nominou como sendo a “essência da ação”.²⁷⁹

Seria equivocado afirmar que tal investigação devesse levar em conta apenas um componente material, olvidando-se, assim, de uma orientação formal em prol do reforço às relações já bastante próximas entre Direito material e processo.²⁸⁰

Cogita-se, portanto, de uma tarefa basicamente comum entre essas paragens, com a diferença que de que o aspecto formal colocar-se-ia em função instrumental à identificação dos elementos constitutivos do conteúdo da demanda.²⁸¹ Isso fica bastante claro se aceita a proposta de Cândido Rangel Dinamarco – de resto sem razões para ser refutada – de que é a demanda que define o objeto do processo, isto é, aquilo que o juiz deverá levar em consideração para o julgamento do caso.²⁸²

²⁷⁵ Segundo Karl Heinz Schwab: “La identidad de la pretensión procesal tiene importancia decisiva en los problemas de la modificación de la demanda y de la litispendencia. El objeto litigioso es pues problema central del proceso y fundamento de una serie de los más importantes fenómenos procesales”. (**El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968, p. 06).

²⁷⁶ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 45.

²⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 77.

²⁷⁸ Conforme chama a atenção Ernesto Heinitz, “(...) se l’essenza della cosa giudicata sta nel vincolo costitutivo da essa per ogni futuro processo, bisogna precisare fino a che punto si estenda in vincolo suddetto”. (**I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 129).

²⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 489.

²⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 15. Ainda segundo Francesco Carnelutti, há entre o direito material e o processo um relacionamento lógico-circular, em que direito e processo servem-se mutuamente. (**Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 33).

²⁸¹ SATTA, Salvatore. Domanda giudiziale: diritto processuale civile. In: **Enciclopédia del diritto**. Milano: Giuffrè, vol. 13, 1964, p. 824.

²⁸² Disse o mestre a esse respeito: “Estão caracterizados nessa definição os três conhecidos elementos identificadores da ação e da demanda (os três eadem, de tradicional doutrina), que imensa utilidade e relevância têm na vida dos processos. Eles servem, antes e acima de tudo, para determinar o provimento que será lícito ao juiz emitir, pois definem a sua natureza (condenatório, constitutivo etc.), especificam-lhe o objeto e extensão (o bem da vida), delimitam seus fundamentos (os fatos, situação da vida concreta alegada ao demandar) e indicam o alcance subjetivo desejado (partes). Conhecidas essas premissas fundamentais, é a demanda que define o objeto do processo, ou ‘objeto litigioso do processo’, em torno do qual será exercida a jurisdição em cada caso

De qualquer sorte, não é de hoje, e não foram poucos, os que se aventuraram a levantar critérios – cientificamente seguros, supunham – para determinar em que ponto uma demanda se diferenciaria de outra. Em comum, contudo, a presença constantemente tempestuosa da questão relativa à causa de pedir e, por consequência, da individualização da demanda, sempre acabou por tornar a tarefa particularmente mais complexa em razão da dificuldade, sempre viva, de mapear esse elemento causal.²⁸³

Antes mesmo do reconhecimento da autonomia do direito processual, a tarefa já suscitava preocupação de primeira hora nos juristas que compreendiam os reflexos da identificação da demanda – identificada, em absoluto, com Direito material – para a formação do que hoje se poderia compreender como os limites objetivos da coisa julgada.²⁸⁴

O alvo que seria erigido, neste primeiro momento, à condição de critério racional a justificar essa crucial questão viria a variar conforme o enfoque atribuído pelo jurista, ora identificando a demanda com a relação jurídica de direito material existente entre as partes, particularmente movida pela análise da causa próxima, ora atribuindo-se pertinência à existência da tríplice identidade.²⁸⁵

Savigny, destacado personagem da Escola Histórica, a partir da conhecida tentativa de resgate da experiência romana à prática de seu tempo, sobretudo pelo aporte dos textos clássicos que levaria à ciência das pandectas,²⁸⁶ tomou desde cedo posição pela primeira orientação, com a preocupação constantemente voltada às consequências do julgamento da causa primária para o destino dos casos sucessivos.

Para o romanista, uma compreensão rudimentar do que poderia se compreender como o efeito negativo da coisa julgada haveria de surgir quando duas demandas tivessem em comum a mesma questão deduzida em juízo.²⁸⁷ Ficam particularmente claras no pensamento

concreto, ao juiz não sendo lícito desconsiderá-lo, ampliá-lo por iniciativa própria ou pronunciar-se acerca de outro objeto”. (O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 304).

²⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista de Processo, vol. 68, 1992, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 dez. 2017).

²⁸⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 77.

²⁸⁶ SILVA, Almiro do Couto. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, vol. 13, 1997, p. 15.

²⁸⁷ A tese defendida por Savigny é compreensível nos dias de hoje se levada em conta, sobretudo, a concepção em torno do conceito de ação processual por ele idealizada, ainda confundida, em razão de herança romanista, com a ideia moderna de ação de direito material. As palavras a seguir transcritas são um emblema disso: La

deste eminente jurista, a partir disso, a preocupação e o cuidado que tivera pela identificação não só do componente subjetivo da demanda, mas em especial da causa que motivara o autor ir a juízo. Ausente, em demanda posterior, a correspondência entre este particular elemento, inviável se mostraria a oposição da *exceptio res iudicata*; mas se, ao contrário, tal correspondência fosse averiguada, pouco importaria argumentar que o objeto pretendido no segundo caso não fosse o mesmo, ou ainda que tivesse natureza diversa.²⁸⁸

Se essa teoria não pode, a partir dos avanços alcançados pela ciência do processo, ser aceita integralmente, é preciso reconhecer que o pensamento do célebre jurista alemão em nenhum momento deixou de observar a coerência entre as premissas que acabou por eleger.

Daí afirmar, com consonância à compreensão da relação jurídica com as questões deduzidas, que também os motivos deveria restringir-se entre os limites objetivos da coisa julgada.²⁸⁹

Semelhante caminho foi trilhado por Windscheid, que ao identificar a ação pelo conteúdo da relação jurídica (*eadem quaestio*), também contribuiu de maneira importante para a construção de um teoria sobre os limites objetivos da coisa julgada.²⁹⁰

Ao traçar um contraponto à teoria dos *tria eadem* – que também protagonizava, em bases ainda embrionárias, a preferência dos juristas –, tida por insuficiente para a caracterização do conceito de obrigação, a teoria em exame propôs-se a explicar por que dois direitos seriam idênticos quando inficionados pela mesma relação jurídica, ou quando, principalmente, emergentes do mesmo fato jurídico.²⁹¹

Embora tenha logrado angariar adeptos na Itália²⁹² e, principalmente, na Alemanha, onde foi efetivamente forjada, a teoria da identificação das demandas pela análise da relação jurídica não chegou a ombrear em prestígio com sua principal oponente. Concebida também a

relacion que de la violacion resulta, es decir, el derecho conferido á la parte lesionada, se llama derecho de accion ó accin”. (**Sistema del derecho romano actual**. Trad. M. CH. GUENOUX. Madrid: Góngora Y Compañía Editores, p. 10).

²⁸⁸ BELLAVITIS, Mario. **L’identificazione delle azione**. 2. ed. Padova: Litotipo, 1924, p. 30.

²⁸⁹ “De todo esto resulta que la autoridade de la cosa juzgada se extiende á los motivos de la sentencia; en outros términos: la autoridade de la cosa juzgada que pertenece á la sentencia es inseparable de las relaciones de derecho afirmadas ó negadas por el juez; pues la parte puramente práctica de la sentencia; el acto impuesto al demandado, ó la absolucion de la demanda, no es más que la consecuencia de estas relaciones de derecho” (SAVIGNY, op. cit., p. 227-228).

²⁹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

²⁹¹ Convém ponderar que, para este jurista, a abjeção da coisa julgada, em seu aspecto negativo, não se limitava a imperar na hipótese em que a demanda fosse refutada por inconveniência à causa originária, senão a atingir todas as visões jurídicas que o sucumbente poderia ter explorado. (**Diritto delle pandette**. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. vol. 1. Torino: UTET, 1902, p. 509).

²⁹² BELLAVITIS, Mario. **L’identificazione delle azione**. 2. ed. Padova: Litotipo, 1924, p. 31.

partir de origens romanas, a teoria dos *tria eadem* ganhou corpo a partir da Idade Média, e sistematização definida já nos albores do século XX, pela pena privilegiada de Giuseppe Chiovenda.²⁹³

Ainda na segunda metade do século XVIII, em França, Robert Pothier, importante magistrado e professor, lançou seu *Traité des Obligations*,²⁹⁴ no qual reservara importante espaço destinado ao cuidado da coisa julgada. Acabou por projetar, naquela obra, algo que viria a repercutir grandemente na doutrina que mais tarde tenderia a se debruçar sobre a compreensão da natureza coisa julgada: a ideia de que esta só se estabelece sobre objeto da sentença. O autor viria a definir, assim, a assertiva de que a exceção de *res iudicata* só poderia se mover – e desta forma evitar que o órgão jurisdicional se pronunciasse em duplicidade – se identificado em dois ou mais processos o mesmo objeto.²⁹⁵

Para que isso fosse factível, o jurista francês lançou mão das três conhecidas condicionantes, ou três *eadem*: idêntico pedido formulado em demanda anterior; similitude de causa, ou fundamento; e identidade de partes, que deveriam participar do processo em condições similares à primeira ação.²⁹⁶

O pensamento de Pothier influenciou decisivamente o trabalho do legislador francês quando da promulgação do Código Civil de 1804, naquele país. As bases defendidas na clássica obra que lançara alguns anos antes, em particular a pertinência da coisa julgada aos elementos da ação, repercutiram a tal ponto que o artigo 1.351 do diploma legal não mais representasse que uma disposição quase que literal de suas ideias.²⁹⁷

Em razão da conhecida autoridade, bem descrita por Sergio Menchini,²⁹⁸ que os princípios jurídicos franceses projetaram na cultura jurídica italiana do século XIX,

²⁹³ Como recordam Luigi Montesano e Giovanni Arieta, “(...) una tradizione più che secolare identifica gli elementi individuatori della domanda nei soggetti, nel petitum e nella causa petendi; la dommatizzazione di ciascuno di tali elementi, mas soprattutto dell’ultimo, risale, peraltro, al secolo scorso e, in Italia, há avuto compiuta e consapevole sistemazione nella teoria dell’azione di Giuseppe Chiovenda”. (**Trattado di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 2001, p. 309-310).

²⁹⁴ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Trad. M. C. de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliastra S.R.L., 1978..

²⁹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 85.

²⁹⁷ “Art. 1.351: L’*autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*” (FRANÇA. Code Civil. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=A4D2C1F0F4F41C5804D2F5AF1A35C7C5.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032035937&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180211>. Acesso em: 03 mar. 2018).

²⁹⁸ A respeito disso, e da distância assumida pelas doutrinas francesa e italiana da escola alemã, acrescentou o jurista: “*Ferma l’identità, nel senso sopra precisato, tra oggetto della domanda, oggetto del processo e o oggetto*

particularmente na construção do conceito da *res in iudicium deducta*, a influência de Pothier também seria sentida na Itália, onde, sessenta anos após, o Código Civil peninsular viria a reproduzir, também em bases quase literais, a sua teoria.

É possível argumentar, a partir desse cenário provisório, que até o final do segundo quartel do século XIX, o ambiente processual, em particular na Europa, viu-se persuadido por essas duas correntes de pensamento, quando então o espírito cientificista do processo lançou as bases para que o problema da identificação das demandas fosse trabalhado de modo mais bem sistematizado.

Desde aí, a despeito das inúmeras e variadas tentativas de explicar o fenômeno, três importantes critérios metodológicos puderam ser identificados quanto à questão. Na Alemanha, já a partir da metade do século XIX, o debate concentrou-se em torno do conceito de objeto litigioso (*Streitgegenstand*) e de suas variáveis em torno do conteúdo desta categoria jurídica, em especial da compreensão da pretensão (*Anspruch*) processual, que tão importante papel desempenhou para a arquitetura da *Zivilprozessordnung* de 1877.²⁹⁹

De outra quadra, na Itália a tônica em torno da identificação das demandas focou como centro de gravidade a problemática relativa à ação, cuja compreensão não se viu destacada, na própria essência, como uma questão de natureza diversa.³⁰⁰ A identificação da *res in iudicium deducta*, assim, chamou para o mesmo campo de incidência os conceitos de ação e demanda, a quem os critérios de identificação deveriam ser aferidos pelos mesmos fundamentos.³⁰¹

Considerando-se que essa doutrina extrai da “essência da ação”, como diz Chiovenda, os elementos para a identificação da demanda, já agora em perspectiva dinâmica, compreende-se, pois, a importância que o estudo dos *tria eadem* representou para a própria ideia de coisa julgada, enquanto indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei.³⁰²

della decisione, ci si deve ora chiedere che cosa sai in se stesso questo oggetto sul quale il giudice è chiamato a pronunciare con autorità di cosa giudicata. A tale proposito, si deve immediatamente rilevare che diversi sono gli strumenti dogmatici, cui ricorrono la doutrina italiana e francese rispetto a quella tedesca, per l'individuazione della *res in iudicium deducta*; mentre tra gli autori italiani e francesi assume un ruolo di primo piano la teoria della identificazione delle azioni, i processualisti tedeschi ricorrono al concetto di *Streitgegenstand*". (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 17-19).

²⁹⁹ MENCHINI, Sérgio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 20.

³⁰⁰ Essa afirmação pode ser confirmada pela eloquente assertiva de Salvatore Satta, para quem “Il problema dell'azione e della domanda non sono (...) due problemi, ma uno solo, perché l'una non è, nella sua essenza, distinguibile dall'altra”. (Domanda giudiziale: diritto processuale civile. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 13, 1964, p. 818).

³⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 353.

³⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47.

Finalmente, também na Itália, uma última tentativa de compreender o fenômeno da identificação, e, pois, de separação das demandas, restou pactuada em torno do conceito de “lide”, particularmente na porção em que essa doutrina se arriscara a determinar a concepção de “mérito”.³⁰³ Empreendida pelo gênio de Canelutti, a doutrina contou com boa aceitação, a ponto de ter inspirado, pelo desígnio de Ludovico Mortara, os ideais revisionistas que inspiraram a legislação processual italiana.³⁰⁴

No Brasil, da mesma forma, edificou-se ambiente propício à aceitação da teoria da lide. São particularmente expressivas, neste sentido, algumas das mais importantes disposições do Código de Processo Civil de 1939 a respeito da matéria, como aquela, disposta no artigo 287, que, ao afirmar que a sentença que decidisse total ou parcialmente a lide teria força nos limites das questões decididas, claramente identificou aquele conceito à compreensão de mérito.

Num passo adiante, também na codificação de 1973 essa força se manifestaria com ainda mais vigor, como deixou claro Alfredo Buzaid na exposição de motivos do código, ao asseverar ser a lide o objeto fundamental do processo, onde se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.³⁰⁵

Como salientado, os métodos que se levantaram em busca de respostas a este complexo problema visavam a um só objetivo, vale dizer, a identificação do conteúdo da

³⁰³ Observa Ovídio A. Baptista da Silva que o peso desta teoria, sobretudo pelo desenvolvimento levado a cabo por Canelutti, foi decisivo para a construção, no Brasil, de toda uma teoria em torno da potência da coisa julgada. Ao criticar, indiretamente, o afastamento da lei em relação a conceitos doutrinariamente consolidados, o processualista profetizara: “A questão é saber se, num corpo legal como o Código de Processo Civil, as regras que estabelecem definições e conceitos, ou que albergam doutrinas específicas que o legislador haja esposado, terão de ser entendidas como sóis, ao redor dos quais não de girar uma constelação de assuntos menores (...). Para melhor compreender a questão, pensemos no conceito de *lide*, tantas vezes utilizado pelo legislador, e tentemos avaliar até que ponto a palavra *lide*, enquanto conceito de doutrina, abandonou sua morada original, no seio da vasta obra científica de Canelutti, para inserir-se num contexto de direito positivo: o conceito caneluttiano de *lide* é o centro do sistema de nosso direito positivo e, como tal, deve ser preservado, de modo que em torno de si gravitem todos os demais conceitos e através dele se solucionem todos os problemas; ou o próprio conceito de *lide* está subjugado e há de conformar-se com as outras proposições aceitas pelo legislador? Essa posição hermenêutica, sem dúvida alguma, tem de ser assumida quando pensamos abordar as questões atinentes à *coisa julgada*, pois, neste setor, como em outros, o legislador serviu-se do conceito caneluttiano de *lide*”. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 104).

³⁰⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017).

³⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 319.

demanda, particularmente sob uma perspectiva que pudesse, de forma segura, identificar a amplitude da *exceptio res iudicata*.

Percebe-se, pois, a partir desses aportes dogmáticos, que a questão da segurança jurídica sempre esteve em constante aderência, ainda que de forma subjacente, à temática da demanda, no pressuposto valor publicístico de se evitar que a sentença, enquanto resposta a ela, pudesse estar sujeita de forma indevida a qualquer “juízo contrário”.³⁰⁶

2.2 AS VÁRIAS TEORIAS QUE PROCURAM IDENTIFICAR A DEMANDA A PARTIR DE SEU CONTEÚDO. UM REFINAMENTO DO COMPONENTE RELATIVO À SEGURANÇA JURÍDICA.

Os diversos pontos de vista que fomentam o debate a respeito da identificação da demanda na fase científica do processo levaram em consideração, de algum modo, as gerais teorias que, advindas do Direito Romano, dividiam-se em identificar a demanda ora pela relação jurídica declinada pelo autor, ora pela caracterização dos elementos que deveriam compor a ação.³⁰⁷

A partir do marco científicista, aqueles elementos que eram tomados em consideração – quase que por intuição – por uma ou outra divisão passaram a ser investigados mediante metodologia própria que, *grosso modo*, tomou o estudo dos institutos particulares à revelia da influência do direito material.

Isso, seguramente, representou um avanço inegável, porque tudo aquilo que relacionado à ação ou ao conceito de relação jurídica, sem o aporte desses conhecimentos depuradores, não ultrapassaria a mera especulação sem valor científico.

Foi graças a esses ideais revolucionários que categorias jurídicas como “pretensão material”, “pretensão processual”, “direito subjetivo”, “relação jurídica processual”, “ação material” dentre outras, puderam explicar com mais sistematização a natureza, a divisão de planos e a autonomia tanto da ação e dos critérios válidos para identificação do objeto do processo, quanto da própria ideia de “mérito”, que tão fortemente viria a povoar o imaginário dos processualistas contemporâneos.

³⁰⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53.

³⁰⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.

Cumpra-nos, portanto, examinar as diversas teorias, que munidas desse instrumental emancipador, se aventuram a lançar luzes ao problema.

2.2.1 A identificação da demanda sob a perspectiva do objeto litigioso. A temática da individualização e da substanciação para a definição do conteúdo da demanda

Foi a partir da experiência processual alemã que a teoria do objeto litigioso, enquanto polo metodológico, legou à ciência jurídica o contributo da identificação das demandas.³⁰⁸

Ponto de reconhecida e assumida relevância, com razão asseverou Riccardo Villata³⁰⁹ que o problema do objeto litigioso do processo constituiu-se em um dos assuntos medulares ao processo civil, também por conta do enorme coeficiente de complexidade que acabou por apresentar.³¹⁰

A partir dessas cogitações, em particular após a entrada em vigor na Alemanha da *Zivilprozessordnung* (ZPO), em 1879, a formulação da teoria do objeto litigioso veio a reboque da necessidade, naquele país, de forjar uma compreensão mínima em relação ao processo civil. Diante de um ambiente ainda relativamente confuso, por conta da inexistência de critérios precisos à categorização de institutos que só algum tempo depois seriam mais bem esquadrihados, não se mostraram incomuns confusões entre institutos de natureza diversa, sobretudo em relação ao conceito de pretensão (*Anspruch*).³¹¹

Foi neste ambiente de ainda manifesta insuficiência conceitual que se ergueu em território alemão uma viva controvérsia sobre o conteúdo mínimo que a demanda deveria

³⁰⁸ TARZIA, Giuseppe. Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Milano: Vita e Pensiero, n. 2, 1956, p. 266).

³⁰⁹ **L'esecuzione delle decisione del Consiglio di Stato**. Milano: Giuffrè, 1971, p. 409.

³¹⁰ As divergências em torno do instituto principiam já a partir do sentido que se destina ao vocábulo “objeto”. Sydney Sanches defende a compreensão de que o instituto ora tratado representa, em realidade, o “objeto litigioso do processo”, espécie que ao gênero “objeto do processo” vem a se ligar. Segundo o autor, “(...) objeto do processo” vincula-se àquela gama de matérias de fato e de direito, processuais ou de mérito, que deve ser examinada pelo juiz, seja como simples operação de conhecimento, seja como julgamento propriamente dito. Por conta disso, critica a compreensão defendida por Humberto Theodoro Júnior e José Frederico Marques que identificam o objeto do processo com as suas finalidades, preferindo, neste último caso, cogitar de escopo do processo. (Objeto do processo e objeto litigioso do processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 13, jan./mar. 1979, p. 2. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62c9bc17bd3b5f6&docguid=Ib6396c10f25611dfab6f01000000000&hitguid=Ib6396c10f25611dfab6f01000000000&spos=1&td=1&context=198&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017).

³¹¹ HABSCHEID, Walter. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. In: **Rivista di diritto processuale Civile**, Padova: Cedam, vol. 35, n. 3, 1980, p. 456.

apresentar.³¹²³¹³ Em comum, a disciplina atinente à causa de pedir e a necessidade de ali se exporem os fatos dos quais advinham as consequências declinadas pela parte. Surgia ali a celeuma que durante tanto tempo – e por que não dizer ainda hoje reinante – atormentou a compreensão dos processualistas em torno da conveniência seletiva entre a teoria da substanciação e a teoria da individuação.³¹⁴

A controvérsia, a partir desse ponto, partiu da interpretação que deveria receber o § 230 da ZPO, segundo o qual a petição inicial deveria conter, além de um pedido determinado, a precisa indicação do objeto e do fundamento da *pretensão* deduzida.³¹⁵ Em termos práticos, a dúvida residia em verificar se a causa de pedir deveria fazer referência apenas ao direito suscitado, ou, ao revés, se nela seria imprescindível a declinação de todos os fatos necessários a um julgamento de procedência.³¹⁶

O ponto de discórdia, é importante ressaltar, ficou basicamente restrito às ações fundadas em direito absoluto, já que nas de direito relativo, onde a existência de direito entre as partes poderia substituir por mais de uma vez,³¹⁷ ambas as teorias eram concordes acerca da premência da declinação dos fatos constitutivos da pretensão deduzida.³¹⁸

Particularmente em relação à questão da propriedade, uma demanda que viesse a discutir o domínio não necessitaria, para os adeptos da individuação, declinar nada além que o direito alegado, se bem caracterizado restasse o bem em disputa. Os fatos, a partir dessa

³¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 90.

³¹³ Também nesse domínio, a identificação da demanda por intermédio de tais elementos mínimos não tinha outro desiderato que não o de impedir que a mesma demanda fosse objeto de novo pronunciamento judicial. Como assevera Juan Montero Aroca: “La teoría del objeto del proceso cumple principalmente una función de identificación de proceso, esto es, de individualización del mismo, de distinción de los demás procesos posibles, y por ello la pretensión sirve perfectamente para esa finalidad”. (**El nuevo proceso civil**. Valência: Tirant lo Blanc, 2000, p. 187).

³¹⁴ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 146.

³¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 90.

³¹⁶ A identificação da demanda pelo aporte dogmático dessas teorias, que tamanha dimensão assumiu para além dos limites do território alemão, não chegou a impressionar Augusto Cerino Canova, que nisto percebeu certo exagero: “Purtroppo il fascino del dogmatismo esercita suggestioni difficilmente controllabili e finisce per confondere la prospettiva dei problemi. È quanto avviene nel nostro argomento, dove spesso le meditazioni concettuali rischiano di promuovere questi passaggi: dall’esigenza di intendere determinati istituti nasce la teoria dell’identificazione, tra gli elementi identificatori assume prevalente interesse la c. petendi, lo studio di questa conduce ad attribuire valore assoluto al contrasto tra ‘individuação e sostanzianone’. Tale método non è (...) ma piuttosto um fraintendimento”. (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 24).

³¹⁷ Neste caso, Cristiano Mandrioli consigna que, pela exposição da causa de pedir, a dedução do pedido permaneceria quase que implícita. (Riflessioni in tema di *petitum* e di *causa petendi*. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 3, 1984, p. 476).

³¹⁸ Como acentua Enrique Vescovi, “(...) em cambio la teoría de la individualización entende que la fundamentación (e identificación) de la demanda se limita sólo a la exposición de la relación jurídica en la que se apoya la pretensión”. (La modificación de la demanda. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 30, abr./jun. 1983, p. 209).

perspectiva, teriam papel secundário, relevantes apenas para aclarar a relação jurídica havida entre os contendores. Daí que a coisa julgada, porque focada apenas a relação de direito, estabelecia-se em definitivo sobre toda a questão relativa à propriedade.³¹⁹

Sob a visão da substanciação, a problemática assumiria contornos significativamente diversos. Primeiramente pelo fato de a causa de pedir não fazer qualquer distinção entre direitos absolutos e relativos, em função do que a razão da pretensão não seria especificada pela simples declinação do direito, senão pela indicação específica dos fatos concretos.³²⁰

Ademais, em contraste à individuação, para a substanciação a afirmação de um diferente título aquisitivo em relação ao mesmo bem correspondia a uma causa diversa e, como tal, a coisa julgada deveria limitar-se ao motivo invocado como suficiente à aquisição do domínio. Em consequência, sendo duas as causas declinadas na mesma demanda, ter-se-iam, por consequências, duas ações distintas, a evidenciar a importância capital que os fatos jurídicos assumiam em relação ao propósito distintivo.³²¹

Em que pese a diferença significativa de visões, nem sempre essa dualidade se viu divorciada por contornos bem definidos. A noção de que também os fatos, quando relevantes à causa, deveriam estar em sintonia com alguma posição material definida, tornou por compreender o processo como um instrumento vocacionado à verificação de direitos. Assim, mesmo para a teoria contrária à individuação, muito mais que um papel de substanciação, os fatos teriam uma tarefa importante para determinar o direito feito valer em juízo.³²²

Já em momento posterior à vigência da ZPO, Adolf Wach, célebre defensor da teoria da individuação, viria a contribuir decisivamente para debate. Ao revelar, lucidamente, que a importância dos fatos não poderia presidir a função atinente à identificação da demanda – particularmente porque a narração histórica seria, em realidade, um ponto de vista arquitetado pelo autor, sempre sujeito à cognição conclusiva do juiz –³²³ defendeu, de forma coerente com

³¹⁹ RICCI, Gian Franco. “Individuazione” o “sostantazione” nella riforma del processo civile. In: **Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile**, vol. 4, 1995, p. 1.228-1.235.

³²⁰ ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello** (art. 490-491 CPC). Milano: Società editrice libraria, 1916, p. 335).

³²¹ Como bem salienta Araken de Assis: “Nesta teoria, portanto, a indicação completa dos fatos se afigura fundamental para particularizar a ação. De conseguinte, a narração de mais de um fato, suficiente de per si para originar o efeito jurídico consubstanciado no pedido, implica a existência de pluralidade de ações. E quaisquer ações, mesmo derivadas de direitos absolutos, não de se basear em fatos. Não ação reivindicatória, por exemplo, o autor deve apontar o modo de aquisição do domínio. Fundamentando o remédio processual, concomitantemente, em testamento e usucapião, o réu enfrentará duas ações. (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 139).

³²² CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 46.

³²³ WACH, Adolf. **Oralidad y escritura**: conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana. Trad. Ernesto Krotoshin. Buenos Aires: Ejea, 1958, p. 33.

o sistema positivo alemão da época, que a demanda, neste contexto, consistia em um simples escrito preparatório.³²⁴

O ponto mais relevante de sua obra, no entanto, viria a se firmar sobre a tese de que nos direitos absolutos, em especial nas ações reais, a identificação da demanda assumia importância em função da mera alegação do autor a respeito da propriedade, independentemente, como compreendiam os prosélitos da substanciação, da causa de sua aquisição.³²⁵ Isso explica, em abono à conclusão de Alfredo Buzaid, por que para Wach o objeto do processo repousava na pretensão à tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*).³²⁶

Sob uma perspectiva um pouco diversa, também Friederich Lent, algum tempo após as cogitações de Wach, não viu na divergência um problema cientificamente real. Partindo o jurista alemão de uma visão meramente acessória dos fatos, classificou a temática da identificação das demandas, a partir das teorias das substanciação e da individuação, como algo relativo a um só âmbito de questões.³²⁷ Não haveria, segundo seu pensamento, duas concepções verdadeiramente contrapostas a respeito do objeto do processo, mas duas vertentes hermenêuticas diversas acerca do mesmo problema.

Lent se aproxima do pensamento de Wach quando elege o Direito como causa primeira ao desígnio caracterizatório da demanda, e o faz, à semelhança de seu conterrâneo, ligando o problema da identificação ao objeto litigioso do processo, não como o Direito material como tal, mas como “l’affermazione di un diritto da parte dell’attore”.³²⁸

Essas cogitações seriam compatíveis, particularmente, com os direitos absolutos, porque, ao revés dos fatos, neste campo “la deduzione del loro contenuto e del loro oggetto è sufficiente per distinguerli univocamente da tutti gli altri diritto pensabili”.³²⁹

³²⁴ **Oralidad y escritura:** conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana. Trad. Ernesto Krotoshin. Buenos Aires: Ejea, 1958, p. 34. O pensamento de Wach é coerente com o sistema de sua época, em boa medida porque a ZPO, ao tempo que em que inaugurara uma nova metodologia procedimental, atenuara um sistema rígido de preclusões que tão caracteristicamente havia marcado o antigo Direito dos povos germânicos, atenuando com grande intensidade o princípio da eventualidade, já agora relegado a categoria relativa. (CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: **Saggi di diritto processuale civil**, Milano: Giuffrè, vol. 1, 1993, p. 181).

³²⁵ WASH, op. cit., p. 34.

³²⁶ **Estudos e pareceres de direito processual civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

³²⁷ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto.** Torino: UTET, 1980, p. 49.

³²⁸ Contributo alla dottrina dell’oggetto del proceso. Trad. C. Mandriolli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. n. 4, 1953, p. 434.

³²⁹ No mais, como de resto já pregavam os demais adeptos da individuação, a importância da identificação do Direito pelos fatos revelar-se-ia de curial importância. O próprio Lent deixa isso claro, por exemplo, quando assevera a importância dessa narração nas ações constitutivas: “Il diritto alla costituzione di una situazione giuridica deve essere motivato affinché sia chiaro di quale diritto di costituzione si tratti”. Também nas ações de natureza condenatória: “Una pretesa al pagamento può derivare da diversi motivi [...] perciò una equivoca determinazione della pretesa sostanziale affermata richiede la deduzione del motivo”. (LENT, op. cit., loc. cit.).

Essas resumidas considerações, ao tempo em que lançam luzes para a pertinência da adoção do conceito de objeto litigioso do processo como critério válido à identificação das demandas, investem à necessidade de se aprimorar o seu estudo.

A dogmatização do instituto, particularmente na doutrina alemã do início do século XX, revestiu-se de significação plúrima e de variável inconstante quanto ao conteúdo, a exigir, como condição inevitável à sua compreensão, uma averiguação de categorias processuais hoje já pressupostas.

2.2.1.1 O objeto litigioso do processo e a sistematização de categorias jurídicas – mais uma contribuição alemã

Segundo pondera José Rogério Cruz e Tucci, após a superação, na Alemanha, da questão referente ao conceito de ação,³³⁰ o interesse dos juristas centrou-se na caracterização do elemento nuclear do processo civil, sobretudo a partir da concepção que deveria se atribuir ao termo *Anspruch* e sua relação com o objeto litigioso do processo.³³¹

A diversidade de tratamentos que se logrou verificar de início derivou, em primeiro lugar, do uso indiscriminado da expressão “pretensão”, compreendida, indevidamente, em sintonia à concepção que viria a ser positivada no § 194 do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB).³³² Assim, ainda embebecida de uma indevida confusão com o direito material, parte da doutrina empreendeu validade à ideia de que o objeto litigioso do processo seria, a partir dessa confusão, o próprio Direito material declinado pelo demandante.³³³

É curioso perceber que mesmo antes à vigência do BGB, Bernhard Windscheid – a quem o Código Civil alemão viria, tempos depois, a render homenagem com o acolhimento de sua teoria sobre a noção de pretensão³³⁴ – propôs-se justamente a demonstrar, na conhecida

³³⁰ Sobre a célebre divergência envolvendo Windscheid e Müther, e a importância que esse debate assumiu para a compreensão da “ação processual”, consultar Araken de Assis (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 57-60).

³³¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.

³³² Segundo James Goldschmidt, a impropriedade era manifesta porque o termo “pretensão” descrito na ZPO atinava a um direito pretendido, enquanto que aquele aventado no BGB, um direito efetivamente existente. (**Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 246).

³³³ SCHWAB, Karl Heinz. **La teoria dell’oggetto del processo nell’attuale dottrina tedesca**. Studi in onore di Antonio Segni. vol. 4. Milano: Giuffrè, 1967, p. 315.

³³⁴ Como assevera José Marcos Rodrigues Vieira, citando obra de Pugliese: “No campo do direito civil e processual a mais afortunada, senão a mais feliz, a doutrina de WINDSCHEID foi a da ‘pretensão’ (*Anspruch*). A densa manifestação de elucubrações germânicas e depois também italianas sobre esse ambíguo conceito

contenda que tivera com Theodor Muther, que essa categoria jurídica – a faculdade de impor a própria vontade em juízo – correspondia em realidade a uma situação jurídica substancial, totalmente distinta da ação e do direito subjetivo.³³⁵

Seu adversário, cujo mérito repousara no estabelecimento da compreensão, no que tocava à ação, de que tal se relacionava ao direito público de demandar, também não lograra êxito em dissuadir os adeptos da teoria material do objeto litigioso do processo.

De fato, foi só a partir da seminal obra de Oskar von Büllow, em 1868, com a sistematização da relação jurídica processual, compreendida como de natureza pública e destacada da situação material, é que a ação e outras categorias jurídicas ganharam um colorido diferente a partir de um concepção verdadeiramente processual.

Já bem próximo ao início do século XX, então, a partir dessa dualidade de pensamentos, duas concepções lograram destaque a respeito do objeto litigioso do processo: a primeira delas atribuía ao conceito de pretensão uma visão material, semelhante àquela descrita no § 194 do BGB (*Materiellrechtlich Anspruch*), e assumia um sentido semelhante à expressão contida no § 230 da ZPO,³³⁶ e outra que lhe atribuía um sentido essencialmente processual.³³⁷

A partir desta última perspectiva processual, em particular, restaria inevitável investigar quais elementos a comporiam, porque uma gama imensa de questões, sobretudo relacionadas às temáticas da cumulação de demandas, litispendência e coisa julgada – apenas para citar as mais relevantes – estariam com ela em ligação direta de dependência.³³⁸

encontra seu ponto de partida nas poucas frases que lhe dedicou WINDSCHEID ao contemplar na pretensão o equivalente moderno da ‘actio’ e pela primeira vez a delineou como situação jurídica substancial, nitidamente distinta da ação em sentido processual e não identificável, por outra parte, com o direito subjetivo, do qual teria representado melhor uma emanção. Doutrina que o próprio WINDSCHEID reelaborou, modificando-a nas ‘Pandectas’ e que alcançou seu apogeu com a explícita formulação legislativa (§ 194 do Código Civil Alemão”. (A singularidade interruptiva da prescrição civil. In: DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord. e co-autores). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 103).

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Direito e processo. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 66.

³³⁶ HABSCHIED, Walter. L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. In: **Rivista di diritto processuale Civile**, Padova: Cedam, vol. 35, n. 3, 1980, p. 456.

³³⁷ Como pondera José Rogério Cruz e Tucci: “Essa concepção processual tem início, segundo De Stefano, a partir do momento em que se passa a falar pura e simplesmente de pretensão, em senso totalmente diverso da notória construção de Windscheid, para se referir a todas as espécies de ação. Em definitivo, o termo *Streitgegenstand* passou a ser empregado na doutrina alemã para identificar algo meramente afirmado, um simples conteúdo hipotético, cuja única utilidade consiste em definir o objeto da discussão e da decisão, sem qualquer alusão direta à situação de direito substancial” (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 94).

³³⁸ TARZIA, Giuseppe. Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Milano: Vita e Pensiero, n. 2, 1956, p. 266. Ao atribuir ao objeto litigioso do processo o conceito de “mérito”, também Cândido Rangel Dinamarco ressaltou essa preocupação: “Assim é o objeto do processo, que se coloca diante do juiz, à espera do provimento que ele proferirá afinal. Por objeto do

A tarefa, por certo, não se compreende como das mais singelas, porque, como pondera Elício de Cresci Sobrinho, várias teorias retornaram ao tema, guardando ora particularidades muito bem definidas, ora indicando pontos comuns que fazem supor inadequada uma particularização de ideias.³³⁹

De plano, uma advertência se impõe. É preciso que se diga, ao contrário do que sustentaram alguns de seus intérpretes, que a doutrina de Lent não identificou o objeto litigioso do processo com um conceito de direito material. Uma indevida atribuição de sentido ao que o jurista chamou de “consequência jurídica material” foi o ponto central da confusão, esquecendo-se os críticos de lembrar que, para o jurista, essa consequência decorria, em todo caso, de uma simples afirmação de direito.³⁴⁰

Para esse autor – e para tantos outros que na sequência viriam a seguir suas ideias – embora o objeto litigioso do processo tivesse em perspectiva uma projeção material, afirmada *in status assertionis* pelo autor no ato introdutório da demanda, nem por isso deixou ele de reconhecer nesta categoria um sentido essencialmente processual.

processo designa-se o conteúdo deste, posto diante do juiz através do ato de iniciativa. Ele é, afinal, a *res in judicium deducta*, da linguagem tradicional. É sobre ele que o juiz se considera autorizado e obrigado a pronunciar-se (vedado o *non liquet* – CPC, art. 126) e sua identificação mostra-se relevante não só para a já aludida delimitação do provimento, como também em relação a outros institutos processuais, como a litispendência, coisa julgada (v. CPC, art. 301, §§ 1º-3º), prejudicialidade, ação declaratória incidental, alteração e cúmulo de demandas”. E, à frente, adiciona ser imprescindível a esta tarefa uma exata compreensão também do que venha a ser o “mérito”: “De tudo quanto se disse é fácil inferir também que o objeto do processo é, em outras palavras, o mérito da causa (*meritum causae*). Confrontando-se a linguagem tradicional, que fala no mérito, com a dos processualistas interessados em investigações acerca do objeto do processo, ver-se-á que o problema é um só, e a busca do conceito deste outra coisa não é senão a busca do conceito de mérito”. (O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 305-306). Ainda na mesma tônica, Enrico Tullio Liebman (O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017).

³³⁹ Objeto litigioso: de Lent a Habscheid e Jauernig (breve estudo em homenagem a Jacy de Assis). In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, v. 19, 1979, p. 114.

³⁴⁰ “Para Lent-Jauernig, a sentença recairá sobre o pedido e, necessariamente, sobre a afirmação de direito e ‘sobre a consequência jurídica material’, que o A. afirma. Segundo os mesmo processualistas (sendo que depois da morte de Lent, Jauernig é seu sucessor), o Tribunal somente decidirá sobre o ‘fundo’ se já examinou a existência ou inexistência do direito material. Na sentença declaratória, isso mostra-se no exame do pedido e, em al exame, a existência ou inexistência do direito material. De qualquer forma, para Lent-Jauernig, é preciso existir sempre uma afirmação de direito, aliando-se à necessidade da individualização do objeto litigioso. Quando Habscheid estudou a doutrina de Lent, disse que, para este, o ponto central, no exame do objeto litigioso, era de direito material, muito embora facilmente reconheça que Lent não havia identificado o direito material com o objeto litigioso, dizendo Habscheid que o conceito de pretensão processual elaborado por Lent, estreitamente, ao direito material. Na verdade, na teoria de Lent, o objeto litigioso não é a pretensão material do § 194 do BGB alemão. Daí porque não se pode dizer que o conceito de objeto litigioso, em Lent, seja de direito material. Para Lent, o objeto do litígio é a afirmação (BEHAUPTUNG) de um direito ou de uma relação jurídica.” (ibid., p. 115-116)

E a prova viva da autenticidade dessa última premissa resulta que, para o jurista alemão, o reconhecido pelo juiz, na sentença, da inexistência da relação material invocada não correspondia ao reconhecimento de que o processo, em realidade, acabara por se desenvolver sem objeto.³⁴¹

Embora de todas, essa tenha sido a teoria que mais logrou aproximação com o direito material, não se pode negar o valor científico que as ideias projetaram não só para o tracejamento da definição do objeto litigioso do processo – o que será visto na sequência em paralelo às demais teorias –, mas também para institutos afins, como a definição da ação processual.³⁴²

2.2.1.1.1 *O objeto litigioso do processo como sinônimo de afirmação jurídica (Rechtsbehauptung)*

A identificação do objeto litigioso do processo como sinônimo de afirmação jurídica conheceu em Friedrich Lent seu principal expoente. Como salientado, o processualista alemão atribuiu a sua doutrina um inequívoco componente processual, afastando, pois, do conceito de pretensão insculpido no § 194 do BGB o cerne do processo, muito embora estivesse em vinculação assertiva direta a um direito substancial.³⁴³

Abandonando a ideia, de resto cultuada pela doutrina materialista, de que o objeto litigioso do processo consistia no próprio direito invocado pelo autor, seu pensamento centrou atenção, ao contrário, na afirmação da existência de um direito ou de uma relação jurídica (*Rechtsbehauptung*).³⁴⁴ Em síntese, para Lent o objeto litigioso do processo não seria um direito efetivamente existente, mas a dedução de um “direito alegado”.³⁴⁵

³⁴¹ SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968, p. 6.

³⁴² Com efeito, pode-se afirmar com alguma segurança que esse pensamento estava, de alguma forma, presente na obra de Adolf Wach sobre a ação processual. Ao proceder a uma relativa cisão entre Direito e ação, e ao vincular o objeto litigioso do processo a uma exigibilidade de tutela processual, embora de natureza concreta, os pensamentos, de alguma forma, se encontram, particularmente se levada em conta a definição de ação por Wach, como “la pretensión de tutela jurídica es un medio para lograr la finalidad del derecho material, no ese derecho mismo, ni tampoco su ‘funcion’, ni el lado publicístico del derecho subjetivo, su inmanete coercibilidad, que suele llamar-se accionabilidad, derecho de acionar, derecho accionable (...)”. (**Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1977, p. 43).

³⁴³ SOBRINHO, Elício de Cresci. Objeto litigioso: de Lent a Habscheid e Jauernig (breve estudo em homenagem a Jacy de Assis). In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, v. 19, 1979, p. 115.

³⁴⁴ SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968, p. 13.

³⁴⁵ Daí, pois, a explicação para a afirmação de que, “così si può precisare se sia sufficiente l’affermazione della specie del diritto affermato, e così del suo contenuto e del suo oggetto o se debba essere dedotto anche il suo fatto

A função estritamente referencial do direito substancial, pois, fica clara em sua obra quando assevera que a rejeição da demanda, vale dizer, a negação do direito alegado na sentença, não significava uma ausência de objeto em relação ao processo, limitado, como se disse, a uma mera dedução.

Tocava ao autor, neste desiderato, um papel fundamental. Se a importância da identificação do objeto centrava-se na afirmação de um direito, era tarefa do demandante laborar para que a indicação da relação jurídica suscetível de tutela fosse adequadamente descrita, no desiderato de que pudesse, assim, se diferenciar de qualquer outra.³⁴⁶ E isso deveria ocorrer já no momento da propositura da demanda.³⁴⁷

Entendendo que a definição da relação jurídica demandava complementações, além, portanto, do fato constitutivo que a teria feito nascer, Lent focou importância também no elemento do pedido. Para o processualista, o pedido deduzido na inicial laboraria, igualmente, para a identificar objeto do processo, mormente em relação ao seu conteúdo.³⁴⁸

Ambos os elementos – pedido e fato constitutivo – empreenderiam em conjunto, assim, para esse propósito cognitivo, uma vez que “l’indicazione del contenuto della pretesa affermata (...) non basta per precisare di quale pretesa si tratti, dal momento che pretese di pagamento possono sorgere per i più svariati motivi”.³⁴⁹ Com essa passagem, direcionada em particular às ações relativas, Lent expõe a importância dos fatos para a identificação do objeto litigioso, o que não viria a suceder, ao menos com a mesma intensidade, nas ações envolvendo direitos absolutos, em especial naquelas em que o autor pretendesse o reconhecimento do domínio.³⁵⁰

A simbiose entre o pedido formulado e os “motivos” invocados pelo autor no ato introdutório da demanda moveria o processo até seu remate pelo juiz, com a declaração de que o direito então deduzido, às luz daqueles elementos, efetivamente existira ou, ao contrário, não passara de mera cogitação de autor.

constitutivo”. (LENT, Friederich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del proceso. Trad. C. Mandriolli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. n. 4, 1953, p. 434).

³⁴⁶ Assevera Lent que “(...) l’individuazione deve essere sempre compiuta. Prima di ogni decisione sul merito bisogna che risulti di quale diritto si tratta nel processo, poichè è da escludere che una sentenza possa lasciare dubbi su quale concreto diritto abbia deciso”. (Contributo alla dottrina dell’oggetto del proceso. Trad. C. Mandriolli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. n. 4, 1953, p. 438).

³⁴⁷ Ibid., p. 433.

³⁴⁸ Contributo alla dottrina dell’oggetto del proceso. Trad. C. Mandriolli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. n. 4, 1953, p. 434.

³⁴⁹ Ibid., loc. cit.

³⁵⁰ Em que pese a aparente tomada de posição em favor da teoria da individuação, é curioso perceber que o próprio Lent deixa clara a sua intenção de não tomar parte na controvérsia (ibid., p. 435).

Como de resto já seguira, em sua maioria, a doutrina alemã – e também todas as demais que viriam a se filiar à teoria da individuação –, Lent também empreendeu atenção ao tipo de direito alegado na tarefa de adequadamente identificar o correspondente objeto litigioso.

Além das demandas de natureza condenatória – sempre dependentes da indicação dos fatos constitutivos, porque uma mesma prestação poderia ter mais de uma causa hábil e suficiente –, igualmente as demandas de natureza constitutiva demandariam do autor uma correta exposição dos motivos ou do estado de fato. A razão, segundo ele, seria a circunstância de que a desconstituição de determinada relação jurídica pode encontrar assento em mais uma causa suficiente. Além disso, a exposição de fatos e a indicação do pedido mostrariam ao juiz qual seria, efetivamente, a relação jurídica passível de modificação.³⁵¹

Em que pese essa dupla exigência ser dirigida ao autor – a ser efetivada, reitere-se, já no ato de propositura da demanda –, Lent vê uma clara diversidade de tratamentos em relação a cada desses elementos. A dedução jurídica feita pelo demandante – em realidade, como reconhece, o próprio objeto litigioso do processo – exigiria, além de uma perfeita individuação quanto aos fatos, uma impecável correlação entre estes mesmos fatos e a relação jurídica deduzida e afirmada pelo autor como merecedora de proteção.³⁵²

O ofício cometido às partes – e mais particularmente ao autor enquanto agente que dá direção aos rumos do processo, no desempenho da individuação da demanda –, afetaria o juiz de uma maneira bastante dissímil.

Em suma, Lent deixa clara a necessidade de haver, entre os fatos jurídicos tidos como a causa do direito deduzido e o pedido formulado, uma completa e verdadeira relação de causalidade, ausente a qual não estaria o juiz autorizado, sob de alterar a próprio demanda, vir a corrigi-la segundo o ponto de vista que melhor lhe parecesse. Essa, acrescenta, seria uma tarefa exclusiva da parte.³⁵³

³⁵¹ Em referência particular às demandas de feição constitutiva, Lent reconhece, explicitamente, a importância das circunstâncias de fato para identificação do objeto litigioso, como se extrai desta passagem: “(...) alla decisione del giudice non viene sottoposta una circostanza di fatto, un evento della vita (...), ma viene sottoposta invece una deduzione giuridica che dalla circostanza di fatto – e mai soltanto da quella – viene solo individuata”. (Contributo alla dottrina dell’oggetto del proceso. Trad. C. Mandriolli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. n. 4, 1953, p. 469).

³⁵² “Quando si parla della necessaria individuazione della deduzione giuridica, si deve intimamente distinguere tra individuazione e qualificazione o classificazione giuridica di una deduzione. I due concetti stanno su piani diversi. Quello serve all’univoca determinazione di un diritto concreto, per esempio, di una concreta pretesa, che alla classificazione giuridica, e cioè alla determinazione della forma, del tipo di diritto al quale appartiene la pretesa individuata”. (ibid., p. 438).

³⁵³ Ibid., loc. cit.

Ao contrário, estaria o juiz complemente desobrigado de seguir uma classificação jurídica que lhe parecesse inadequada. Como assevera, o nome jurídico dado à relação jurídica não passaria de uma mera opinião da parte, algo que por não apresentar importância maior, poderia, sem qualquer risco à alteração da demanda, ser devida e oportunamente corrigido juiz.³⁵⁴ Estavam lançadas aqui, bem se vê, as regras para a compreensão contemporânea do *iura novit curia*.

Para Lent, em resumo, a identificação do objeto litigioso do processo demandaria essa correta identificação da relação jurídica, quer pelos fatos, quer pela correta formulação do pedido.³⁵⁵

Outro prestigiado processualista tedesco, Arthur Nikisch, procurou explicar a natureza do *Streitgegenstand* por um viés semelhante.³⁵⁶ Escrevendo após a reforma da ZPO de 1933, também encontrou na simples afirmação jurídica de um direito a essência da ação.³⁵⁷ À semelhança de Lent, Nikisch compreendia de imperiosa pertinência a perfeita exposição dos fatos constitutivos pelo autor.

Seguindo também uma orientação afeita à individualização, procurou destacar que a identificação da relação jurídica pela narração dos “episódios da vida” não representava um ônus demasiadamente pesado nas ações reais, onde a descrição da respectiva situação subjetiva era suficiente a revelar o conteúdo do direito controvertido.³⁵⁸

Parte significativa da doutrina encontrou entre Lent e Nikisch uma discordância que, em essência, parece de importância diminuta; embora também Nikisch enxergasse valor na descrição do “episódio da vida” narrado pelo autor – talvez em escala ainda mais acentuada que o próprio Lent³⁵⁹ –, o confronto de pensamento, diz Karl Heinz Schwab, despertou

³⁵⁴ “La classificazione giuridica invece significa un’applicazione di norme di diritto oggettivo, pressuppone delle cognizioni giuridiche, e poichè queste ultime non sono richieste alle parti, non è loro compito, ma compito del giudice. Questo può assumere la classificazione giuridica secondo la sua opinione, senza essere legato alla volontà delle parti”. (Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo. Trad. C. Mandrioli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. n. 4, 1953, p. 438).

³⁵⁵ Como afirmado, a obra de Lent, se não totalmente deturpada, passou por intervenções importantes que parecem não corresponder à essência de seu pensamento. Neste quadro, não parece correto afirmar, como fez Augusto Cerino Canova (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 52), que Lent tenha pretendido afirmar, sobretudo pela aparente predileção à teoria da individualização, que no concurso de responsabilidades – contratual e extracontratual – haveria verdadeiro concurso de pretensões.

³⁵⁶ NIKISCH, Arthur. **Der Streitgegenstand im Zivilprozess**. Tübingen: Mohr, 1935, p. 14.

³⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 97.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 98.

³⁵⁹ Assim, por exemplo, compreende Augusto Cerino Canova (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 55).

atenção para que a afirmação jurídica passasse a focar relevância, não tanto em relação à afirmação de um direito, mas particularmente na afirmação pelo pedido (*Begehren*).³⁶⁰

A contribuição de Nikisch, embora assentada em bases realmente diversas, proporcionou a criação de ambiente salutar ao desenvolvimento de tantas outras teorias que focaram a atenção, a partir de então, na identificação do objeto litigioso do processo como o resultado de um divórcio entre pedido e causa de pedir.

2.2.1.1.2 O objeto litigioso do processo como identificação do pedido (*Antrag*)

Uma outra perspectiva de identificação do objeto litigioso do processo, deveras diversa daquela que o ligava a uma afirmação de direito ou de relação jurídica, focou atenção no pedido formulado pelo autor.

Em realidade, pode-se admitir que em comum à teoria anterior – reconhecida como uma tentativa bem-sucedida de realçar o componente processual do objeto litigioso do processo – restou apenas o ideal, aqui alçado a níveis quase obsessivos, de expurgar daquele conceito uma mínima vinculação que fosse a ideais concretistas.³⁶¹

A gênese dessa teoria, de início bastante circunscrita, teve lastro em um escrito de Bötticher (*Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess*) sobre a natureza do objeto litigioso do processo nos “juízos matrimoniais”.³⁶² Neste trabalho, o jurista diz ser apenas o pedido de divórcio o real objeto do processo, refutando por completo qualquer importância conferida aos motivos ou aos fatos constitutivos que dariam, na visão do autor, amparo ao pedido de tutela formulado.³⁶³

Em suma, duas razões contribuiriam para isso: em primeiro lugar, a extrema dificuldade de precisar a noção de fato constitutivo (*Lebensvorgang*) que, com o pedido, teria expressão para determinar apenas o objeto da controvérsia. Além disso, a observação de que no caso de direitos concorrentes, originários de diferentes eventos históricos, haveria uma pluralidade de objetos do processo que poderiam ser obtidos apenas uma única vez pelo autor,

³⁶⁰ **El objeto litigioso en el proceso civil.** Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968, p. 59-70.

³⁶¹ Segundo Sergio Menchini, tal teoria “(...) propone una nozione di oggetto del processo del tutto sganciata non soltanto dal diritto sostanziale, ma anche da *Sachverhalt*. Oggetto della controversia è l’*Anspruch* processuale, per la determinazione del quale ha valore decisivo il *Begehren* dell’attore; perciò, ‘oggetto del giudizio è il *Begehren* della decisione del giudice, indicata nel *Klageantrag*’”. (**I limiti oggettivi del giudicato civile.** Milano: Giuffrè, 1987, p. 38).

³⁶² *Ibid.*, p. 37.

³⁶³ BÖTTICHER, Eduard. **Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess.** Beiträge zum Zivilprozessrecht. Festgabe zum Siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenber. München: Beck’sche, 1949, p. 73.

constituiria um problema de difícil resolução, com reflexos diretos na questão relativa ao cúmulo de ações.³⁶⁴

Assim, o núcleo da lide ficaria reduzido ao pedido correspondente à pretensão formulada, valorada não pelos fundamentos, mas pelos respectivos escopos. Isso, por certo, contribuiu decisivamente para o fortalecimento do componente relativo à estabilidade da decisão judicial. A existência de uma pluralidade de fatos constitutivos, todos eles capazes de, por si, ensejar a consequência postulada pelo autor, não comprometeria seu caráter unitário, fazendo com que a coisa julgada alcançasse todos os fatos possíveis, ainda que não efetivamente deduzidos no ato introdutório da demanda.³⁶⁵

De uma visão reducionista, limitada às ações matrimoniais, Karl Heinz Schwab, eminente processualista que tanto prestígio viria a assumir,³⁶⁶ projetou-a a níveis superlativos. Em obra que viria a ser tornar clássica, procurando demonstrar que o pedido, em qualquer circunstância, deveria erigir-se como o único critério seguro à identificação do objeto litigioso do processo, reconheceu sua estruturação eminentemente processual, dissociada de qualquer componente relativo ao Direito material.

Dando destaque relativo aos fundamentos – cuja multiplicidade não ensejaria uma pluralidade de demandas –³⁶⁷, que formaria um singelo apanhado de razões sobre os quais as partes se debruçariam para chegar ao verdadeiro alvo do processo, Schwab afirma que o pedido seria a essência a se refletir no ato decisório final do juiz, porque quem instaura um processo tem inegável interesse em que o juiz acolha a demanda.³⁶⁸

³⁶⁴ MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 37.

³⁶⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

³⁶⁶ Inclusive no Brasil, como bem o reconhece Ovídio A. Baptista da Silva, segundo quem sua doutrina teria inspirado a construção, em solo nacional, da corrente compreensão acerca dos limites objetivos da coisa julgada e, por consequência, da eficácia preclusiva da coisa julgada. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 134).

³⁶⁷ “La solicitud ocupa pues el lugar clave en el litigio. Las partes litigan sobre el fundamento de esa solicitud. Si la solicitudes son varias, habrá pluralidad de objetos litigiosos. Si el actor la modifica, modifica también su demanda (...). Por consiguiente, sería muy natural definir el objeto litigioso como la solicitud del actor de que se dicte una sentencia descrita en esa solicitud.”(SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968, p. 143).

³⁶⁸ Em adiantada resposta à crítica que lhe fora feita por conta do exagerado desprezo aos fundamentos, é preciso reconhecer, como fez Ovídio A. Baptista da Silva, que o fato de Schwab ter reconhecido como irrelevantes os fundamentos para a identificação do objeto litigioso do processo, não significa afirmar que para o processualista eles não tivessem função alguma. Segundo o saudoso processualista gaúcho: “Para a doutrina de Schwab, que nos parece na essência correta e conforme à nossa lei – ao contrário do que seguidamente imaginavam seus opositores – não é o pedido só que importa, mas o pedido convenientemente interpretado (p. 243). E para interpretá-lo, diz o processualista de Nüremberg, deve recorrer-se aos fatos, ou ao que ele denomina ‘estado de coisas’, que abrange fatos e relações jurídicas deduzidas ou deduzíveis (...). Ainda que o pedido ocupe o lugar de destaque no litígio, as partes litigam sobre o fundamento do pedido”. (Limites objetivos da coisa julgada no atual

Por consequência, para o seu pensamento, a identidade de causas repousaria na similaridade de pedidos, ainda que em dois processos fossem aventados diferentes e diversos fatos constitutivos como fundamento da demanda.³⁶⁹ Em nenhuma hipótese, argumenta, a pluralidade de causas de pedir poderia assumir, dentro do processo, protagonismo na constituição de um autêntico cúmulo de demandas, tampouco a declinação, em processos diversos, de diferentes fatos constitutivos conduziria à conclusão de que, em realidade, de duas demandas diversas se estaria a tratar.³⁷⁰

É bem visível na obra de Schwab a placidez em aplicar esse entendimento a toda e qualquer espécie de demanda. Rompendo com uma tradição que inspirava até mesmo os adeptos da teoria da individuação, o processualista não via qualquer inconveniente em reconhecer o pedido como a essência do objeto litigioso do processo, ainda que em ações envolvendo direito relativo.

É bem verdade, no entanto, que neste campo os fatos constitutivos assumiriam função diversa, não como critério para o estabelecimento da natureza do objeto – o que ele refutava peremptoriamente –, mas como destacado soldado ativo a determinar, com exatidão, o pedido em si.³⁷¹

Conquanto referendada por um sem número de adeptos, o pensamento de Schwab foi alvo de pesada censura. Seus opositores não teriam perdoado o papel de menor importância que o jurista alemão destacara aos fatos constitutivos e, sobretudo, às observações que a partir daí cogitara a respeito dos limites objetivos da coisa julgada. Neste último caso, sem articular com muita precisão as razões de uma glosa que parece, pois, inadequada, Giuseppe Tarzia

direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 134-135).

³⁶⁹ TARZIA. Giuseppe. Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Milano: Vita e Pensiero, n. 2, 1956, p. 113.

³⁷⁰ Como refere Sergio Menchini, "(...) in tale modo, le varie ipotesi di concorso di diritti ricevono un trattamento uniforme, giacché si ha identità di oggetto del processo non soltanto nel caso di più pretese sostanziali di uguale contenuto, nascenti da un único accadimento storico, ma anche nelle ipotesi di più diritto concorrenti, generati da fatti diversi; d'altro canto, resta ferma la diversità di pretese processual, quando i più diritti non siano in concorso e ciascuno di essi debba essere autonomamente adempiuto". (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 39).

³⁷¹ Como chegou a afirmar, "(...) solo en alguns casos el estado de cosas expuesto com fines de fundamentación sirve para individualizar, pero nunca con la consecuencia de convertir el estado de cosas en elemento de objeto litigioso" (SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968, p. 251). Reforçando essa característica de seu pensamento, ressalta Sergio Menchini que "tuttavia, se sai chiesta la condanna ad una prestazione generica, specie pecuniaria, ovvero l'accertamento del relativo credito, è indispensabile ricorrere al fatto costitutivo, per identificar ela richiesta. Anche in questi casi, però, il fatto ha valore esclusivamente per l'individuazione dell'Antrag, mentre non è elemento integrante il concetto di oggetto del processo; infatti, non in regione del mero mutamento del *Sachverhalt* varia lo *Streitgegenstand*, bensì soltanto se all'allegazione di un fatto diferente corrisponda realmente um diverso *petitum*; il che non sempre accade". (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 38-39).

sustenta que Schwab caíra em contradição ao admitir que a coisa julgada teria aptidão de atingir ação fundada em fato constitutivo diverso quando formulado o mesmo pedido em demanda diversa. Para o processualista italiano, ao assim fazer, Schwab teria, implicitamente e a contragosto, admitido que também eles, os fatos constitutivos, seriam da substância do objeto litigioso do processo.³⁷²

Outra ordem de críticas centrou-se em torno do elevado grau de abstração que a doutrina Schwab teria admitido para a determinação da extensão do objeto litigioso do processo. Ao conduzir sua teoria a uma radical cisão entre processo e Direito material, o jurista alemão teria, na visão de seus críticos, olvidado da importância que o chamado “estado de coisas” espargue ao fenômeno jurídico.³⁷³ Pretendendo, de forma definitiva, solucionar o problema do concurso de demandas, uma visão centrada apenas em categorias processuais teria frustrado seu objetivo.³⁷⁴

Se puderam ter o mérito de realçar uma exacerbada conotação processual – que, em algum momento possa, efetivamente, ter conduzido o jurista alemão a se valer de subterfúgios com alguma artificialidade para garantir a validade de sua doutrina –, é evidente que as críticas lançadas à teoria de Schwab, no entanto, de modo algum retiraram a validade e a pertinência do pensamento.³⁷⁵

³⁷² Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Milano: Vita e Pensiero, n. 2, 1956, p. 118-119.

³⁷³ VILLATA, Riccardo. **L'esecuzione delle decisione del Consiglio di Stato**. Milano: Giuffrè, 1971, p. 423-424.

³⁷⁴ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 59.

³⁷⁵ Ao confrontar a teoria de Carnelutti sobre o protagonismo da “lide” no assunto relacionado à identificação do objeto litigioso, e a insuficiência da teoria que a vincula a uma mera alegação de direito, Enrico Tullio Liebman reconhece a validade da teoria de Schwab, quando aduz: “A afirmação corrente, segundo a qual objeto do processo seria a relação jurídica controversa, evidentemente não satisfaz, porque é o processo que deve averiguar se esta relação existe ou não: ela pode não existir; onde está então o objeto? E se, para contornar esse argumento, se diz que objeto do processo é a *afirmação* da existência duma relação jurídica, dá-se uma definição que não serve para o processo de execução e, em todo caso, é muito vaga e não permite ir além da simples superfície do fenômeno estudado. Não pode haver dúvida que Carnelutti penetrou mais profundamente do que qualquer outro pesquisador anterior na realidade desse fenômeno, quando assinalou o objeto do processo nos interesses contraditórios das partes. Mas, como vimos, seus resultados devem ser parcialmente modificados e completados para integrá-los numa visão do processo metodologicamente mais correta e também para harmonizá-los com o próprio direito positivo. As observações que fizemos acima indicam o papel decisivo que desempenha o pedido do autor na determinação do objeto do processo. A razão é fácil de explicar: o pedido do autor é o objeto do processo. É ele manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado. Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar a tal pedido o devido seguimento, de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir os atos com que atende ao mencionado pedido”. (O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 6. Disponível em: <[http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f01000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 16 dez. 2017).

Seja como for, se as conclusões a que chegou o jurista alemão – ao excluir por completo a importância “do estado de coisas” para a identificação do objeto litigioso do processo – possam, de fato, ter assumido algum grau de contradição em relação à integridade e coerência das premissas que constituíram sua doutrina, não são elas de modo algum incompassíveis, no entanto, com a noção alargada que conferiu e idealizou aos limites objetivos da coisa julgada.

Nestes domínios, como ressalta Araken de Assis ao tratar particularmente da experiência brasileira, a conformação que se atribuiu, não raras vezes, assume uma feição bastante singular, terminando por se divorciar da conformação que se pretenda atribuir ao objeto litigioso.³⁷⁶

2.2.1.1.3 O objeto litigioso do processo compreendido como a fusão do pedido (Antrag) com a causa de pedir (Sachverhalt). A relevância dos “episódios da vida”.

Também sob um viés essencialmente processual,³⁷⁷ Walther Habscheid, outro destacado jurista alemão, procurou a essência do objeto litigioso do processo ao formular, a partir de uma interpretação do comando contido no § 253, 2, da ZPO, uma doutrina que em substância viria a se distanciar do pensamento de Schwab.

Sob a compreensão de que este havia levado às últimas consequências seu ideal abstratista, sem correspondência, pois, no direito positivo alemão,³⁷⁸ escreveu em conhecida obra que uma exata definição do objeto litigioso do processo não prescindiria da atuação fundamental dos fundamentos – em realidade, dos fatos constitutivos – em torno daquilo que nominou de “episódio da vida” (*Lebenssachverhalt*).³⁷⁹

³⁷⁶ Embora reconheça que de todas as teorias expostas à luz, a de Schwab é a que se mostra absolutamente inconciliável com a disciplina legal vigente no Direito nacional, o prestigiado processualista gaúcho faz uma importante ressalva: “Em um ponto isolado, no entanto, a extensão do objeto litigioso, enquanto conceito unitário, escapa das raias rigorosas que lhe permitem, em tese, abranger os institutos apontados (cumulação, modificação da demanda, litispendência e coisa julgada). É que, no direito brasileiro, este último instituto, a coisa julgada, assume feição muito peculiar, terminando por extravasar os lindes do objeto litigioso ou – na ordem de idéias aqui defendida, afinada à dicção do art. 301, § 2.º - da ação material. Nenhuma construção unitária, com efeito, do objeto litigioso, de resto plenamente satisfatória aos demais rincões compatíveis ao problema, se compadece da autêntica transformação operada com o trânsito em julgado. Diversas passagens, na identificação da demanda, ressaltarão a dificuldade”. (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106).

³⁷⁷ MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 43.

³⁷⁸ L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. In: **Rivista di diritto processuale Civile**, Padova: Cedam, vol. 35, n. 3, 1980, p. 457.

³⁷⁹ MENCHINI, op. cit., p. 44.

Rompendo, tal como Schwab, com uma tradição em torno do consenso acerca da diferença de tratamento envolvendo as ações de direito absoluto e relativo, Habscheid – agora em contradição a seu compatriota –, defendeu a relevância dos fatos constitutivos para a caracterização do objeto litigioso do processo à ambas, sem distinção.³⁸⁰

Para ele, o *Streitgegenstand* admitia uma decomposição em dois elementos,³⁸¹ quais sejam, a coisa demandada – mais precisamente o objeto da pretensão (*Gegenstand des Anspruches*) – e a causa de pedir, formada pelo estado de fato da vida, que formaria a base da mesma pretensão (*Grund des Anspruches*). Como afirmado, em crítica à Schwab, defendeu que essas ideias encontrariam sustentáculo no direito positivo, e não numa pressuposição que o gênio do legislador deveria considerar com existente *in rerum natura*.³⁸²

Refutando, portanto, a compreensão de Schwab de que os fundamentos teriam aptidão para apenas interpretar o pedido formulado pelo autor, alega que o objeto litigioso, nesse contexto, demandaria a presença de um “episódio da vida” que, a despeito, não se assemelharia a um fato ou conjunto de fatos com correspondência a uma suposta e eventual regra de direito. Segundo compreendida, o autor não teria a obrigação, em conformidade com o pensamento do juiz, de realizar uma exegese do Direito substancial para qualificar os fatos.³⁸³

Deste modo, nesta abstração que nominou de “episódio da vida” – conceito de caráter unitário – poderia estar encerrado um fato, ou, pouco importava, um conjunto de fatos que, a despeito de sua pluralidade, não teria aptidão de infirmar a unidade do episódio e, por conseguinte, do próprio objeto do processo.³⁸⁴

Abandonando, quanto à causa de pedir, um componente substancial, e questionando-se quais fatos deveriam compô-la, Habscheid viu-se diante de um dilema: ou o acontecimento histórico seria caracterizado pelo estado de fato ou, ao contrário, por todos os fatos que constituíam um episódio da vida. Avaliando as alternativas, optou pela segunda opção.³⁸⁵

Essa situação, bem avaliou, não seria passível de alteração pelo arbítrio das partes, em particular do autor. A ele competia mencionar, até a fase apropriada do procedimento, todos

³⁸⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

³⁸¹ Segundo suas próprias palavras: “(...) se consideriamo l’*Anspruch* uguale allo *Streitgegenstant*, cioè all’oggetto del processo, è evidente che ci sono due elementi che lo compongono: Il *Gegenstant*, cioè la ‘cosa’ domandata, e il *Grund*, cioè la ‘causa della domanda’”. (HABSCHEID, op. cit., p. 458).

³⁸² *Ibid.*, loc. cit.

³⁸³ L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. In: *Rivista di diritto processuale Civile*, Padova: Cedam, vol. 35, n. 3, 1980, p. 460.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 461.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 460.

os fatos que, enquadráveis em um “episódio da vida”, dessem amparo a uma pretensão. Olvidada essa circunstância, não poderia o autor voltar a juízo para propor uma nova demanda, porquanto a ela a coisa julgada já decretara barreira.³⁸⁶

A ideia, ao que se deduz, era respaldar uma noção de concentração, a fim de que no mesmo processo pudessem ser dispostas várias pretensões que, ainda que materialmente em decomposição e colocação paralela em estado de concurso, processualmente seriam reconduzidas a uma mesma e única demanda.

Desta forma, segundo bem percebeu Augusto Cerino Canova, ao assim compreender – mas sem olvidar da importância da causa de pedir à identificação da demanda – Habscheid teria encontrado uma solução ao problema que tanto angustiava Schwab. A questão dos limites objetivos da coisa julgada e, pois, da estabilidade da decisão pronunciada pelo juiz, estaria, pois, sob controle quase que absoluto da parte autora.³⁸⁷

Também sob outro aspecto a tese de Habscheid parece ter logrado alcançar um avanço em relação ao pensamento de Schwab. A pertinência da causa de pedir, além de designar um traço característico da demanda, representaria um componente obrigatório ao contraditório, válida não apenas para individualizá-la, mas, sobretudo, para “substanciá-la”, permitindo que o demandado pudesse se defender de fatos que lhe fossem atribuídos, ou sobre os quais tivesse alguma responsabilidade.³⁸⁸

Conquanto a doutrina de Habscheid tenha alcançado extraordinária aceitação tanto na Alemanha³⁸⁹ quanto em outros países, a ponto de ter influenciado claramente a elaboração de tantas ordenações processuais, por certo também não ficou imune a críticas que, sob determinado aspecto, revelaram um dado perigoso de sua tese.

³⁸⁶ L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. In: **Rivista di diritto processuale Civile**, Padova: Cedam, vol. 35, n. 3, 1980, p. 461. Como bem destaca Sergio Menchini, “Habscheid, benché sostenga che gli effetti del giudicato riguardano i soli fatti sottoposti all’esame del giudice e non anche quelli che non siano stati allegati, anche se appartenenti ad un *Lebenssachverhalt* unitario, recupera la coerenza interna del sistema, affermando che i fatti no dedotti, ma già esistenti al tempo del primo processo e riconducibili, ovviamente, allo stesso *Klagegrund*, sono investiti da un effetto preclusivo, il quale, pur non essendo assimilabile all’efficacia del giudicato, impone ugualmente la definizione in rito della domanda. Ne segue che, in forza del combinato operare degli effetti del giudicato e di quelli preclusivi, è impedita una seconda azione, concernente la medesima *Rechtsfolgebehauptung* e basata sullo stesso *Lebensverhältnis*, ed è così mantenuta la corrispondenza tra l’oggetto della controversia e l’oggetto di efficacia della pronuncia”. (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 44-45).

³⁸⁷ **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 60.

³⁸⁸ HABSCHIED, Walter. L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. In: **Rivista di diritto processuale Civile**, Padova: Cedam, vol. 35, n. 3, 1980, p. 461.

³⁸⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106.

Para seus adversários, a largueza exagerada que dera à ideia de causa de pedir, especialmente a partir da visão proporcionada pelos “episódios da vida”, não propiciara um critério seguro e unitário para a determinação do objeto litigioso do processo.³⁹⁰ Dentre vários, Lent parece ter sido aquele que, pela via mais adequada, opusera uma glosa certa à sua doutrina.

Segundo o processualista, a doutrina de Habscheid não tivera a aptidão de, pelo menos, construir critérios de delimitação temporal e espacial em torno da noção de “episódio da vida”, o que comprometeria, irremediavelmente, seu ideal sobre a causa de pedir.³⁹¹ A despeito de pretender proporcionar a construção de um critério seguro, a extrema vagueza dos conceitos com que trabalhou tornaria por acarretar uma perigosa indeterminação da essência da demanda e, por via de consequência, da própria ideia de segurança jurídica, na medida em que os limites objetivos da coisa julgada estariam a depender do critério mais ou menos extenso que se impusesse àqueles critérios.

2.2.2 A identificação da demanda segundo a teoria da ação

A temática da identificação da demanda, que na Alemanha ganhou preponderância a partir da ideia de objeto litigioso do processo, também ocupou a atenção dos juristas à vista de critérios diversos. Outra prestigiosa tendência – que se instalou na Itália pela empresa de consagrados processualistas –, levou em conta a identificação da demanda sob a perspectiva da ação e de seus elementos.³⁹²

Embora estipulada sob ângulo diverso, não se pode argumentar que a tarefa que se desenvolveu no país peninsular a respeito da identificação da ação tenha visado a abordar fenômeno diverso daquele que, por tanto tempo, ocupara a atenção dos juristas alemães.³⁹³

Com efeito, como bem ressalta Cândido Rangel Dinamarco, os juristas tedescos, mesmos os mais contemporâneos, nunca manifestaram apego ao conceito de ação e a sua

³⁹⁰ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 60.

³⁹¹ A esse respeito, disse textualmente Friederich Lent: “L’inità dell’avvenimento esterno non determina l’unità della fattispecie o della circostanza di fatto. Se il diritto processuale accettasse l’unità dell’oggetto de processo sul solo fondamento dell’unità dell’evento esterno, batterebbe una via totalmente diversa da quella de diritto civile”. (Contributo alla dottrina dell’oggetto del proceso. Trad. C. Mandriolli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. n. 4, 1953, p. 467).

³⁹² CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 2. ed. Padova: Cedam, 1943, p. 133.

³⁹³ Consoante argumenta Augusto Cerino Canova, “(...) la nozione di Streitgegenstand trova fondamento in quegli stessi istituti per cui Chiovenda formula la teoria dell’identificazione delle azioni. In Germania come in Italia, quindi, viene proposto un concetto centrale de processo rilevante ai medesimi fini”. (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 70).

colocação metodológica como o centro do sistema, como o fizeram os processualistas latinos que tanta influência acabaram por exercer inclusive aqui, no Brasil.³⁹⁴ Ainda que tivessem dispensado atenção ao objeto litigioso do processo – no intuito de definir a natureza daquilo que se coloca à frente do juiz à espera de resposta –, a forma de abordagem partira sempre de esquemas formais ligados à ação e a seus três conhecidos *eadem*.³⁹⁵

Seria uma enorme injustiça negar que essa forma metodológica de encarar o fenômeno, particularmente na Itália, tenha partido do gênio favorecido de Chiovenda.³⁹⁶ Como oportunamente será visto mais à frente, mesmo as teorias que acabaram por se apartar parcialmente do influxo da ação e de seus elementos para identificar a essência da demanda, acabaram de alguma maneira levando em consideração a plataforma dogmática que fora estabelecida pelo jurista piemontês.³⁹⁷

Desta forma, é impossível não partir da análise da doutrina chiovendiana a respeito do problema da identificação da demanda sob o viés da ação, em particular para que se possa lograr êxito em identificar onde a doutrina sucessiva acabou por infirmá-la.

2.2.2.1 A identificação da demanda segundo a regra dos *tria eadem*

Ao articular sua teoria, Chiovenda partira da premissa elementar – por todos conhecida – de que toda a ação restaria identificada por três elementos, que já no ato introdutório da demanda deveriam ser postos à consideração judicial, vale dizer, as partes, a causa de pedir e o pedido.³⁹⁸

³⁹⁴ O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 334-335.

³⁹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

³⁹⁶ É importante pontuar, de plano, que as primeiras cogitações de Chiovenda a respeito da simbiose entre o objeto litigioso do processo e a noção de ação constituíram um pensamento deturpado que, mais tarde seria por ele mesmo corrigido. Neste sentido, como bem percebeu Cândido Rangel Dinamarco: “(...) a referência à ação e a inclusão desta no conceito do objeto do processo não só expressam essa postura mental diferente da dos arautos do método que faz deste o centro. Como ainda trazem uma impropriedade: como pode a *ação*, como *poder* que é (ou direito público subjetivo, como muitos preferem), ser posta diante do juiz? A ação não é um ato, ela se situa no plano das situações jurídicas. Melhor se expressou o próprio Chiovenda quando associou ao conceito de mérito a *demanda*, que é ato inicial do exercício da ação e não a *ação* em sim mesma. Liebman, sem essa impropriedade, diz que é a ação que ‘configura e fixa o objeto do processo’; e depois fala do objeto do processo ‘identificado através dos três conhecidos elementos dos sujeitos, do petitum e da *causa petendi*’”. (*ibid.*, loc. cit.).

³⁹⁷ Augusto Cerino Canova chega a afirmar, com razão, que “(...) se le deviazioni dall’insegnamento chiovendiano sono importante, e non poche, resta comunque costante ed espresso il riferimento alle idee del Maestro como modello su cui ogni scritto finisce per misurarsi. In tale modo, è la stessa dottrina che impone, come critério per un suo entendimento, una linea continua di sviluppo: la maggiore o più attenuata fedeltà al sistema di Chiovenda”. (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 21).

³⁹⁸ **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 31.

Segundo o processualista, quiçá movido por uma exagerada autoestima, as meditações ao redor desse critério – que nada teria, na sua visão, de arbitrário ou fantasioso – não derivariam de uma predileção política da parte da doutrina ou do próprio legislador, mas uma reflexão da própria essência da coisa investigada, à revelia da qual qualquer tentativa de identificar a ação estaria fadada ao fracasso. A eleição dos *tria eadem*, portanto, erguer-se-ia como um elemento natural “che l’azione, o la domanda che la incorpora, ci rivela riguardata nella sua essenza”.³⁹⁹

É certo, todavia, que a existência da regra dos *tria eadem* não constituiu em si uma originalidade na obra de Chiovenda. Em nenhum momento, por absoluta lealdade intelectual, o jurista italiano arrogou a si tal responsabilidade, senão que recorreu àquelas cogitações que, em termos de identificação, já agitara o pensamento dos juristas da época clássica do Direito Romano.⁴⁰⁰ Levando àqueles elementos uma visão sistematizadora, com a identificação precisa em termos conceituais, Chiovenda pôs-se a explicar por que seria o critério admissível à particularização de toda e qualquer demanda.

Em suma, esses três elementos foram agrupados ora em uma dimensão objetiva, com a reunião do pedido e da causa de pedido, ora concentrados em seu aspecto subjetivo, que atinava à identificação dos sujeitos parciais do processo. De relevante, destaca-se a compreensão de que a alteração de qualquer desses componentes implicava, automaticamente, a alteração da própria ação, ou, quando duplicado um desses elementos no mesmo processo, a existência episódica de cúmulo de ações.⁴⁰¹

Também não escapou ao entendimento de Chiovenda a enorme repercussão que essa questão irradiara a diversos institutos do processo. Segundo o processualista, o cotejo entre os três elementos proporcionava um caminho seguro não apenas à verificação de coincidências totais, mas sobretudo de semelhanças fracionárias que tornavam duas ações afins.⁴⁰²

³⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azioni: sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. In: **Saggi di diritto processuale civile**, Milano: Giuffrè, vol. 1, 1993, p. 159.

⁴⁰⁰ Segundo Eduardo Grasso: “La teoria dei tre elementi identificatori ha avuto, com’è per lo più noto, una lunga vincenda. In origine, l’idea, secondo la qual ela domanda può fissarsi nella sua identità, oltre che per l’elemento soggettivo, in base alla dissezione del suo contenuto nella causa petendi e nella res petita, è il risultato al quale condusse la ricerca di un critério sommario, affatto empírico e non generale, destinato a determinare, prevalentemente, i limiti del giudicato”. (La regola della corrispondenza tra l’chiesto e il pronunziato e le nullità da ultra e da extrapetizione. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 20, 1965, p. 389).

⁴⁰¹ ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 124.

⁴⁰² Especificamente em relação à causa de pedir – elemento que demandaria maior ônus argumentativo – o mestre italiano foi enfático: “Por essa razão o admitir-se que uma ação possa modificar-se no processo, negando-se, entretanto, que possa introduzir uma ação inteiramente nova, implica uma contradição: a ação ou é nova ou não é. Admitir-se, pois (e como negá-lo) que o *petitum* e a *causa petendi* são elementos da ação, e afirmar-se que não há mudança de ação propriamente dita, mas simples modificação, quando se muda unicamente a causa

Em relação ao elemento subjetivo da demanda, Chiovenda designou-lhe um componente estritamente processual. Ao referir-se ao autor como o sujeito ativo a quem pertence o poder de agir, e ao réu como o sujeito passivo em face de quem se exerce este poder,⁴⁰³ acabou por afastar uma ideia materialista que tantos tormentos acabaria por provocar, sobretudo no campo relativo à coisa julgada.⁴⁰⁴

No segundo volume de suas *Instituições*, já em termos mais claros, assevera textualmente que “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demanda”,⁴⁰⁵ relevando com isso absoluta coerência com o conceito de relação jurídica, que, semelhante ao conceito de parte, “existe como simples afirmação da ação, independentemente de sua efetiva existência”.⁴⁰⁶

Relativamente ao pedido, ou ao efeito a que tende o poder de agir, a matéria foi tratada em termos ortodoxos. Fazendo uma distinção clara entre a atuação da lei – o que na sua visão correspondia àquilo que imediatamente se pede nas diferentes ações –, Chiovenda também anteviu a existência de um objeto mediato, condizente àquilo cuja consecução se coordena à atuação da lei.⁴⁰⁷

Nada disso representou uma descontinuação do que, na Alemanha, já vinha sendo seguido por moldes diversos, até que o jurista italiano se debruçasse sobre a problemática da causa de pedir, reconhecida pelo próprio Chiovenda como o mais incerto dos elementos constitutivos da ação, não só em termos conceituais, mas sobretudo na aplicação prática de sua definição.⁴⁰⁸

petendi, importa em contradição” (**Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 355).

⁴⁰³ Ibid., p. 32.

⁴⁰⁴ Como bem destaca Ovídio A. Baptista da Silva, ao enaltecer o pensamento de Chiovenda: “Que uma pessoa seja *parte* numa lide, ou seja *terceiro*, como observa CHIOVENDA [...], é da maior importância, pois *só as partes serão atingidas pela coisa julgada* nunca os terceiros, mesmo que hajam participado da relação processual, intervindo na causa. Daí porque, par estudar o alcance da coisa julgada, quanto às partes eventualmente atingidas pela sentença, é fundamental que se saiba quais sejam, *naquela relação processual decidida pela sentença*, as verdadeiras partes e quais não o sejam, apesar de presentes na causa, como intervenientes”. (**Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 237-238).

⁴⁰⁵ **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 234.

⁴⁰⁶ **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 2. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 235.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 33.

⁴⁰⁸ Identificazione delle azioni: sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. In: **Saggi di diritto processuale civile**, Milano: Giuffrè, vol. 1, 1993, p. 161.

Ao revelar uma crítica incisiva à teoria de Wach, a despeito de reconhecer tê-la seguido em alguma medida, Chiovenda expôs com bastante clareza sua posição a respeito da impertinência da exclusão da causa de pedir como elemento à identificação do objeto litigioso do processo. Aliás, como fez questão de ressaltar, sem uma interpretação que conjugasse os dois elementos objetivos da ação, esta tarefa seria quase inviável.⁴⁰⁹

Em que pese esta tomada de posição, Chiovenda não foi particularmente claro ao precisar o que compreendia por causa de pedir, situação que causou imprecisões interpretativas que puserem sua doutrina à prova;⁴¹⁰ e tal se operou não pelas bases conceituais que acabou por estipular, mas especialmente pela adoção de elementos que puseram em dúvida qual o real sentido que o mestre atribuía aos termos especificamente empregados. Em termos bastante vagos, asseverou, em uma primeira e conhecida oportunidade, que a causa de pedir seria “una causa giuridicamente relevante”.⁴¹¹

É bem verdade, contudo, que a tentativa de aclarar tal vagueza relacionou o conceito da causa de pedir a fatos que veio a nominar de “fatos jurídicos”. A tentativa de dispersar dúvidas, já de plano identificadas, seria mais tarde retomada diante da crítica segundo a qual a expressão, agora formulada, não passara de uma forma bem sofisticada de encobrir equívocos, e que, em realidade, padecia do mesmo vício.⁴¹²

Para o mestre, o “fato jurídico” não seria, como ele mesmo designou, um “fato natural puro ou simples” destituído de reflexo jurídico, mas um acontecimento de que deriva a existência, a modificação ou a cessação de uma vontade concreta da lei, ou, mais propriamente, de algo que dá “vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém”.⁴¹³

Essas considerações, bem compreendeu Ernesto Heinitz, conduziram a que se interpretasse o pensamento de Chiovenda sob dois ângulos diversos. Ou bem a expressão

⁴⁰⁹ **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965, p. 630. Em outra obra, afirmou literalmente: “Tendo-se em vista o objeto mediato da ação, pode dizer-se que a identidade objetiva significa identidade do bem garantido pela lei cuja atuação se requer. Aqui, porém, se desdobram os dois elementos objetivos da ação: o objeto e a causa. O bem controverso não coincide com o objeto; seja este um corpus, um gênero ou um efeito jurídico, é necessário saber-se ainda a que título se reclama o objeto e a que utilidade deve servir, porquanto o bem varia em razão do título e da utilidade”. (CHIOVENDA, op. cit., p. 357).

⁴¹⁰ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 132.

⁴¹¹ Como se verá adiante, o advérbio empregado pelo processualista italiano viria a simbolizar a grande dúvida interna ao seu conceito, explicado por ele nestes termos: “È una ‘causa’ giuridicamente relevante: non è un fatto naturale puro e semplice, ma un fatto, o un complesso di fatti, atto a porre in moto una norma di legge: un fatto o un complesso di fatti nella sua idoneità a produrre effetti giuridici. Quando lá legge connette l’effetto giuridico della nascita o del passaggio di un diritto a una dichiarazione di volontà, questa è un fatto giuridico, un fatto costitutivo di diritto”. (**Instutuzioni di diritto processuale civile**. vol. 1. Napoli: Jovene, 1957, p. 162-163).

⁴¹² CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 16.

⁴¹³ CHIOVENDA, op. cit., 1965, p. 7.

"fato jurídico" passa a ser interpretada como simples acontecimento histórico afirmado pelo demandante, ou como núcleo que povoa uma *fattispecie* decorrente de norma positiva.⁴¹⁴ A escolha por um ou outro critério conduziria a resultados deveras incongruentes. Na primeira acepção, a juridicidade do fato é contrastada em face do pedido de tutela formulado, enquanto que, na segunda, tal referência estaria em ligação direta a uma situação material que, prevista em arquétipo legal, teria no suporte fático deduzido pelo autor autêntica correspondência.

Percebendo que sua doutrina ainda não primara por dissipar as oscilações em torno do real conteúdo da causa de pedir, o processualista italiano partira para uma abordagem mais clara, desta vez procurando decompor, analiticamente, três elementos que vislumbrara indispensável à identificação das ações: a afirmação de uma relação jurídica; a afirmação de um fato perfeitamente identificado àquela relação jurídica e, finalmente, a afirmação de um fato que denotasse interesse de agir.⁴¹⁵⁴¹⁶

Essa nova abordagem, particularmente simpática às ações envolvendo direitos relativos, ganhou variáveis notáveis quando voltada à análise das ações envolvendo direito absolutos, em especial os direitos reais. Partidário confesso da individuação, quanto a estas Chiovenda deixara claro que, à identificação da demanda, seria suficiente apenas a mera

⁴¹⁴ Segundo o processualista, Chiovenda "(...) definisce quali 'fatti giuridici' i fatti da cui si desume l'esistenza, la modificazione o la cessazione di una volontà concreta di legge. Da ciò potrebbe desumersi che egli (...) parli di fatti giuridici, che stanno ai rapporti giuridici come causa ed effetto; ma d'altra parte egli considera la proprietà in sè considerata come un fatto giuridico. (...) la questione è proprio, in quale dei due significati possa dirsi che causa petendi sia il 'fatto costitutivo giuridico' del diritto fatto valere. O per causa petendi si intende il fatto nel significato proprio della parola, allegatto dall'attore per giustificare la sua pretesa, o invece quel rapporto o stato giuridico, su cui egli si basa. A seconda della presa di posizione di fronte a questa alternativa si giunge necessariamente a risultati diversi". (**I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 148-149).

⁴¹⁵ A esse respeito, consignou: "O conceito de causa de pedir ou título (...) resulta de todos estes três elementos: a) A afirmação da existência de uma relação jurídica (propriedade, compra e venda, mútuo, locação, mandato e semelhantes); b) A afirmação da existência do fato particular que, no âmbito daquela relação jurídica, dá origem ao direito particular invocado (por exemplo: na ação em que se pleiteia o pagamento dum prestação de juros ou de aluguel, o vencimento da prestação; na *actio mandati contraria*, determinada operação em execução do mandato, pelo qual se requer reembolso ou compensação; na ação de rescisão por lesão, o preço inferior à metade do ajustado); c) A afirmação da existência do fato de que decorre o interesse de agir (inadimplemento, fato determinante da incerteza na ação declaratória)". (**Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 357).

⁴¹⁶ É interessante, nessa nova conformação, a referência feita por Chiovenda ao fato do qual decorria, para o autor, o interesse de agir, em razão da lesão ou de ameaça de lesão a direito. Daí surgiria, posteriormente, uma fecunda doutrina, como se verá adiante, que passara a identificar na causa de pedir também um componente passivo. No Brasil, em reflexo ao pensamento que fora desenvolvido na Itália principalmente por Marco Tullio Zanzucchi, foi expressiva neste sentido a lição de José Carlos Barbosa Moreira: "Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito por ele visado. As mais das vezes, podem distinguir-se um aspecto *ativo* e um aspecto *passivo* na *causa petendi*; por exemplo, se o autor reclama a restituição de quantia emprestada, a *causa petendi* abrange o empréstimo, fato *constitutivo* do direito alegado (aspecto ativo), e o não pagamento da dívida no vencimento, fato *lesivo* do direito alegado (aspecto passivo)" (**O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17).

afirmação da relação jurídica, assumindo os fatos jurídicos relevância tão somente para a verificação da existência, em tese, daquela relação afirmada.⁴¹⁷

A variável metodológica teria uma razão especial: nas demandas envolvendo direitos decorrentes de obrigações em geral, a mera indicação da relação jurídica não seria suficiente para identificar a ação, porque concebíveis, desta obrigação, em tese, diversas relações jurídicas de conteúdo idêntico, que só poderiam ser particularizadas se confrontadas com seus respectivos fatos constitutivos.⁴¹⁸

De qualquer forma, ao defender que a causa de pedir deveria conter, necessariamente, a descrição de um fato em relação à existência de uma relação jurídica, a seu turno qualificada pelo autor, Chiovenda tomara partido pela noção de que “fato jurídico”, em sua teoria, deveria ser assimilado à ideia de suporte fático de uma *fattispecie*. Essa, portanto, a razão para que a relação jurídica fosse predicada, pois do contrário a referência aos fatos poderia, em continência a outra situação, ensejar dúvidas sobre a similitude de causas.⁴¹⁹

Bem compreendida a questão, que tanto preocupou o mestre italiano, não é difícil perceber que sua intenção foi levantar critério seguro para a qualificação do fato em si. E isso na pressuposta noção de que um mesmo episódio da vida pode assumir presidência na contemplação de mais de uma *fattispecie* tendente ao atingimento de resultados semelhantes.⁴²⁰ Diante disso, somente a qualificação jurídica atribuída pelo autor ao fato citado seria capaz de indicar a relação jurídica que substancia a ação, e, desta forma, diferenciá-la de outra, ou, se assim reputar adequado o autor, ensejar um concurso de ações.⁴²¹

De igual modo, não passou despercebido ao senso crítico do emérito processualista a visão de que a exata qualificação da relação jurídica não importava no apontamento da regra de direito prevista no ordenamento. A exata qualificação, portanto, cingia-se a uma tarefa de causa e efeito, e não de correspondência textual.⁴²²

⁴¹⁷ Como deixou expresso, em relação a estas “(...) basta a afirmação da relação jurídica (propriedade, usufruto, servidão), a fim de que a ação seja suficientemente identificada. Em especial na ação de reivindicação basta a afirmação de ser proprietário de determinado objeto a fim de que a identificação seja plena, e não é, com efeito, necessário indicar o fato jurídico em virtude do qual se tornou proprietário; isso pode ser necessário para provar a existência da relação jurídica de propriedade, não, porém, para identificar a ação” (CHIOVENDA, **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 360).

⁴¹⁸ Ibid., p. 362.

⁴¹⁹ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 150.

⁴²⁰ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 17.

⁴²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Azioni concorrenti. In: **Problemi del processo civile**, Napoli: Morano, 1962, p. 58.

⁴²² Deste modo, a identificação da ação dar-se-ia “(...) por meio de elementos de fato que tornaram concreta a vontade da lei, e não pela norma abstrata de lei. Por conseqüência, a simples mudança do ponto de vista jurídico (ou seja, a invocação duma norma diferente no caso de que um fato possa incidir em diferentes normas de lei)

Essa postura em prol de um protagonismo dos fatos na qualificação da demanda teve repercussões de monta em uma série de institutos que, também à vista disso, acabaram ganhando conformação importante. Para Chiovenda, o encaixamento do fato jurídico em mais de uma *fattispecie*, particularmente quando tendente ao mesmo resultado pretendido e sem a modificação da consequência legal descrita pelo autor, não implicava alteração da demanda. Punha-se no juiz, assim, um freio nodal apenas em relação à consideração dos fatos alegados pelas partes – inviáveis, portanto, de substituição ou alteração pelo magistrado – sem correspondência, no entanto, em relação ao “direito puro”, que por não ser negócio das partes, poderia sempre ser alterado pela atuação corretiva do juiz.⁴²³

Nesta perspectiva, também ganha espaço primaz a questão relacionada à coisa julgada. Se é dever do juiz, como diz Chiovenda, examinar a demanda sob todos os aspectos jurídicos possíveis, tendo ele o poder de aplicar a norma jurídica destinada à situação descrita pelo autor, um diferente ponto de vista sobre o mesmo fato não obstará a que interessado, em processo posterior, suscitasse a exceção de coisa julgada.⁴²⁴

A prevalência dos fatos na tarefa de identificar a demanda à luz de uma *fattispecie* fica ainda mais evidente quando o processualista concentra a atenção no estudo da causa de pedir relativa às ações constitutivas. Ao argumentar que o bem jurídico por identificar nestas demandas consiste não no mero efeito jurídico almejado, mas neste efeito em sintonia com o fato do qual a providência reclamada constitui sanção, Chiovenda defende a compreensão de que a existência de uma pluralidade de fatos – todos eles aptos a prover a sanção prevista na lei – encerra o entendimento de que o número de ações deve corresponder, exatamente, à quantidade de fatos jurídicos existentes.⁴²⁵

não importa diversidade de ação; é lícita, portanto, assim à parte como ao juiz”. (**Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 358).

⁴²³ Segundo o mestre italiano, a correspondência entre o pedido formulado e a resposta judicial demandaria uma correspondência apenas factual, já que “(...) la regola ‘ne ultra petita’ vieta certamente al giudice è dunque la sostituzione di fatti costitutivi tali da individuare una nuova azione, a quelli fatti valere dalla parte. L’azione s’individua per il fatto e non per la norma di legge(...). È anzi dovere del giudice esaminare la domanda sotto ogni possibile aspetto giuridico (narra mihi factum, narro tibi ius). È quindi concordemente ritenuto che il giudice possa ‘nel campo del puro diritto’ supplire alle parti (...). Se dunque l’attore argomenta da norma di legge inesistenti o mal apprese, il giudice applicherà tuttavia l’enorme del caso, purchè l’oggetto della domanda non sia modificato”. (Identificazione delle azioni: sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. In: **Saggi di diritto processuale civile**, Milano: Giuffrè, vol. 1, 1993, p. 167).

⁴²⁴ “Se dunque uno stesso cade sotto divers enorme, il mutamento del punto di vista giuridico, come è lecito alla parte rispetto alle sue precedenti domande, come non esclude la eccezione di cosa giudicata, così è permesso al giudice”. (ibid., loc. cit.).

⁴²⁵ A respeito disso, asseverou o mestre: “(...) em havendo diversos fatos que dão direito a uma ação de anulação, na realidade se contam outras tantas ações quantos são os fatos que lhe dão origem. Diremos, pois, que a causa da ação é o fato constitutivo do direito à mudança jurídica. A vontade de impugnar, referente a uma causa, não se

Para ser coerente com seu próprio pensamento, que via em cada fato uma causa juridicamente apta ao alcance da providência jurídica almejada, nas ações de natureza constitutiva não era lícito ao juiz, sob pena de incidir em julgamento *ultra petita*, considerar circunstâncias não suscitadas pelo autor, tampouco ao tribunal conhecer em recurso causa de impugnação diversa daquela alegada em primeiro grau de jurisdição.⁴²⁶

Em razão dessas articulações dogmáticas, Chiovenda não enxergava problemas no fato de o autor, rejeitada a primeira ação, voltar a juízo e requerer o acolhimento da modificação jurídica antes recusada, agora sob o influxo de causa diversa.⁴²⁷ Bem se percebe, assim, que na visão do jurista italiano a conformação da coisa julgada – e mais particularmente de seus limites objetivos – assume contornos diversos em função da natureza da demanda e, mais ainda, da compreensão mais ou menos restrita que se empreste à causa de pedir.

Em um ponto, no entanto, o pensamento do autor não se revestiu de maior clareza. Alegando que o princípio da economia tende a enxergar o processo como um instrumento a ser utilizado o máximo possível, aduz que se os elementos alegados e evidenciados nos autos pelo autor não esgotam “todos os extremos da ação intentada, mas bastam para outra ação de conteúdo não maior”, não seria razoável que se interditasse o juiz de passar de uma a outra ação.⁴²⁸ Neste domínio, para o autor, haveria uma concorrência de normas, não de ações.⁴²⁹

Certamente, essa passagem – que constitui uma exceção importante à relevância dos fatos em relação a uma determinada e específica *fattispecie* – se não constitui uma contradição, por certo careceu de maiores esclarecimentos por parte do processualista.⁴³⁰ Uma vez que a causa de pedir nas ações de natureza constitutiva seria, como disse, o fato determinante do direito à mudança jurídica com suporte em uma causa específica, essa assertiva de que ao juiz seria lícito passar de uma a outra causa soou insólita e, de certa forma, arbitrária.

refere a uma outra (nem é lícito distinguir entre causas próximas ou não)” (**Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 363).

⁴²⁶ Ibid., loc. cit.

⁴²⁷ Nesse sentido, consignou: “(...) rejeitada uma ação de impugnação, pode-se propor a mesma impugnação por outra causa, mesmo de gênero próximo (por exemplo, por um vício de consentimento que não o alegado na primeira ação)”. (ibid., loc. cit.).

⁴²⁸ Ibid., p. 359.

⁴²⁹ E arrematou: “O haverem duas causas em comum um elemento da causa petendi não basta, por certo, a excluir a sua diversidade (ação possessória e petitoria); basta, contudo, quando aquele elemento é que confere individualidade à ação; em tal hipótese, as duas ações coincidem e só diferem no nome; pode então haver concorrência de normas, não de ações”. (ibid., loc. cit.).

⁴³⁰ Neste sentido, Augusto Cerino Canova (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 27).

A diversidade de tratamentos, a sugerir a ausência de um critério unitário para a identificação de concorrência de ações, constituiu-se nódoa que acabou por colocar à prova a cientificidade de sua teoria. Contudo, a aparente contradição também se revelou manifesta em relação às ações condenatórias decorrentes de responsabilidade civil. Seguindo a mesma compreensão, Chiovenda também enxergou haver apenas concorrência de normas, e não de ações, quando um mesmo fato danoso encontrasse correspondência em textos normativos que dispunham sobre responsabilidades aquiliana e contratual.⁴³¹

Se como diz Chiovenda, a causa de pedir exigiria a conexão de um fato a um ponto de vista jurídico, tornando-o, pois, “jurídico”, essa conclusão estaria em franca contradição com a sua própria doutrina que afirmara existir, no concurso de responsabilidades, apenas e tão somente concurso de normas.⁴³² Por outro lado, se os critérios que governam a identificação das razões deduzidas compreende tudo o quanto é necessário para a individualização do preceito legal, segundo afirma Emilio Betti,⁴³³ como justificar não existir concurso de ações, segundo sua teoria, na afirmação de concurso de responsabilidades?⁴³⁴

Daí se vê que, a despeito de tentar conectar uma acomodação dos fatos ao intrincado terreno da causa de pedir, Chiovenda parece vacilar entre duas posições, alterando os sentidos conceituais conforme a alteração de variáveis pragmáticas.⁴³⁵ Sob determinadas condições, que parecem revelar uma tomada de posição em favor de favoritismos, os fatos deixam de ser examinados sob um ponto de vista de uma específica relação jurídica, para se vincularem ao resultado pretendido pelo autor.

A partir, como se disse, das cogitações empreendidas por Chiovenda, seguiram-se outras teorias que, em confronto ou em sintonia a elas, puseram-se a aperfeiçoar a compreensão do conteúdo da demanda a partir da ação e de seus elementos.

⁴³¹ Na sua visão, a situação presente não implicaria uma pluralidade de responsabilidades, mas de normas, em ligação direta à pretensão ressarcitória que, de seu turno, também seria uma. Disse ele a respeito: “A ação, aí, é uma só: visa ao ressarcimento dos danos e tem por causa o fato danoso; êste pode qualificar-se pelo vínculo contratual, mas a responsabilidade é uma só, a derivante do fato qualificado, e não se pode pleitear com dois processos sucessivos, só porque num se afirma a qualificação e no outro não”. (CHIOVENDA, op. cit., p. 368).

⁴³² Ao perceber essa nodoa no pensamento chiovendiano, Augusto Cerino Canova asseverou: “Se bisogna indicare il rapporto da cui deriva il diritto fatto valere, le azioni per le due responsabilità divergono in un elemento essenziale, sono dunque distinte e concorrenti”. (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 21)

⁴³³ **Diritto processuale civile italiano**. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936, p. 174.

⁴³⁴ Como bem salientou Ernesto Heinitz: “La presa di posizione del Chiovenda di fronte al problema del concorso di azioni e di sole norme (...) può basarsi, a nostro parere, soltanto sulla premessa che causa petendi è il mero fatto costitutivo in senso proprio; altrimenti egli dovrebbe sostenere esistente un concorso di azione e non di norme nell’azione ex contractu ed ex conditione”. (HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 150).

⁴³⁵ CANOVA, op. cit., loc. cit.

2.2.2.2 A doutrina pós Chiovenda

Como se viu, a temática da identificação das demandas assumiu na Itália contornos diversos daqueles estabelecidos pela doutrina alemã, que, de seu turno, firmou atenção especial em torno do objeto litigioso do processo. Pela obra de Chiovenda, a mudança de rumos se deu em razão da alteração do objeto de pesquisa, estabelecido agora na ação e, particularmente, em seus elementos constitutivos.

Foi em razão da grande problematização em torno da causa de pedir – por certo o mais intrincado dos elementos da ação⁴³⁶ –, que a vontade de estabelecer critérios de identificação fez emergir – na Itália, especialmente – uma gama imensa de posicionamentos, firmados, em sua grande maioria, por grandes nomes do processo civil.

Se a obra de Chiovenda recebeu da doutrina que lhe foi contemporânea uma crítica, quiçá procedente, em torno das contradições havidas pelo mestre na definição da causa de pedir, particularmente em razão do confuso posicionamento dos fatos jurídicos nesta empreitada, não é lícito negar que foi a partir daquela dupla visão identificada por ele que as cogitações acabaram por se estabelecer em bases mais sólidas. É nítida a percepção, neste passo, da influencia do *maestro* no estabelecimento da tomada de posições em torno daquela disputa hermenêutica.⁴³⁷

Foi em razão da compreensão e, mais ainda, da real natureza da conexão dos fatos jurídicos com a demanda que a questão relativa a temas tão sensíveis, como a cumulação de ações e os limites objetivos da coisa julgada, por exemplo, assumiram importância capital para o desenvolvimento do processo a ponto de hoje, após o aporte sofisticado destas contribuições, tornarem-se verdadeiras vigas-mestras do próprio sistema.

A divisão na doutrina em torno da noção de “fato jurídico”, ora compreendido como evento histórico em relação ao escopo pretendido no processo, ora como elemento em conexão constante a uma específica *fattispecie*, movera, a partir de Chiovenda, o centro do debate para o campo da ideia de “valoração jurídica”. Em uma primeira concepção, cogitar-

⁴³⁶ GIANOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 16.

⁴³⁷ “(...) c’è chi accogliendo una nozione ampia di ‘fatto’, vi comprende tutti episodi che valgono, storicamente, a creare una certa situazione; e così attribuisce scarso rilievo alla modificazione o alla sostituzione, in corso di giudizio, di tali episodi considerati quali antecedenti storici e, infine, circostanze utili a provare il rapporto giuridico dedotto. C’è chi – all’opposto – accetta una nozione de ‘fatto’ già filtrata della identificazione con la specie legale controversa”. (GIANOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 26).

se-ia de valoração no curso do processo, enquanto que, em outra, fato jurídico seria a representação de um evento valorado hipotética e anteriormente à existência do processo.⁴³⁸

Pode-se perceber, daí, a estreita conexão que esse modo de enxergar a questão do fato jurídico tomou em relação ao debate que movera, anteriormente em solo alemão, a pertinência em prol da adoção, por conta da definição da causa de pedir, de uma concepção a favor da individuação, ou, ao contrário disso, de uma escolha por uma tendência em favor da substanciação. A vertente italiana levaria esse debate, com roupagem singular, a terrenos mais longínquos. Se na Alemanha a questão da relevância dos fatos na identificação da relação jurídica, ao menos nas ações envolvendo direitos relativos, era uma contingência que partidários da individuação e da substanciação não divergiam, na Itália a tônica da observância desta formalidade também se viu circunscrita aos direitos absolutos, ao menos por parte da doutrina.⁴³⁹

2.2.2.2.1 A contribuição de Liebman e o problema das ações concorrentes

Desta contenda tomou parte Enrico Tullio Liebman, dileto discípulo de Chiovenda.⁴⁴⁰ Anuindo à ideia matriz de seu mestre, Liebman partilhara a noção de que é a ação que configura e fixa o objeto do processo.⁴⁴¹ Na mesma toada, seguiu a compreensão de

⁴³⁸ Segundo compreende, com razão, Giancarlo Gianozzi, a disputa em relação à definição de fato jurídico a partir destes dois critérios – em realidade um método inaugurado por Chiovenda – representou em solo italiano a disputa que, na Alemanha, inspirara o forjamento das teorias da substanciação e da individualização em relação à causa de pedir. Segundo o processualista: “Tutte le dispute insorte sui concetti di ‘fatto’ e di ‘rapporto giuridico’, traggono origine dalle tradizionali teorie create dalla scienza processualistica tedesca, conosciute sotto il nome di ‘teoria della sostanziazione’ e ‘teoria della individuazione’”. (ibid., p. 35).

⁴³⁹ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 35.

⁴⁴⁰ Sobre passagem do processualista italiano pelo Brasil e a influência de seu pensamento para a construção da moldura processual brasileira, são particularmente expressivas as narrativas de Cândido Rangel Dinamarco (100 anos de Liebman. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 33-64).

⁴⁴¹ É bem dever, no entanto, que quando Liebman fala em fixação do objeto do processo pela ação, não quer ele dizer que ela própria, a ação, seja o objeto do processo. Em artigo no qual critica a teoria de Carnelutti segundo a qual a lide seria este objeto, Liebman asseverou ser o pedido o seu móvel: “(...) A afirmação corrente, segundo a qual objeto do processo seria a relação jurídica controversa, evidentemente não satisfaz, porque é o processo que deve averiguar se essa relação existe ou não: ela pode não existir; onde está então o objeto (...). As observações que fizemos acima indicam o papel decisivo que desempenha o pedido do autor na determinação do objeto do processo. A razão é fácil de explicar: o pedido do autor é o objeto do processo. É ele manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo. Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar a tal pedido o devido seguimento, de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir os atos com que atende ao mencionado pedido”. (O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 6. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017). O

Chiovenda de que as ações se identificam em face da existência dos três *aedem*.⁴⁴² Ao vislumbrar uma necessidade de imposição de limites ao exercício do poder jurisdicional, pareceu-lhe adequada a análise da questão da identificação da ação, em última análise, para que se pudesse definir, à luz de uma série de repercussões, qual o material submetido à cognição do juiz.

Em oposição direta a Francesco Carnelutti, Liebman vislumbrou no pedido o objeto do processo, negando que a lide, ao menos na compreensão desenvolvida pelo primeiro – o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro –,⁴⁴³ pudesse presidir a identificação do núcleo do processo porque, assumindo aquela categoria uma conotação meramente jurídica e não sociológica, ambos teriam “sempre medidas que se correspondem e sobrepõem exatamente”.⁴⁴⁴

Reconhecendo e enaltecendo a limitação do juiz às alegações suscitadas pelas partes, a conformação do processo, na sua visão, dar-se-ia em conformidade à descrição feita pelo

raciocínio desenvolvido por Liebman parece padecer de um mal irremediável. Quando o processualista afirma que a relação jurídica não pode ser compreendida como o objeto do processo porque é o processo que dirá se ela efetivamente existe ou não, não foi ele capaz de explicar, no entanto, qual o objeto do processo quando o próprio pedido é tido por improcedente. Se a relação jurídica não reúne condições de erigir-se como o objeto do processo por conta desse componente condicional, o mesmo raciocínio haveria de ser empreendido em relação ao pedido, que, enquanto reflexo de um direito, ingressa no processo como mera expectativa. Ao negar a natureza meramente hipotética da relação jurídica – cuja aptidão para figurar como o objeto do processo não é aqui questionada – o processualista italiano distanciou-se da doutrina de Chiovenda, que compreendia a questão em termos estritamente processuais, isto é, compreendendo relação jurídica como mera afirmação, independentemente de sua real existência.

⁴⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 193.

⁴⁴³ **Sistema di diritto processuale civile**. vol. 1. Padova: Cedam, 1936, p. 40.

⁴⁴⁴ Bem vista a questão, percebe-se que a doutrina de Liebman não representou, como se disse, uma negação total de valor ao conceito de lide. A bem da verdade, Liebman não chega a negar que a lide possa assumir a condição de mérito da demanda, mas faz uma ressalva: entende que esta categoria só assume algum valor se compreendida como a porção do conflito que as partes, e particularmente o autor, resolveram trazer ao processo: “Observamos já que o pedido que forma objeto dum processo de cognição admite necessariamente, pela própria essência de sua estrutura lógica, a possibilidade de dois resultados opostos. O Juiz pode declarar procedente o pedido, dando ganho de causa ao autor; e pode, também, declará-lo improcedente, dando assim vitória ao réu. Tudo depende dos resultados do estudo e do exame da causa. Naturalmente a improcedência do pedido do autor equivale à procedência da contestação do réu, que pediu a rejeição da ação proposta. Pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do Juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito, concedendo ou negando, em consequência, a medida requerida pelo autor. Êste conflito de pedidos forma a matéria lógica do processo e o elemento formal de seu objeto, ao passo que o conflito de interesses, na medida em que foi deduzido em juízo, representa seu substrato material. Êste conflito de interesses, qualificado pelos pedidos correspondentes, representa a *lide*, ou seja o mérito da causa. A lide é aquele conflito, depois de moldado pelas partes, e vazado nos pedidos formulados ao Juiz”. (O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 6. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017).

autor da situação que, encarada como ilícita, fosse capaz de ser removida pelo pronunciamento postulado. Neste contexto, situou a causa de pedir como “o fato jurídico que o autor coloca como fundamento do seu pedido”, ou o “título da ação”, sempre sujeito a variações segundo as diversas categorias de direitos e ações.⁴⁴⁵

Ao dar seguimento ao pensamento que Chiovenda, conceituou os fatos jurídicos – aptos a substanciar a causa de pedir – como os fatos aos quais o direito associa a constituição, modificação ou extinção de uma relação ou estado jurídicos, categorizando-os, assim, em constitutivos, modificativos, extintivos e impeditivos.⁴⁴⁶ Para o professor de Milão, em referência à identificação da ação, era absolutamente necessário que o autor deduzisse todas as circunstâncias fáticas do caso, não, particularmente, como uma finalidade em si, mas à vista de uma correta qualificação do fato jurídico que, enquanto categoria una, deveria constituir-se por inteiro.

Já de volta à Itália, Liebman vivenciou ativamente a mudança de rumos que a codificação processual civil daquele país sofrera com a alteração operada pela Lei 581, de 1950.⁴⁴⁷

Ao amenizar a prevalência da substanciação, a modificação legislativa incentivou uma parcela importante da doutrina, adeptos da individuação, a voltar a defender que a alteração dos fatos no curso do processo não ensejava a alteração da demanda.⁴⁴⁸ É bem verdade, contudo, que esse posicionamento não pareceu ter encontrado, naquele momento, eco no direito legislado, porquanto o próprio artigo 183 do *Codice Procedura Civile*, já após a referida alteração, reconheceu expressamente que a modificação dos elementos objetivos da ação implicava, justamente, a variação da demanda.

Pareceu correta a Liebman, neste contexto, a posição defendida por Salvatore Satta, de resto anteriormente já consagrada por Chiovenda, segundo a qual a causa de pedir é de importância capital para individualizar a ação fundada em direito relativo, não aquela

⁴⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 193-196.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 165.

⁴⁴⁷ Como chama a atenção Giancarlo Giannozzi, o *Codice di Procedura Civile* de 1942 havia introduzido no sistema processual italiano a regra da eventualidade, marcada por um forte sistema de preclusões que, a despeito, não chegou a contar com a simpatia de quase ninguém, especialmente da doutrina. Mais de uma década depois, a reforma do código restaurou uma orientação mais afeita à individuação, restabelecendo a possibilidade de as partes alterarem a causa de pedir até a primeira audiência *di trattazione*. A alteração de sentido ocorreu pela mudança de redação do artigo 183, que ganhara a seguinte redação: “Nella prima udienza di trattazione le parti possono precisare e, quando occorre, modificare le domande, eccezioni e conclusioni formulate nell’atto di citazione e nella comparsa di risposta”. (**La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 36).

⁴⁴⁸ COSTA, Sergio. Domanda giudiziale. In: **Novissimo digesto italiano**, Torino: UTET, 3. ed. vol. 6, 1957, p. 167.

ancorada em direito absoluto, particularmente as controvérsias envolvendo direitos reais, uma vez que “ogni altro fatto costitutivo (compravendita, successione, ecc) è irrilevante perché à vano sostanzialmente”.⁴⁴⁹

Foram raras até aqui, como se percebe, discórdias conceituais em relação ao pensamento de seu mestre Chiovenda. A despeito disso, também Liebman parece ter vacilado em torno da compreensão do conceito de “fato jurídico”, nem sempre presente em sua obra como uma categoria ligada a uma *fattispecie*. Essa circunstância fica particularmente clara quando Liebman aborda o assunto do concurso de ações, em síntese, um tema que deveria ser analisado, sob sua ótica, no plano do direito material.⁴⁵⁰

A concorrência de direitos acarretava, em seu pensamento, uma relação de dependência e subordinação entre as posições jurídicas, não um reflexo de hierarquização em que, eventualmente, um pudesse assumir em relação ao outro, mas de autêntica funcionalidade em prol do alcance de resultados práticos. Neste aspecto, diz Liebman, a satisfação de um dos direitos acabaria por extinguir o outro, porque seria absolutamente ilógico e inútil valer-se de outra demanda para a mesma finalidade já alcançada.⁴⁵¹

Há aqui, pode-se ver, um corte distintivo importante em relação à obra de Chiovenda. Enquanto para este a situação acima descrita ensejaria, como seu viúvo, uma situação de concurso de normas, Liebman voltou a questão para campo do direito substancial, reconhecendo que a concorrência de direitos daria ensejo a uma pluralidade de ações, cada qual autônoma e tutelável separadamente.⁴⁵² Ao reconhecer uma dessemelhança em relação ao sistema romano, que fazia coincidir o direito à ação, disse que, da mesma forma com que aconteceu com os direitos concorrentes – que se extinguem à medida que um deles logra alcançar o resultado único pretendido –, também as ações, nesta hipótese, sofreriam o destino dos direitos a que correspondem.⁴⁵³

⁴⁴⁹ SATTÀ, Salvatore. Domanda giudiziale: diritto processuale civile. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 13, 1964, p. 824. O próprio Liebman foi expresso neste sentido, ao afirmar que nesta espécie de ação “(...) basta indicar o direito que se afirma existente”. Por outro lado, nas ações envolvendo direitos relativos, “é necessário indicar o fato constitutivo do qual se pretende deduzir a existência da relação jurídica a que ela se refere”. (**Manual de direito processual civil**. 2. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 193-194).

⁴⁵⁰ Azioni concorrenti. In: **Problemi del processo civile**, Napoli: Morano, 1962, p. 57.

⁴⁵¹ “A identidade de uma certo resultado prático, que se tem o direito de conseguir, corresponde uma pluralidade de razões para pretendê-lo, as quais, todavia, embora permaneçam autônomas e tuteláveis separadamente, não permitem que se obtenha aquele resultado prático mais de uma vez”. (**Manual de direito processual civil**. 2. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 199).

⁴⁵² *Ibid.*, loc. cit.

⁴⁵³ É interessante perceber no pensamento de Liebman a viva intenção de reconhecer, mesmo diante da inutilidade no ingresso das ações concorrentes quando já alcançado o direito perseguido, a independência de cada uma delas, diante mesmo da diversidade dos elementos que a compõem, em particular da causa de pedir.

Como de resto já observara a esmagadora maioria da doutrina italiana, também Liebman não empreendia valor substancial à mera qualificação atribuída ao fato jurídico, conquanto reconhecesse admissível a formação de concurso de ações e, por consequência, de direitos, oriunda de uma *fattispecie* complexa. Neste caso, tal como a situação anterior, à cada elemento individual da *fattispecie* que impusesse à parte uma certa lesão haveria de existir uma correspondente ação.⁴⁵⁴

Ao laborar nestes moldes, também Liebman parecer ter incidido na mesma imprecisão a que incorrera Chiovenda, ora variando a noção de “fato jurídico” como acontecimento histórico posto em relação ao pedido formulado pelo autor, ora atribuindo-lhe juridicidade em função da correspondência a uma determinada *fattispecie*.

Embora seu pensamento tenha se distanciado do mestre pela predileção, quanto ao conteúdo da causa de pedir, a um componente mais próximo ao Direito material, é certo que esse traço assistemático tornou por comprometer a aceitação de sua doutrina.

2.2.2.2.2 A pertinência dos fatos para a caracterização da causa de pedir e, particularmente, das demandas

Outra vertente que enxergou nos *tria eadem* um critério seguro para a identificação das ações focou atenção na importância dos fatos para a identificação da causa de pedir.⁴⁵⁵ Exponentes maiores dessa concepção, Marco Tullio Zanzucchi e Giancarlo Gianozzi viriam a

Ao sugerir a inviabilidade, nesse caso, da oposição da exceção de *res iudicata*, asseverou que o impedimento decorreria, em verdade, da ausência de interesse de agir. Segue a explicação: “Se é vero infatti che il semplice esercizio di un’azione no influisce sulle altre, è anche vero però che una volta conseguita la sentenza di condanna in base ad una di esse, le altre non possono più proporsi anche prima che sai intervenuto il soddisfacimento. Perché? Non vale a dire che venga meno il petitum poichè non è affatto impossibile né logicamente, né giuridicamente che, ad esempio, l’emittente di una cambiale sia costretto a pagare due volte la stessa somma, e il debitore di una cosa determinata sai costretto a restituirla ed anche a risarcirne il valore. Ancor meno può invocarsi eccezione di cosa giudicata o il principio *bis de eadem res ne sit actio*, perché manca l’*eadem res*, la diversità di causa petendi essendo sufficiente ad escludere l’applicazione degli art. 1350 e 1351 cod. Civ. Se ne ha la conferma nel fatto che se l’azione A è rigettata, nulla impedisce che si proponga l’azione concorrente B. È solo in caso di accoglimento dell’azione A, che l’azione B diventa improponibile, e ciò avviene per mancanza d’interesse ad agire (...)”. (Azioni concorrenti. In: **Problemi del processo civile**, Napoli: Morano, 1962, p. 61).

⁴⁵⁴ Como disse expressamente, por vezes “(...) la lesione del diritto che determina il sorgere di una azione si concreta in una *fattispecie* più complessa del normale, risultando composta di una pluralità di elementi, ciascuno dei quali sarebbe sufficiente a determinare una lesione, ma tuttavia convergenti e sovrapposti in modo che nel caso specifico tutti quanti insieme danno luogo ad una sola ed única lesione. Allora a ciascuno di questi elementi corrispondi un diritto leso (e quindi un’azione), ma i vari diritto coesistono in tal modo che com la soddisfazione di uno di essi risultano soddisfatti anche gli altri, perché la lesione, essendo rimasta obiettivamente una ed única, risulta integralmente riparata”. (Azioni concorrenti. In: **Problemi del processo civile**, Napoli: Morano, 1962, p. 59-60).

⁴⁵⁵ ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello** (art. 490-491 CPC). Milano: Società editrice libraria, 1916, p. 336.

confrontar as bases teóricas desenvolvidas por Chiovenda e Liebman ao negar à *fattispecie* a condição de paradigma de juridicidade aos fatos narrados pelo autor.

Partido de uma posição mais radical, sem atribuir relevância à questão jurídica, Zanzucchi conceituou a causa de pedir como o fato ou o complexo de fatos necessário e suficiente a conferir razão à pretensão deduzida pelo autor.⁴⁵⁶ Partidário confesso da teoria da substanciação,⁴⁵⁷ o processualista esforçou-se a construir um raciocínio que fizesse enxergar o erro em conferir primazia aos fatos apenas nas ações envolvendo direitos relativos.⁴⁵⁸ Para o autor, a importância dos fatos também se fazia sentir nas ações reais, onde a simples enunciação do direito não seria suficiente para a sua correta individualização.

Para o processualista, seria a dedução do fato concreto pelo autor que daria origem ao direito a merecer tutela – e não uma situação juridicamente abstrata – que determinaria o conteúdo da causa de pedir, razão pela qual compreendia que à alteração da demanda não bastava apenas a mudança do ponto de vista jurídico, mas a consideração de outro fato que não aquele originariamente posto à apreciação judicial. A alteração desse fato, com a alteração, por consequência, da causa de pedir, ensejava a modificação do *diritto fatto valere in giudizio*.⁴⁵⁹

Zanzucchi, por outro lado, combatera ferozmente a assertiva normalmente utilizada pelos teóricos da individuação de que nas chamadas ações autodeterminadas a existência de direitos poderia subsistir uma única vez entre as mesmas partes. Para ele, essa conclusão seria falsa, porque também neste terreno a superveniência de fatos poderia acarretar não apenas a modificação do direito, mas até mesmo a ocorrência de direito póstero.⁴⁶⁰ Daí que a só

⁴⁵⁶ Ibid., loc. cit.

⁴⁵⁷ Como reconheceu Giancarlo Gianozzi, Zanzucchi foi o primeiro processualista de peso na Itália a contestar a pertinência da teoria da individuação, observando ainda que os elementos da ação assumiriam reflexos diversos no campo da litispendência, da alteração do pedido e da coisa julgada, a depender dos motivos e escopos de cada um desses institutos. (**La modificazione della domanda**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 36).

⁴⁵⁸ Em termos expressos, afirmou: “A individuare la causa petendi non basta indicare il diritto e la natura del diritto (di proprietà di credito ecc); ma bisogna indicare il fatto, per cui quel diritto si è accentrato in una data persona” (**Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello** (art. 490-491 CPC). Milano: Società editrice libraria, 1916, p. 355-356).

⁴⁵⁹ Ibid., p. 335.

⁴⁶⁰ Aqui, o autor se vale de caso hipotético para figurar seu raciocínio. Em imaginada ação reivindicatória proposta por A, B apresenta contestação, alegando ser ele, em realidade, o proprietário do bem em questão, tendo obtido a propriedade em razão de contrato de compra e venda celebrado com o próprio autor. Em razão disso, A, ao reconhecer a exceção apresentada pelo demandado, suscita uma nova operação de compra e venda. Esse quadro fático serviu para Zanzucchi revelar que a mesma relação jurídica (a propriedade do bem), com esteio na mesma forma de aquisição, pode dar ensejo, a depender da variação dos fatos, a mais de um direito entre as mesmas partes. (ibid., p. 335-336).

indicação do direito, ou da relação jurídica, seria insuficiente à caracterização da demanda, se não acompanhada dos fatos que dariam vida e cor a situações particularmente temporais.⁴⁶¹

Na visão do autor, em correspondência às premissas basilares de seu pensamento, a referência ao nome jurídico da ação, ou da *fattispecie* a que estariam ligados os fatos deduzidos, não teria qualquer relevância para a caracterização da ação.⁴⁶² Inalterados os fatos, pouco importava a modificação da qualificação atribuída à relação jurídica deduzida em juízo. De igual modo, tendo apenas os fatos relevância para a caracterização da causa de pedir, poderia o juiz transitar livremente sobre o direito e, à luz das razões consideradas pelo autor, aplicar a norma legal que considerasse adequada.

Já sob um viés mais afeito à questão jurídica, também Giancarlo Gianozzi propôs-se a examinar o problema da identificação das ações e da modificação da demanda no curso do processo. Em conhecida obra, admitiu que a determinação da causa de pedir pode sofrer variações importantes conforme o ponto de vista que se dê aos fatos e ao recorte jurídico que a parte lhe atribua.⁴⁶³

Assumindo um posicionamento menos radical que aquele defendido por Zanzucchi, Gianozzi reconheceu a importância dos fatos para a caracterização da ação, mas por outro lado não negou tivesse o Direito relevância para a definição do título da ação.⁴⁶⁴ Também adepto assumido da teoria da substanciação, partilhara a ideia primitiva de Chiovenda de que a causa de pedir, juntamente com o pedido e com a identidade das partes, representava um norte seguro à caracterização das ações, tendo aquela papel decisivo para a compreensão do emblemático problema da modificação da ação.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Neste aspecto, Zanzucchi recebera, embora sob bases diversas, a contribuição de Mario Bellavits. Este último, embora reconhecesse a natureza *erga omnes* dos direitos reais, consentia com o fato de que a sentença declaratória da existência do direito de propriedade em favor de uma das partes excluía qualquer possibilidade de haver uma “contemporânea” existência de um outro direito similar – ou o mesmo direito? – em favor de outrem. (**L’identificazione delle azione**. 2. ed. Padova: Litotipo, 1924, p. 144).

⁴⁶² Neste particular, acompanhando doutrina já consolidada: “(...) l’apprezzamento del materiale di causa – e così in fatto come in diritto – che compiano le parti, non costituisce un limite ai poteri del giudice; il quale può liberamente ricostruire il fatto sul materiale offertogli, così come supplire alle parti nel campo del puro diritto” (ZANZUCCHI, op. cit., p. 337).

⁴⁶³ Como ressaltou: “Una nozione più rigorosa o più stesa della domanda, può determinare diversissimi risultati”. Assim, completou, “non si dovrà indifferentemente parlare di ‘fatto giuridico costitutivo’ e di ‘rapporto giuridico’, essendo necessario attribuire all’uno e all’altro concetto un ben distinto contenuto e una ben diversa posizione nel processo”. (**La modificazione della domanda**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 25).

⁴⁶⁴ Ao abordar a questão à luz do Código de Processo Civil Italiano, em especial de seu artigo 163, n. 4, afirmou que este “individua la causa petendi nella ‘esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda’”. (ibid., p. 17).

⁴⁶⁵ Convém recordar que a obra de Gianozzi é posterior à reforma, operada em 1950, do CPC italiano, e encontrava-se em sintonia com o pensamento de Arturo Rispoli que, já àquela época, compreendia haver modificação da demanda, mesmo aquelas envolvendo direitos reais, a depender do título que se atribuísse à ação: “Chiesta la consigna di una cosa, per un dato titolo di proprietà, contro una data persona, ci sarà diversità

Para o autor, a causa de pedir, formada pelo fato constitutivo, deveria ser deduzida em relação a uma particular e específica *fattispecie*,⁴⁶⁶ em primeiro lugar, mas também deveria encontrar-se em sintonia à uma situação que revelasse interesse legítimo por parte do autor, isso em razão da existência de uma potencial ou efetiva situação lesiva a direito, a sugerir que, também em sua teoria, a causa de pedir primara por um componente passivo.⁴⁶⁷

Em que pese aparentar equivalência de importância entre fato e direito na tarefa de individuar a causa de pedir, uma leitura atenta de sua obra permite deduzir que Giannozzi, em realidade, pendera atenção especial ao primeiro. Isso fica particularmente claro quando, para imprimir sustentação a sua teoria, admitiu uma noção ampla de fato jurídico, justificando que, ao pertencerem ao mundo externo, assumiriam importância preponderante no momento em que passassem a fazer parte do processo.⁴⁶⁸

Antes de assumir uma conotação jurídica, diz ele, o fato seria um evento histórico e, assim, nessa condição, deveria ser considerado, porque transferi-lo ao processo “è già motivo idone a renderlo fatto giuridico (rectius: fatto suscettibile di una valutazine giuridica, ossia di un giudizio”⁴⁶⁹.

Para explicar essa tomada de posição – de certa forma contraditória –, Gianozzi afirma que uma vinculação absoluta a uma *fattispecie*, em juízo, impossibilitaria uma ulterior tentativa de requalificar a relação jurídica indicada, recaindo-se, assim, na mesma impropriedade que incorrera os adepto da individuação. Além do mais, argumenta que obrigar o autor a relacionar os acontecimentos históricos a uma dada relação jurídica, antecipadamente, seria, além de tudo, uma providência inútil ao escopo da demanda, porque, sendo livre ao juiz a análise do “direito puro”, qualquer impropriedade nesse sentido poderia ser alterada no curso do processo.⁴⁷⁰

d'azione se si chiederà, in caso di rigetto, la stessa cosa dallo stesso individuo per altro titolo traslativo della proprietà”. (Ancora sul concetto di causa petendi. In: **Archivio di ricerche Giuridiche**, Roma: Studio di Ricerche Giuridiche Degli Avvocati, 1954, p. 116).

⁴⁶⁶ Como textualmente disse o autor, “(...) fatti, in altre parole, individuabili alla estregua di un ‘rapporto giuridico’ disciplinato dalla legge”. E completa o autor: “La differenza tra ‘fatto’ e ‘rapporto’ sta appunto in ciò che il secondo è il *genus* di una specie o, più in sintesi, la designazione giuridica necessaria al primo perchè possa scorgersi in esso l’attitudine a generale un diritto”. (GIANOZZI, op. cit., p. 18).

⁴⁶⁷ Ibid., p. 51.

⁴⁶⁸ “I fatti allegati come rilevanti, ossia generatori di un diritto e di una necessità di tutela, devono prima di tutto essere accertati nel loro accadimento storico (vanno provati come esistenti), e poi ragguagliati ad una *fattispecie* legale: da fatti storici divengono fatti giuridici generatori – nella loro funzione attiva – di un diritto, e nella loro funzione passiva di un interesse alla tutela giurisdizionale”. (**La modificazione della domanda**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 17).

⁴⁶⁹ Ibid., p. 48.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 42.

É bem verdade, no entanto, que Gianozzi, seguindo uma tradição já consolidada na doutrina processual italiana, não ignorava a distinção entre a individualização jurídica da demanda e a mera atribuição a ela de um determinado nome jurídico – algo absolutamente irrelevante –, a despeito de reconhecer que aquela atividade pudesse assumir importância capital para a caracterização do conteúdo essencial do pedido deduzido.⁴⁷¹

Assim, enquanto o ponto de vista jurídico atribuído pelo autor ao fato constitutivo representaria, quando muito, um projeto subsuntivo sujeito, eventualmente, a alterações pelo juiz, a predicação jurídica relativa à determinabilidade do direito, além de fundamentalmente específica, não se sujeitaria ao arbítrio modificativo do juiz.⁴⁷²

Deste modo, a variável quanto à necessidade de reporte jurídico a uma relação, ora despicienda à caracterização da causa de pedir – nem sempre bem distinguida da temática da singela nomenclatura da ação –, ora fundamental à dedução do pedido, constituiu-se em um ponto mal explicado na obra de Gianozzi. De qualquer modo, o que se realça em seu pensamento é a tentativa, ainda que um pouco confusa, de erigir os fatos à condição de elementos preponderantes à formação da causa de pedir.

2.2.2.2.3 A contribuição de Augusto Cerino Canova – o conteúdo da demanda como situação jurídica hipoteticamente afirmada

O exame acerca do conteúdo da demanda contou, também, com o apoio dogmático precioso de Augusto Cerino Canova, tido por importante segmento da doutrina como o autor do mais complexo e importante trabalho acadêmico sobre o assunto (*La domanda giudiziale ed il suo contenuto*).⁴⁷³

Nessa obra, o processualista italiano sugere a existência de três critérios ao intento de caracterizar toda e qualquer demanda judicial: um deles, de viés subjetivo, propõe a identificação por meio dos sujeitos. Outros dois, de orientação objetiva, propõem-se a

⁴⁷¹ **La modificazione della domanda.** Milano: Giuffrè, 1958, p. 69.

⁴⁷² Disse Gianozzi a esse respeito: “Errore nell’ enunciare il *petitum*, può voler dire errore nel qualificare l’azione senza possibilità di rimedio. Nè può voler dire ripararvi – per analoga ragione – il principio *iura novit curia*. La interpretazione errata dell’azione induce infondatezza di domanda, incide sulla sussistenza del diritto fatto valere. Chi dopo aver agito per nullità trasformi la domanda in quella di simulazione, sostituisce (...) una azione ad un’altra: qui l’errore tecnico, la interpretazione giuridica dei fatti, è irremediabile”. (ibid., p. 69-70).

⁴⁷³ Como ressalta José Rogério Cruz e Tucci: “Cerino Canova, possivelmente no mais importante e completo tratado sobre o conteúdo da demanda judicial, após investigar a vasta literatura italiana e alienígena e os respectivos posicionamento a respeito, procura traçar, de modo original, vários ‘critérios para distinguir as demandas judiciais’”. (**A causa petendi no processo civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 116-117).

caracterizá-las (a) segundo o conteúdo do direito deduzido, ou (b) pela indicação do fato constitutivo.⁴⁷⁴

Aos critérios de caráter objetivo, cuja demanda “richiede l’indicazione del diritto per cui si invoca la tutela, ossia la posizione giuridicamente riconosciuta ad un soggetto in ordine ad um bene della vita”⁴⁷⁵, funcionaria como traço distintivo à compreensão de que as ações ora veiculam direitos que, pelo seu conteúdo, só podem substituir uma única vez entre as mesmas partes, ora tratam de direitos em que essa contingência não se faz premente.⁴⁷⁶

Às primeiras, diz Canova, a caracterização ocorreria pela indicação do *diritto sostanziale fatto valere nel processo*, isto é, pela indicação do próprio conteúdo do direito invocado, revelando-se de nenhuma valia a indicação do título de sua aquisição.⁴⁷⁷ Nesta categoria estariam incluídos, além do direito de propriedade, outros tantos, como o direitos de superfície, usufruto, servidão, bem como os relativos ao *status* de família e os direitos de personalidade.⁴⁷⁸

A essas demandas, nominadas de “autodeterminadas”, seria reconhecida uma pressuposta unicidade da situação substancial.⁴⁷⁹ Bem por isso, seriam elas identificáveis pelo próprio conteúdo do direito que expressam, o qual, em si mesmo, assumiria, potencialmente, todos os títulos hábeis e suficientes para agasalhar a pretensão afirmada. Como consequência, a improcedência da demanda impediria que o autor voltasse a juízo a requer o reconhecimento do mesmo direito, agora alegando causa diversa.

A singularidade maior de sua obra, no entanto, viria a residir no tratamento que dispensaria a uma específica demanda envolvendo direito relativo. Ao fazer uma analogia aos direitos reais de gozo, Canova incluiu na mesma categoria as demandas relativas a direitos obrigacionais relativos a uma obrigação específica que, também por sua natureza, *non possono coesistere simultaneamente più volte tra gli stessi soggetti*. Sujeitar-se-iam a esse

⁴⁷⁴ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 172.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁷⁶ Como reconhece o próprio Canova, essa idealização não constituiu, propriamente, uma cogitação autenticamente particular, mas a releitura de uma antiga construção romana, levada a cabo a partir de fragmentos do Digesto, que já àquele tempo estabelecia distinção entre demandas autodeterminadas e heterodeterminadas. (*ibid.*, p. 176).

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 177.

⁴⁷⁸ Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci. (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117-118).

⁴⁷⁹ “L’individuazione del diritto, e della domanda, attraverso il contenuto ed i soggetti si giustifica appunto com l’unicità ed irripetibilità della medesima situazione sostanziale”. (CANOVA, *op. cit.*, p. 177).

regime, pois, as obrigações que envolvessem a entrega de um determinado bem, ou a prestação de um específico fazer.⁴⁸⁰

Seu pensamento, portanto, não atribuía aos fatos jurídicos papel protagonista na identificação da demanda, tampouco vislumbrava na alteração desses fatos causa hábil à modificação da ação, levando a teoria da individuação às suas últimas consequências.

Com efeito, mesmo reconhecendo a existência de ações envolvendo direitos que poderiam subsistir, simultaneamente, mais de uma vez entre as mesmas partes – nominadas de heterodeterminadas –, e que assim demandariam além da identificação dos sujeitos e do conteúdo do direito, a explicação do *fatto generatore* que fundamentava a pretensão deduzida, ainda assim Cerino Canova atribuía-lhe uma natureza singelamente instrumental, preordenado apenas a indicar o direito feito valer em juízo.⁴⁸¹

Demais disso, esse fatos haveriam de estar em concatenação aos eventos históricos que o ligassem à *fattispecie* que sustentava o efeito jurídico pretendido. A despeito de admitir que o paradigma normativo descrito pelo autor não tinha aptidão de vincular o juiz, porque seu papel corretivo poderia sempre incidir na descrição do direito puro, não negava o autor – ao contrário, o reconhecia – ser o direito substancial feito valer, *in status assertionis*, o real conteúdo da demanda, afinal, *é il diritto e non i fatti, poichè né il principio della domanda né quello del contraddittorio né il giudicato in relazione al motivo inducono acogliere una conclusione diferente.*

2.2.2.2.4 A concorrência dos fatos e do direito para a determinação do conteúdo da demanda – desta vez uma contribuição da doutrina italiana

O exame das correntes até aqui analisadas revelou que seus respectivos constituintes, quer pela inclinação à teoria da substanciação, quer pela individuação, revelaram no desenvolver de seus pensamentos uma particular predileção ora pelo elemento fático, ora pelo

⁴⁸⁰ A esse respeito, consignou: “Il diritto alla consegna o al rilascio di un bene determinato è uno ed único, come unica è la prestazione dovuta dal debitore ed unico l’interesse del creditore com questa soddisfatto. Egualmente unico è il diritto alla riparazione di un muro o ad altra prestazione di facere. Sembrerebbe, così, natural ela conclusione che la domanda giudiziale, con cui tale diritto viene fatto valere e se ne chiede la tutela, è individualizzata da soggetti e contenuto della situazione giuridica” (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 180).

⁴⁸¹ A compreensão da natureza do *fatto generatore*, para o autor, fica clara nesse passagem, entendido como “accadimento storico narrato dall’attore poichè così non si disse né che cosa l’attore deve esporre per individualizzare il suo diritto né come la sua narrazione debba esse intesa a questo fine” (ibid., p. 187).

elemento jurídico para a caracterização da causa de pedir e, em última análise, da caracterização do conteúdo das demandas.

Uma última perspectiva do fenômeno procurou deixar em segundo plano essa abordagem binária,⁴⁸² fazendo realçar a ideia de que tanto uns, quanto outros elementos possuem particular destaque na tarefa de identificação das ações.⁴⁸³

Assumiu destaque invulgar, no enfrentamento deste ponto de vista, o trabalho notável de Ernesto Heinitz, jurista que ao cuidar do problema dos limites objetivos da coisa julgada, destacou relevante espaço à temática da identificação das ações, em particular pela estreita ligação que vislumbrou entre as matérias.⁴⁸⁴

Ao destacar que a distinção das ações não prescindia de uma análise à luz do tradicional critério dos *tria eadem*,⁴⁸⁵ Heinitz reforçou a noção de que o problema central, neste campo, residia no estabelecimento de uma compreensão adequada a respeito da causa de pedir, a qual, ao lado do pedido, constituiria o objeto do processo.⁴⁸⁶

Essa tarefa seria mais dificultosa porque na sua teoria – ao contrário do que expressara a grande maioria da doutrina e, em especial, Chiovenda, que chegara a falar em “essência da ação” – a definição desse elemento poderia assumir contornos diversos em cada um dos sistemas processuais. A definição, a partir disso, não prescindiria de uma análise isolada de um

⁴⁸² Uma crítica contundente a respeito da inoportunidade prática de uma exegese exclusiva entre as teorias da substanciação e da individualização pode ser lida em Gian Franco Ricci (“Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma de del processo civile. In: **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, vol. 4, 1995, p. 1.235). Neste trabalho, o autor realça como a teoria da substanciação acabou por dificultar a compreensão da eficácia da coisa julgada nos direitos obrigacionais, bem como o fato de a individualização ter levando às últimas consequências a importância do pedido.

⁴⁸³ Ao descrever uma crítica à tendência reducionista do conceito de objeto litigioso, ponderou José Rogério Cruz e Tucci: “A doutrina italiana moderna, contudo, considerando os pressupostos das teorias da substanciação e da individualização, tende a superar o cerne da discussão, afirmando que aquelas não representam mais do que as faces da mesma moeda, porquanto culminam por aludir ao direito substancial: ‘... superando la tradizionale contrapposizione ‘sostanziazione’ – ‘individuazione’ si può proficuamente utilizzare la nozione di fattispecie, osservando, com Proto Pisani, che la causa petendi consiste, in definitiva, negli elementi di fatto e di diritto della fattispecie da cui deriva il diritto sostanziale”. (A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista de Processo, vol. 68, 1992, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f01000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 dez. 2017).

⁴⁸⁴ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 129.

⁴⁸⁵ No trabalho que desenvolveu sobre os limites objetivos da coisa julgada, preocupou a Heinitz a temática da compreensão da ação em torno de seus três elementos, afirmando a respeito que: “(...) bisogna (...) esaminare accuratamente tutte le volte in cui si parla di azione nell’insieme di un problema processuale, che cosa precisamente si intenda per azione” E, à frente, arrematou: “Bisogna rilevare che si tratta di identificar ella richiesta fatta dall’attore nel processo per la concessione della tutela giuridica. Non si tratta di identificare nè il rapporto processuale come tale, nè il rapporto sostanziale di per sè, ma una ‘affermazione’ dell’attore intorno a tale rapporto (ibid., p. 131).

⁴⁸⁶ Ibid., p. 135.

particular sistema, que haveria de estabelecer o que o autor deveria afirmar no ato da propositura da ação.⁴⁸⁷

Em outros termos, o problema passaria por se definir qual o papel a ser desenvolvido pelas partes e pelo juiz no processo, e, mais ainda, qual o limite atribuído ao último para alterar as considerações formuladas pelas partes, sem que houvesse a alteração da demanda. Seguindo um posicionamento regularmente consolidado, também Heinitz compreendia que o juiz não ficava limitado ao ponto de vista jurídico deduzido pelo autor, cabendo-lhe avaliar a pretensão – segundo a máxima *iura novit curia* – sob todo e qualquer ponto de vista jurídico possível.⁴⁸⁸

Isso não franqueava ao autor, no entanto, deixar ao exclusivo alvedrio do juiz a formulação, diante da simples alegação de fato, da consequência jurídica que entendesse adequada. Vale dizer, ainda que equivocadamente invocada norma legal, afigurava-se imprescindível ao ator deduzir, dos fatos alegados, uma concreta consequência jurídica que deveria se refletir no pedido formulado.⁴⁸⁹

O papel do autor, disse o processualista, cingia-se à dedução, tanto quanto completa, do “fato jurídico”, reconhecendo, no entanto, que sob esse conceito se escondiam imprecisões e posicionamentos dos mais variados. A tomada de posição por uma vertente mais simpática às teorias da substanciação ou da individuação, passava, na sua visão, sob o enfoque que se lhe atribuía.⁴⁹⁰

O ponto da discórdia residiria, segundo afirmava, no tratamento que uma e outra teoria dedicava ao Direito material. Ao verter críticas à teoria da substanciação, reconheceu que seu problema fundamental incidia, justamente, em impor um exagerado distanciamento do

⁴⁸⁷ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 143.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 145.

⁴⁸⁹ “Non basta che egli allegghi certi fatti, lasciando al giudice di trarne le conclusioni del caso, ma egli deve da sè formulare queste conclusioni e determinare che cosa egli pretenda quale conseguenza giuridica dei fatti allegati. Egli deve quindi fare una domanda concreta (...)”. (*ibid.*, loc. cit.).

⁴⁹⁰ Em realidade, rompendo com uma tradição de vertente alemã, principalmente, Heinitz viu o confronto entre as duas teorias muito mais sob o aspecto que a doutrina tradicional conferia à noção de “fato jurídico” do que, propriamente, à relevância da questão de fato ou de direito para a identificação da demanda. A esse respeito foi expresso: “La pretesa processuale, concepita secondo la teoria dell’individuaione, è in un certo senso più vicina alla pretesa sostanziale di quanto lo sia in base alla teoria della sostanziazione. Chi fa valere più diritti soggettivi sostanziali solleva in base a quest’ultima teoria una sola pretesa processuale, ove siano identici il fatto costitutivo ed il petitum, mentre la teoria dell’individuaione non crede di poter prescindere fino a tal punto dal diritto soggettivo sostanziale. Questa è la differenza essenziale fra le due teorie, e non tanto la diversa valutazione degli elementi di fatto e di diritto, dal momento che anche la teoria della individuaione sostiene irrelevante il puro ‘punto di vista giuridico’ e attribuisce importanza nella maggior parte dei casi al fatto costitutivo”. (*ibid.*, p. 153-154).

processo em relação ao direito substancial,⁴⁹¹ o que, se por um lado representava uma garantia do traço autonomista, por outro configurava um indevido esquecimento de sua natureza instrumental.

Para bem explicitar seu pensamento e reafirmar a noção de que o *nomen iuris* dado pelo autor à situação jurídica afirmada não tinha implicações de maior relevância, Heinitz fez questão de deixar claro que o que importava para a identificação da demanda era a correta e exata determinação da relação jurídica feita valer em juízo, de modo a distingui-la de toda e qualquer outra.⁴⁹²

A partir daí, ganha destaque a cisão que logrou idealizar entre “afirmação jurídica” e “dedução jurídica”. Enquanto a segunda não assumia a mínima aptidão de individualizar a pretensão, revelando-se, em realidade, um ponto de apoio para a mera motivação do pedido, a primeira significaria a própria relação jurídica, que, se alterada pelo juiz, implicaria a alteração da própria demanda.⁴⁹³ O elemento jurídico da causa para o autor – partidário da teoria da individuação – estaria atrelado a uma qualificação jurídica estribada em um direito material, sobre o qual o juiz não teria liberdade de alterar, na medida em que “i singoli diritti soggettivi hanno un’individualità ben precisa”.⁴⁹⁴

Essa peculiar forma de encarar a divergência entre substanciação e individuação a partir da tarefa atribuída aos sujeitos do processo acabou por se refletir em uma heterodoxa forma de enxergar os limites objetivos da coisa julgada.⁴⁹⁵ Afirmando que a teoria da

⁴⁹¹ Sobre isso, afirmou: “Il riconoscimento esatto del fatto che la pretesa processuale è diversa dalla pretesa sostanziale, poichè la prima è soltanto una affermazione e poichè in determinati casi (azioni di accertamento negativo) l’attore non fa valere un determinato diritto soggettivo, ha spinto qualche scrittore fino alla affermazione che la pretesa processuale non possa esprimersi in alcun modo con concetti tolti dal diritto sostanziale e conseguentemente che, restando fermo il *petitum* ed il fatto costitutivo, si faccia valere una sola pretesa processuale, quale che sia il titolo (contrato, arricchimento indebito) per il quale si avanzi tale domanda”. (**I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 159).

⁴⁹² Ibid., p. 160.

⁴⁹³ Assim, podendo o magistrado alterar o ponto de vista atribuído pelo autor à relação jurídica deduzida em face do pedido, a afirmação jurídica seria ínsita à relação de Direito material feita valer em juízo, não sendo lícito ao juiz proceder a qualquer alteração, sob pena de julgar a causa fora dos limites impostos. Disse o autor: “Il tribunale può accogliere una domanda basandosi su di un altro punto di vista giuridico, senza cadere nel vizio di *ultra petita*. In che modo si distinguono queste deduzione da quelle affermazione dell’attore, che sono indispensabili per individuare la richiesta? Le deduzioni giuridiche servono a motivare, non ad individuar la richiesta; esse cercano di stabilire un nesso fra la fattispecie e la conseguenza giuridica, senza determinarla ed individuarla. La parte può cambiar le deduzione giuridiche a piacere e può anche del tutto farne a meno: *jura novit cúria*. Il giudice può – e deve – applicare un altro punto di vista giuridico, non messo in rilievo dalla parte. Ma egli non può affermare un diritto diverso da quello richiesto dall’attore. È escluso che il giudice passi senz’altro da una pretesa all’altra” (ibid., p. 180-181).

⁴⁹⁴ Ibid., loc. cit.

⁴⁹⁵ “La parte dovrebbe alegare certi fatti e chiedere un determinato provvedimento, il giudice dovrebbe esaminare tale richiesta dal punto di vista di tutte l enorme eventualmente applicabili (proprietà, rapporti, obbligatori, *condictio* ecc), e la cosa giudicata formatasi su di questa pretesa processuale coprirebbe necessariamente tutti i diritti sostanziali”. (ibid., p. 329).

substanciação dera preponderância exclusiva às alegações de fato e à consequência formal abstratamente formulada no pedido, concluíra que a coisa julgada, por conta de uma natureza essencialmente processual da pretensão, cobriria necessariamente todo e qualquer direito eventualmente vinculado.⁴⁹⁶

Diante de uma diversidade de tratamentos que não seria benéfica a afastar imprecisões, pareceu-lhe adequada a tomada de uma posição que revelasse equilíbrio entre o componente fático e o componente jurídico, porque a isolada indicação da razão feita valer em juízo pelo autor não seria capaz, em todos os casos, de prescindir do elemento jurídico para a determinação da causa de pedir.⁴⁹⁷ Ao assumir um meio termo entre individuação e substanciação, estaria reconciliada, segundo o autor, a relação entre direito e processo, ainda que a pretensão objeto do processo relevasse, em último nível, um componente processual.

Outro destacado jurista que cuidou deste problema à luz de uma harmoniosa relação de preponderância entre Direito material e processo foi Elio Fazzalari. Sob uma designada forma de encarar o conteúdo da causa de pedir à vista de uma *fattispecie*, disse o autor que a referência às questões fáticas e àquelas relacionadas à afirmação da relação jurídica feita valer traduzir-se-ia em dois pontos de vista perfeitamente compatíveis.⁴⁹⁸

Em crítica aberta à doutrina alemã, que na sua visão tornara o processo um terreno infenso à influência do Direito material pela concretização do ideário autonomista, Fazzalari propalara não haver objeção que impedisse uma coordenação entre a “situação substancial” e o processo.⁴⁹⁹

Aliás, ao fazer coro ao pensamento de Carnelutti sobre o chamado relacionamento lógico circular entre os dois planos, segundo o qual o processo serve ao direito, e este, para aquele fim, deve ser por ele servido,⁵⁰⁰ Fazzalari assevera que a situação substancial – declinada *in status assertionis* – inspira e influi o processo em todo o seu caminhar, tornando assim mecanismo ínsito de legitimação.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ **I limiti oggettivi della cosa giudicata.** Padova: Cedam, 1937, p. 329.

⁴⁹⁷ Como afirmou, “(...) a noi (...) sembra che per *causa petendi* debbano intendersi quegli elementi di diritto e di fatto che servono ad individuare il *petitum*, cioè a completarlo e costituire così insieme con esso una determinata pretesa ins senso processuale” (ibid., p. 165).

⁴⁹⁸ “Mi pare (...) che le contrapposte soluzioni siano poco o punto distante e che, anzi, si possano giustaporre come due facce della stessa realtà: propugnare, infatti, l’allegazione dei fatti costitutive o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della *fattispecie* (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due ponti di vista perfettamente compatibile, anzi corrispondenti”. (**Note in tema di diritto e processo.** Milano: Giuffrè, 1957, p. 118).

⁴⁹⁹ Ibid., p. 121.

⁵⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo.** Napoli: Morano, 1958, p. 33.

⁵⁰¹ “Di tale coordinamento (fra atti del processo e diritto) si possono cogliere più gradi, passandosi dall’asserzione del diritto, la quale legittima gli atti preparatori delle parti e del giudice nel processo do

Ao lado, portanto, da indicação dos fatos e dos elementos de direito que constituem a razão da demanda, Fazzalari compreendia que o conteúdo da causa de pedir seria integrado por um componente de feição passiva, isto é, do fato ou da circunstância concreta ou potencial que denotasse lesão ao direito subjetivo deduzido em juízo.⁵⁰²

É bem de ver, por outro lado – e aí a originalidade de sua doutrina – que o direito subjetivo mencionado por Fazzalari compreendia uma posição favorável em estado de asserção, e não um direito efetivamente existente.⁵⁰³ Desta forma, mesmo diante de uma sentença de improcedência – que reconhecesse, então, a inexistência do direito hipoteticamente deduzido – a *semplice affermazione* resguardaria a higidez do objeto do processo, pois que nesse caso a situação substancial seria simplesmente negada pelo órgão jurisdicional.

Em consequência, para o mestre de Roma a causa de pedir correspondia ao elo de ligação entre a norma de Direito material supostamente violada e o juízo que é levado à cognição judicial, a partir do momento em que a situação substancial é retratada na petição inicial.⁵⁰⁴

Em termos bastante próximos aos propostos por Fazzalari, encontra-se a também doutrina de Andrea Proto Pisani.⁵⁰⁵ Ao descrever o direito de ação como um conglomerado de

cognizione, all'accertamento del diritto, che legittima, nel processo do cognizione, la sentenza di accoglimento” (**Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 109).

⁵⁰² Ou como diz o autor, “(...) cioè dell’obbligo che, dovendo – da solo o con altre posizioni soggettive – funzionare come strumento per la realizzazione di quel diritto, è praticamente mancato al compito”. (ibid., p. 127).

⁵⁰³ Como bem realça Sergio Menchini ao referir-se a esse posicionamento, a autonomia do processo nesta relação associativa com o Direito substancial fazia com que o objeto do processo fosse encarado como “(...) la situazione soggettiva affermata com la domanda, sull’esistenza della quale il giudice è chiamato a pronunciare. Diritto soggettivo *affermato*, si è detto; ciò in ragione dell’autonomia del processo rispetto ai rapporti sostanziali, che si esprime nella raffigurazione dell’azione civile in termini di diritto ad un provvedimento di merito, piuttosto che di diritto ad una pronuncia favorevole; se fattispecie constitutiva del potere di agire è non l’effettiva titolarità di una situazione di vantaggio, ma la mera affermazione di essa, oggetto del processo sarà un diritto non efetivamente existente, ma meramente affermato. In tal modo è fatta salva la distinzione tra diritto processuale e diritto sostanziale ed è rispettata l’autonomia de primo rispetto al secondo; d’altro canto, però, è mantenido il collegamento tra azione e diritto soggettivo ed è riaffermata la strumentalità di quella nei confronti di questo”. (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 45-46).

⁵⁰⁴ Neste sentido, José Rogério Cruz e Tucci (A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista de Processo, vol. 68, 1992, p. 4. Disponível em:

<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&sruid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&is DocFG=false&is FromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 dez. 2017).

⁵⁰⁵ Ressaltando um ponto de equilíbrio entre a influência do Direito material em conexão com o processo, Proto Pisani destaca que as situações processuais a que estão submetidas as partes devem ser vistas sob um ângulo de mera afirmação, independentemente da efetiva existência do direito feito valer em juízo. Segundo o autor: “L’autonomia del processo dal diritto sostanziale, se comporta la necessità di attribuire poteri, doveri e facultà

situações subjetivas, composto de poderes, deveres e faculdades processuais, o processualista italiano institui o direito substancial – meramente afirmado – como seu fator de unificação. A demanda, inserida então neste complexo de situações processuais, representaria o ato pelo qual o autor introduziria em juízo o direito feito valer, cabendo ao juiz, como ato ínsito de seu ofício, verificar se a narrativa fática descrita pelo autor correspondia à efetiva realidade jurídica.⁵⁰⁶

Dirigindo crítica à doutrina alemã, que enxergava a pretensão processual desvinculada de uma concreta situação jurídica segundo uma específica *fattispecie*, Proto Pisani entendia que “il potere processuale di proporre la domanda giudiziale (...) è ricollegato ad una concreta situazione giuridica”.⁵⁰⁷

Segundo o autor, partindo então de uma análise do direito processual positivo italiano, não seria lícita uma caracterização do objeto do processo que desconsiderasse a influência do direito material.⁵⁰⁸ A individualização da demanda, sob esta perspectiva, corresponderia à individualização do direito feito valer em juízo, constituindo, deste modo, o *oggetto sostanziale del processo*.⁵⁰⁹ Em complemento a este raciocínio, para o autor, o objeto do processo não equivaleria à reunião de fatos, mas ao arcabouço jurídico, ou melhor, ao próprio direito afirmado em juízo, caracterizado por normas substanciais à luz dos três clássicos elementos da ação.⁵¹⁰

Fica claro, assim, que a relevância dos fatos para o autor estaria, pois, na identificação do direito substancial alegado em juízo, e, para tal, seria fundamental que a causa de pedir contemplasse o material de fato que caracterizasse a *fattispecie* deduzida.⁵¹¹ Havendo a

processual independentemente dalla efetiva esistenza del diritto sostanziale, non può giungere a negare qualsiasi collegamento (...).” (**La trascrizione delle domanda giudiziale**. Napoli: Jovene, 1968, p. 55).

⁵⁰⁶ PISANI, Andrea Porto. Dell’esercizio dell’azione. In: ALORRIO, Enrico (coord.). **Commentario del Codice di Procedura Civile**. Torino: UTET, 1973, p. 1.046.

⁵⁰⁷ Ibid., p. 1.058.

⁵⁰⁸ “Secondo il nostro diritto positivo tale collegamento è realizzato dall’essere la concreta situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio (individuata secondo l’enorme del diritto sostanziale, situazione giuridica la cui esistenza risulterà solo a seguito del processo nella decisione finale del giudice) elemento costitutivo del potere di proporre la domanda giudiziale e dei singoli poteri, doveri e facoltà processual (ibid., p. 1.059).

⁵⁰⁹ Id., **Lezioni di diritto processuale civile**. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 61.

⁵¹⁰ “Oggetto del processo e del giudicato non sono mais fatti o atti (...) ma sempre e solo diritti: il diritto fatto valere in giudizio tramite la domanda dell’attore. Tale diritto a sua volta si determina, alla stregua delle norme di diritto sostanziale, sulla base dei ter classici elementi delle *personae*, del *petitum* e della *causa petendi*”. (ibid., p. 62).

⁵¹¹ Daí que a causa de pedir, sob esse pensamento, seria “(...) data dagli elementi di fatto e di diritto dalla *fattispecie* da cui il diritto sostanziale dedotto in giudizio (il quale costituisce l’oggetto cosiddetto sostanziale della domanda”. (ibid., p. 1.062).

alteração de qualquer desses elementos, alterada estaria a causa de pedir e, por via de consequência, também a demanda.⁵¹²

A questão atinente ao concurso de demandas revelaria um reflexo da pluralidade de direitos substanciais. Sendo único o direito feito valer em juízo, posto que refletido em mais de uma *fattispecie*, estar-se-ia diante de um singelo concurso de normas, perante o qual estaria o juiz absolutamente livre para decidir – e acolher – a demanda com suporte em perspectiva jurídica diversa daquela indicada pelo autor.⁵¹³

Do contrário, a existência de um autêntico concurso de direitos implicaria que a aplicação do *iura novit curia*, pelo juiz, ante a mutação da indicação normativa realizada pelo autor, transbordasse a questão da mera alteração do *nomen iuris*. Traduzindo-se isso na própria alteração da demanda, estaria o juiz interdito de dar o ponto de vista jurídico que lhe parecesse adequado, impondo-se-lhe o julgamento da demanda segundo a qualificação jurídica realizada pelo autor.⁵¹⁴

Em resumo, para os processualistas que seguiram tal orientação, não apenas os fatos, mas também o direito contribuiria decisivamente para a individuação da demanda, destacando-se à causa de pedir – forjada a partir do Direito material – o amálgama de fatos e elementos jurídicos.

2.2.3 A identificação da demanda a partir da teoria da lide

Uma última compreensão acerca da identificação do conteúdo das demandas teve em Francesco Carnelutti, reconhecido processualista de personalidade polêmica,⁵¹⁵ seu mais

⁵¹² Conquanto também reconhecesse válida a aplicação da máxima *iura novit curia*, Proto Pisani compreendida escapar à incidência do adágio a modificação do elemento de fato ou de Direito que implicasse a alteração do direito deduzido. Como afirmou textualmente, a modificação da causa de pedir ocorreria sempre que “(...) si mutino gli elementi di fatto sai quando si mutino gli elementi di diritto della fattispecie da cui deriva il diritto dedotto in giudizio”. (Dell’esercizio dell’azione. In: ALORRIO, Enrico (coord.). **Commentario del Codice di Procedura Civile**. Torino: UTET, 1973, p. 1.062).

⁵¹³ **Lezioni di diritto processuale civile**. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006, p. 74.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 75.

⁵¹⁵ Segundo informa Cândido Rangel Dinamarco, o gênio forte de Carnelutti não lhe poupou, quer na academia, quer como advogado, que ao longo de sua vida profissional viesse a se envolver em inúmeras polêmicas: “Quando opinava sobre trabalhos alheios não omitia uma observação, não poupava crítica sequer, em nome de normas de convivência ou para evitar atritos com colegas ou com os jovens. Dele, disse Allorio (...) que fazia questão de dar a última e professoral palavra sobre todos os assuntos e o que os outros escreviam era *inútil*, porque mera repetição disfarçada de suas teorias, ou *absurdo*, porque discordante de suas teorias. (...) Na atividade era aquela mesma pena ardorosa e combativa, canalizando todo seu virtuosismo dialético em benefício das causas que patrocinava; conta-se que não era raro suceder que, ao discutir alguma causa em audiência, Carnelutti se voltasse ao advogado adversário e, censurando os pontos-de-vista deste como se estivesse diante do mais bisonho de seus alunos, lhe observasse: ‘o colega certamente não se lembra do que eu ensino em meus

destacado expoente. Fugindo de uma tradição maciçamente observada na doutrina italiana, que empreendera esforço na identificação da demanda, como se viu, a partir do conceito de ação, o processualista elegeu como pedra angular de sua doutrina a ideia de “lide”.⁵¹⁶

Essa revolucionária forma de enxergar o problema, em realidade um sistema verdadeiramente autônomo,⁵¹⁷ teve o mérito de situar o conceito de lide – uma categoria processual até então sem específico significado científico – em ambiente sistematizado e articulado em função de uma séria de consequências processuais.⁵¹⁸

O destaque que ora se confere a tal compreensão justifica-se não só diante da autoridade de seu idealizador – que, muito mais que simpatizantes, acabou por atrair uma plêiade de glosadores que efetivamente acabaram por levantar pontos obscuros de sua doutrina – , mas especialmente pelo prestígio que acabou por encontrar no Brasil, a ponto de ganhar espaço conceitual em dois de nossos códigos de processo.⁵¹⁹

A engenhosa construção dogmática de Carnelutti tem por princípio elementar a ideia de “interesse”, que o processualista conceituou como sendo a posição de um homem favorável à satisfação de uma necessidade.⁵²⁰ Em realidade, foi em torno desse conceito que o mestre desenvolveu a teorização em torno da compreensão de lide e, também, de todos os institutos que, de forma direta ou indireta, estavam atrelados à questão da identificação da demanda.

Segundo definição que acabou por se tornar clássica, a satisfação de uma necessidade dar-se-ia pelo gozo de uma situação favorável. Para Carnelutti, quando essa satisfação se encontrava em rota de colisão com outra, relativamente a uma necessidade diversa, que, em

livros sobre esse assunto’. Com esse temperamento, tendo essas atitudes intransigentes e nada humildes diante das opiniões alheiras, era natural que ele se envolvesse, como se envolveu, em inúmeras polêmicas”. (Polêmicas do processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 117).

⁵¹⁶ Neste sentido, como bem recorda mais uma vez Cândido Rangel Dinamarco, “(...) a lide é, na obra de Carnelutti, mais do que uma conceito magistralmente elaborado e mais até do que um instituto de primeira grandeza na constelação do direito: ela está ao centro de todos o seu sistema e é em torno dela que gravitam todos os demais institutos e as construções de Carnelutti”. (O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 117). No mesmo sentido, Araken de Assis (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 49) e, na literatura estrangeira, Piero Calamandrei (Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere Giuridiche**, Napoli: Morano, vol. 1, 1976, p. 200).

⁵¹⁷ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 29.

⁵¹⁸ BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 103.

⁵¹⁹ Espaço conceitual este que, segundo Ovídio A. Baptista da Silva, acabou por se distanciar da “morada original” no seio da vasta obra carneluttiana. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 104).

⁵²⁰ **Lezione di diritto processuale civile**. vol. 1. Padova: CEDA, 1936, p. 7.

razão disso, acabava por ser excluída, surgia aquilo que acabou por designar de “conflito de interesses”.⁵²¹

A contingência da vida em sociedade, exigente por pacificação, demandava que os conflitos de interesses fossem solucionados à luz de critérios racionais, daí excluída toda e qualquer forma de violência. Segundo Carnelutti, a solução ordenada e pacífica dos conflitos atendia a um pressuposto interesse coletivo,⁵²² e, de ordinário, impunha-se pela subordinação de um interesse a outro.

Quando essa subordinação não acontecia de forma voluntária, pela resignação de um dos sujeitos envolvidos, a composição do conflito deveria atender a um imperativo sociológico, *cioè nell’assoggettamento dei due interessati alla volontà altrui*, como resume Piero Calamandrei a respeito desse trecho da obra de Carnelutti.⁵²³ Subordinado ao Direito, pela previsão em abstrato de consequências jurídicas, o conflito converter-se-ia em um *rapporto giuridico*.⁵²⁴

A relação jurídica, por si só, representava na visão do processualista uma realidade ainda incompleta em torno da resolução do conflito.⁵²⁵ O passo seguinte, nesta direção, já agora em perspectiva dinâmica, demandava por parte de um dos sujeitos da relação jurídica a prática de um ato volitivo, tendente agora a subordinar a vontade de seu oponente a sua própria. A essa vontade de subordinação, Carnelutti deu o nome de “pretensão”, que, se efetivamente resistida pelo titular do interesse em confronto, faria surgir a “lide”.⁵²⁶

⁵²¹ Nas palavras do autor: “Vi è conflitto fra due interessi quando la situazione favorevole per il soddisfacimento de un bisogno esclude la situazione favorevole per il soddisfacimento di un bisogno diverso”. (**Sistema di diritto processuale civile**. v. 1. Padova: Cedam, 1936, p. 12).

⁵²² Ibid., p. 8.

⁵²³ Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere Giuridiche**, Napoli: Morano, vol. 1, 1976, p. 200.

⁵²⁴ Como diz textualmente Carnelutti: “Questo non è altro se non la espressione della composizione di un conflitto mediante il diritto; o, in altri termini, un conflitto di interessi regolato dal diritto”. (op. cit., p. 25).

⁵²⁵ É possível notar que a percepção de relação jurídica havida por Carnelutti como um vínculo que se estabelece entre pessoas à vista de uma satisfação é semelhante àquela que fora, bastante tempo antes, desenvolvida por Savigny, segundo quem não haveria qualquer possibilidade de relacionamento entre pessoas e objetos. No Brasil, essa compreensão ganhou a adesão de Pontes de Miranda, para quem: “A relação jurídica é entre pessoas, isto é, entre entidades capazes de ter direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. Relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica”. (**Tratado de direito privado**. 3. ed. Tomo 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 117).

⁵²⁶ A essa nova realidade, Carnelutti descreveu como sendo “(...) o conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro”. Ao assim reportar-se à lide, Carnelutti lograra realizar um importante contraste em face à reação jurídica. Disse o jurista: “Anche la lite, come il rapporto giuridico, è un conflitto di interessi qualificato; é perciò presenta un elemento os aspetto materiale e un elemento formale: il primo è il conflitto di interessi, il secondo il conflitto di volontà. Balza chiara (...) la analogia e la differenza tra rapporto giuridico e lite: la prima sta nell’elemento materiale che è idêntico; la seconda nell’elemento formale che è diverso. Meglio che diverso, anzi, contrario: vi è rapporto giuridico perchè il conflitto di interessi è composto in una coordinazione di volontà; vi è lite in quanto, invece, il conflitto si resolve in un contrasto di volontà”. (op. cit., p. 40).

Era essa categoria então, isto é, a lide, que representava no pensamento de Carnelutti o objeto do processo.⁵²⁷ Desde aí podem ser vistas uma séria de particularidades em relação à teoria que identificava o conteúdo da demanda sob a perspectiva da teoria da ação. A lide, para Carnelutti, não seria composta pelos tradicionais *tria eadem*, mas por elementos diversos, relacionados aos sujeitos protagonistas da relação jurídica, ao bem, ou mais propriamente à situação jurídica que satisfizesse o interesse, e aos interesses em contraste, isto é, a pretensão e a contestação da pretensão.⁵²⁸

Este, pois, o material que deveria ser posto à análise do juiz. A lide, portanto, seria posta no processo para que o juiz, por meio dele, pudesse compô-la. Não se confundindo com o processo, a lide assumiria em relação a ele, dessa forma, uma relação de conteúdo e continente, como faz questão de deixar claro o processualista. Tratar-se-iam, pois, de duas realidades diversas.⁵²⁹

Inserido nesta contextualização, ao juiz incumbia a resolução de “questões”, aí compreendidas as afirmações contidas nas razões que, dentro do processo, tivessem gerado uma situação de dúvida a respeito de uma questão de fato ou de direito, de cuja resolução depende o equacionamento da lide.⁵³⁰ Carnelutti faz questão de deixar claro que, na sua teoria, as questões não seriam a lide em si – sendo essa circunstância, com se verá adiante, um dos motivos que levaram seus adversários a questionar a validade de seu pensamento.

Fica claro que para Carnelutti as questões seriam a razão da lide,⁵³¹ que, uma vez dentro do processo, deveriam ser resolvidas como elemento causal, a revelar uma

⁵²⁷ Lite e processo. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, vol. 5, n. 1, 1928, p. 99.

⁵²⁸ Em termos literais: “La identità della lite risulta, naturalmente, della identità dei suoi elementi: soggetti, oggetti e pretesa. Se uno solo dei tre elementi varia, la identità sparisce”. No conceito de pretensão desenvolvido por Carnelutti – e, de modo contrário, também no seu reverso – repousa outra novidade digna de realce. Pretensão e contestação à pretensão, respectivamente, seriam formadas por “razões”, compostas por elementos de fato e de direito, às quais o processualista mencionou como sendo “la affermazione della tutela, che l’ordine giuridica concede all’interesse di cui si esige la prevalenza; in altre parole la affermazione della conformità della pretesa ao diritto (obbiettivo). (...) La ragione necessariamente si rissole (...) nella affermazione dell’effetto, in cui la tutela si concreta, e nella affermazione di fatto, da cui la tutela discende”. (op. cit., p. 348-355).

⁵²⁹ “Il processo consiste prima di tutto nel portar la lite davanti al giudice l anche nello svolgerla al suo cospetto(...) il processo non è la lite ma la riproduce o la rappresenta davanti al giudice (...). La lite non è il processo, ma è nel processo; deve essere nel processo se il deve servire a comporla. Perciò passa tra processo e lite lo stesso rapporto che corre tra contenente e contenuto”. (**Sistema di diritto processuale civile**. vol. 1. Padova: Cedam, 1936, p. 341).

⁵³⁰ Na conceituação do autor: “In quanto una affermazione, compressa nella ragine (della pretese o della contestazione), possa generare un dubbio e così debba essere verificata, diventa una questione”. (ibid., p. 386).

⁵³¹ Carnelutti reconhece expressamente isso quando afirma: “Una lite (...) nasce perchè le parti dissentono intorno al regolamento del conflitto; cioè intorno ai presupposti della tutela, pretesa dall’una e contrastata dall’altra. Ogni dissendo intorno a uno di questi presupposti è una questione. Non ci può essere lite (di questo genere) senza una questione” (Lite e processo. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, vol. 5, n. 1, 1928, p. 100).

inescondível ligação entre os planos material e processual, do qual o conceito de questão seria o elo inescusável.⁵³²

Dentro do processo poderia ser suscitada uma única questão – especialmente quando a solução da lide dependesse da resposta a apenas uma razão duvidosa – ou, ao contrário, uma pluralidade delas, sendo defeso ao juiz, na hipótese de o autor sonegar ao processo alguma questão possível de ser oposta, solucionar a lide fora dos contornos estabelecidos pelas partes.⁵³³

A lide, nesta última conformação, seria trazida ao processo acompanha de todas ou de apenas algumas das questões existentes, cabendo essa escolha ao autor, que, por seu exclusivo desígnio, poderia optar por introjetar no processo toda a lide existente no plano social, ou apenas parcela dela.⁵³⁴

Ainda segundo Carnelutti, a resolução das questões dar-se-ia através das razões expostas pelas partes, indicativas da situação de fato e da norma legal em torno do qual o dissenso ocorrera. Segundo idealizara, a procedência de uma pretensão estava condicionada à correspondência entre o fato deduzido e à *fattispecie* eleita como paradigma normativo.⁵³⁵

Para que sua teoria restasse compatível com a autonomia do processo, Carnelutti definiu, em realidade, que as razões correspondiam a afirmações de fato coincidentes com uma *fattispecie* de uma norma jurídica.⁵³⁶ Com isso, como ele próprio acabou por reconhecer, reduziu a noção de “razão” àquele conceito que a doutrina tradicional identificava por *causa petendi*.⁵³⁷

⁵³² Lite e processo. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, vol. 5, n. 1, 1928, p. 100.

⁵³³ Como acentuou: “Del portare in tutto o solo in parte la lite nel processo sono padrone le parti; infatti il giudice non deve comporla oltre i limiti della domanda. La domanda è appunto, il mezzo con cui la parte sottopone la lite al giudice”. (ibid., p. 101-102).

⁵³⁴ Daí, pois, a compreensão do autor acerca da existência de “processos integrais” e “processos parciais”, a depender, no processo, da existência de todas ou de algumas das questões relacionadas à lide: “Può (...) avvenire (...) che la lite entri nel processo per alcuna soltanto la tra le sue (possibili) questioni, cioè che di tutte le questioni alcune soltanto siano date al giudice da risolvere”. (**Lezioni di diritto processuale civile**. vol. 4. Padova: Cedam, 1930, p. 10). Não se pode deixar de referir que a compreensão de processos totais ou parciais segundo a doutrina de Carnelutti, de uma forma ou de outra, acabou por influenciar enormemente o direito processual brasileiro, particularmente no que alude à compreensão, para os padrões nacionais, dos limites objetivos da coisa julgada e, de uma forma mais direta, também da eficácia preclusiva da coisa julgada. Segundo repara Ovídio A. Baptista da Silva, a compreensão destes institutos, segundo a interpretação que se lhe pretenda atribuir, não prescinde da análise da obra de Carnelutti, sobretudo para que se possa verificar qual foi, na fonte, a ideia central que presidiu a compreensão de “lide” e “questões”. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 106).

⁵³⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p. 172.

⁵³⁶ Ibid., loc. cit.

⁵³⁷ “Per questo concetto gli antichi hanno inventato la formula della *causa petendi*, cioè della causa della domanda; formula esatta perchè in tanto una pretesa può essere dedotta in una domanda in quanto chi la deduce la giustifica con una ragione”. (ibid., loc. cit.).

A alteração da demanda, segundo tais elementos, poderia variar conforme a modificação de um ou de outro, apenas quando importasse na modificação da essência da pretensão.⁵³⁸ Fora disso, estaria o juiz liberto a alterar, segundo o seu ponto de vista, a razão de direito deduzida, porque a isso não se opunha o princípio *curia novit ius*.

2.2.3.1 As objeções à teoria da lide como elemento essencial da demanda

Dentre as críticas que se seguiram à obra de Carnelutti, duas delas logram por ganhar primazia no combate à ideia de lide como polo do objeto do processo. A primeira foi capitaneada por Piero Calamandrei.⁵³⁹ Em obra que se dedicou a estudar o pensamento de Carnelutti, Calamandrei negou que a lide pudesse erigir-se como o objeto do processo porque, sendo possível que apenas parcela dela fosse introduzida no processo – material exclusivo sobre o qual o juiz deveria se debruçar –, o mais correto seria dizer que àquele conceito fossem vinculadas apenas as questões da lide.⁵⁴⁰

Dando desenvolvimento a sua crítica, observou que a lide, enquanto fenômeno sociológico, tem existência destacada do processo, existindo fora e até mesmo antes dele. Deste modo, observa que Carnelutti se equivocara ao situar a lide nos três elementos que argumentava existirem para individualizar a pretensão, pois, estando o processo situado no mundo jurídico – e não no plano sociológico –, nem sempre haveria correspondência entre a lide existente no processo e aquela que, podendo ser eventualmente maior, estaria situada fora

⁵³⁸ E explica mediante a exposição de um exemplo: “(...) la ragione di diritto limita l’area della *quaestio* solo in quanto ne risulti la natura o la misura della pretesa: così se l’attore qualifica giuridicamente la sua pretesa con il diritto di usufrutto, tal qualificazione impedisce al giudice di riconscergli la proprietà del bene contestato, perchè l’usufrutto garantisce un godimento temporaneo e la proprietà il godimento perpetuo di un bene; ma il giudice sarebbe libero di accogliere la domanda per una ragione di diritto diversa da quella dedotta dall’attore se con ciò no si altera la natura o la misura dell’interesse fatto valere con la pretesa”. (CARNELUTTI, op. cit., loc. cit.).

⁵³⁹ Segundo narra Cândido Rangel Dinamarco, o debate entre Carnelutti e Calamandrei foi travado em tom suave, fugindo assim à tônica da polêmica personalidade do primeiro: “Polemizou [referindo a Carnelutti] ainda com Calamandrei sobre o conceito de *lide* que ocupa posição central em seu *sistema* e a cuja utilidade sistemática o processualista florentino opunha uma série de reservas. Com este, porém, que era de sua mesma geração, Carnelutti manteve uma linguagem mais elevada e cordial até, sem descer aos ataques pessoais”. (Polêmicas do processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 118).

⁵⁴⁰ “Se il compito di ‘portare la lite al cospetto del giudice à adempiuto dalla parte mediante la domanda, è certo che il giudice si trova in cospetto non direttamente della lite quale è fuori del processo, ma solo di quella porzione di lite che si trova messa in evidenza”. (Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere Giuridiche**, Napoli: Morano, vol. 1, 1976, p. 222).

da apreciação do juiz.⁵⁴¹ Daí o reforço à compreensão de que o verdadeiro objeto do processo, na lição de Carnelutti, seriam em realidade as questões propostas na demanda.⁵⁴²

Carnelutti retorquiu à opinião de Calamandrei, negando a crítica de que sua teoria elegera, em realidade, não a lide, mas as questões da lide como o objeto do processo, afirmando para tanto que, em realidade, seria através da demanda que o juiz é confrontado com a lide.⁵⁴³ A argumentação de Carnelutti, se por um lado revela uma face ideal do processo – pelo qual seria da maior conveniência que o instrumento pudesse resolver a lide por inteira –, não foi capaz de explicar a existência do processo parcial e, principalmente, uma harmoniosa convivência entre a sentença e a parcela da lide posta de fora do processo.

Ao que parece, tendo o processo, como se disse, uma compreensão estritamente jurídica – que assim contaminaria, com a mesma natureza, a lide no momento em que nele ingressasse – não parece haver sentido em diferenciar os processos em “totais” e “parciais”, porque todos, segundo essa compreensão, teriam feição completa.⁵⁴⁴

Também Enrico Tullio Liebman, reconhecido processualista italiano com vasta influência no Brasil, aderiu à crítica direcionada à doutrina da lide construída por Carnelutti, conquanto tenha reconhecido que o trabalho de seu conterrâneo se constituiu no “mais ousado esforço (sic) feito até hoje para procurar identificar o conteúdo material do processo”⁵⁴⁵.

Afirmando que o mérito da causa é o objeto do processo – e que, naquele conceito, o pedido formulado pelo autor teria a sua pedra de toque –⁵⁴⁶, disse Liebman que só em parte a definição de lide como o mérito da causa formulada por Carnelutti poderia ser aceita.⁵⁴⁷ Ao

⁵⁴¹ Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere Giuridiche**, Napoli: Morano, vol. 1, 1976, p. 221.

⁵⁴² “I termini del problema che il giudice deve resolver si trovano tutti e soltanto nella domanda, senza bisogno di andare al di là: quello che c’è al di là delle domanda delle parti, cioè – per restar nell’ordine di idee del Carnelutti – quella porzione di lite che resta nell’ombra perchè non compressa nelle questioni poste dalle parti al giudice, non entra nel processo ed è quindi irrilevante per il diritto processuale”. (ibid., loc. cit.).

⁵⁴³ Lite e processo. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, vol. 5, n. 1, 1928, p. 102.

⁵⁴⁴ “Questa distinzione può avere significato soltanto se si pone il processo in relazione alla lite considerata nel suo aspetto sociologico o economico o psicologico; ma se si resta nel campo giuridico mi sembra che tutti processi si possano chiamare integrali (...)”. (Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere Giuridiche**, Napoli: Morano, vol. 1, 1976, p. 221).

⁵⁴⁵ O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f01000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017).

⁵⁴⁶ Ibid., p. 6-12.

⁵⁴⁷ Ibid., loc. cit. É curioso perceber, no entanto, que em obra diversa, produzida já quando de seu retorno à Itália, Liebman se afastara dessa definição. Ao dizer que o conhecimento do juiz é conduzido com o objetivo de aferir se o pedido formulado pelo autor é procedente ou não, e que para isso teria ele de analisar todas as questões cuja resolução poderia, direta ou indiretamente, influir em tal decisão, Liebman definiu que o complexo

anuir à objeção lançada por Calamandrei, Liebman afirmou que, como as partes são soberanas na decisão submeter ao julgamento do juiz os conflitos de interesses surgidos,⁵⁴⁸ teriam eles, por maior razão, o poder de trazer ao processo apenas parcela da lide, que, nesta perspectiva, tornar-se-ia a totalidade do objeto do processo.⁵⁴⁹

Deste modo, o mérito da causa não poderia assumir a dimensão idealizada por Carnelutti, mas a exata medida correspondente àquela parte do conflito de interesses a respeito da qual as partes pediram uma decisão. Como assinalou, para o processo interessa o que nele for deduzido, e não outros fatos que poderiam ocorrer pelo mundo afora, o que levaria à conclusão de que o processo e a lide teriam sempre medidas que se corresponderiam e se sobreporiam exatamente.⁵⁵⁰

Pode-se concluir, finalmente, em abono às críticas que lhe foram dirigidas, que a doutrina de Carnelutti apresentou defeitos que o jurista, a despeito do recorrente esforço em contorná-los, não foi capaz de suficientemente explicar. Seria uma injustiça afirmar, no entanto, sobretudo à luz do sistema processual brasileiro, que a dogmatização realizada a partir da noção de lide sociológica e lide jurídica – lapidada pela colaboração de seus adversários – fosse destituída de valor pragmático.

Ver-se-á, em capítulo específico, que o pensamento de Carnelutti, ainda que não idealizado para essa finalidade particular, teve um papel importante para a construção do processo como mecanismo manuprestado à resolução integral da lide, conforme a compreensão de eficácia preclusiva de coisa julgada que esse trabalho reputa por adequada.

Se a crítica de Liebman procede quando refere que o autor é soberano na tarefa de determinar a parcela da lide que deve ser no processo – a pautar, pela congruência, a função do juiz na sua resolução –, não é menos verdadeiro que essa escolha ontológica projeta efeitos importantes não só para a exata compreensão da demanda, mas, sobretudo, para a extensão dos limites objetivos da coisa julgada.

de questões seria o real mérito da causa. (**Manuale di diritto processuale civile**. 4. ed. Milão. Giuffrè, 1980, p. 152). Sobre essa questão, que será retomada mais à frente, Araken de Assis reconheceu que o CPC de 1973, ao atribuir ao pedido a condição de mérito e, em vários de seus dispositivos, de objeto do processo, acabara por se afastar da renovada definição de mérito que o mestre italiano proclamara. (Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 33).

⁵⁴⁸ Consideração, aliás, que é partilhada por Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo, para quem a decisão de promover o processo é um monopólio, como monopolístico também seria o poder de definir o objeto do processo, ao qual o juiz estaria adstrito. (**Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 237).

⁵⁴⁹ LIEBMAN, op. cit., p. 5.

⁵⁵⁰ Ibid., loc. cit.

3. A CAUSA DE PEDIR NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Como visto no capítulo anterior, a temática atinente à identificação das demandas, em razão mesmo de suas vastas e múltiplas implicações, revelou-se uma constante no processo civil, particularmente na Europa Continental.

Certo que o direito processual brasileiro teve, por conhecidas razões históricas, de beber daquela fonte, é natural imaginar que a conformação atual e pretérita de sua estruturação tenha, de uma forma ou de outra, logrado usufruir grande parte das cogitações filosóficas que permearam aquele debate.

Já ao tempo de vigência de nossa primeira codificação processual, o assunto atinente ao objeto litigioso do processo – que aqui, como se disse, encontrou correspondência normativa na ideia de ação material – não passou despercebido à atenção dos doutos.⁵⁵¹ Certo é, no entanto, que a definição em torno dessa categoria jurídica, em solo nacional, nunca encontrou uma fleumática seara conceitual, tampouco, sequer, quanto ao aspecto da linguagem. Segundo recorda Sydney Sanches, não foram poucos os processualista no Brasil que o identificaram com um componente relativo aos escopos a serem alcançados pelo processo.⁵⁵²

Uma vez que, como já mencionado, o objeto litigioso do processo não é algo acabado ou encontrado *in natura*, mas um fenômeno que o legislador tem liberdade para moldar segundo as especificações e particularidades de cada sistema,⁵⁵³ é prudente analisar de que maneira o direito positivo moldou o instituto em tempos atuais.

⁵⁵¹ Escrevendo ao tempo do Código de Processo Civil de 1939, Alfredo Buzaid determinou o objeto do processo nestes termos: “O autor, tomando uma realidade social submete-a através da ação à apreciação do juiz, para que conheça e decida; e este que, sem a atividade provocadora do autor, permanece inerte, passa então a examinar, como tema da sentença, aquela realidade social, mas tão-somente dentro dos limites da proposta feita pelo autor. É este o objeto do processo, o mérito”. (**Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 101).

⁵⁵² Objeto do processo e objeto litigioso do processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 13, jan./mar. 1979, p. 2. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62c9bc17bd3b5f6&docguid=Ib6396c10f25611dfab6f01000000000&hitguid=Ib6396c10f25611dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=198&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017).

⁵⁵³ Uma vez mais, faz-se referência à lúcida doutrina de Araken de Assis que, escrevendo sob a égide do CPC de 1973, afirmou: “(...) torna-se patente, na escolha de um critério, que a ideia de Karl Heinz Schwab, sustentando tratar-se o objeto litigioso de um fenômeno que o legislador encontra e descreve, porém de maneira alguma ‘cria’, se mostra falsa. No direito brasileiro, por opção legislativa, sucede o inverso, devendo o intérprete, nesta contingência, verificar até onde o conceito não discrepa do sistema. Esta observação rompe, reflexamente, outra premissa de Schwab, a de que existe uma noção *unitária* de objeto litigioso (...)”. (Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 29).

A partir da regra da tríplice identidade contemplada no artigo 337, § 1º – réplica literal, aliás, do texto contido no artigo 301, § 2º, do CPC de 1973 –, é perceptível a escolha do legislador pela teoria de Chiovenda,⁵⁵⁴ e estudar a causa de pedir representa, pois, analisar elemento que, se alterado, importa alteração da própria ação.⁵⁵⁵

Dessa dedução não escapa o discernimento de que se faz premente, neste momento, uma análise acerca do elemento causal da ação. Com efeito, a delimitação não só do objeto do processo e da ação (material), mas também dos limites objetivos da coisa julgada,⁵⁵⁶ estão em conexão direta à compreensão que se atribua à *causa petendi*.⁵⁵⁷

3.1 A RELEVÂNCIA DA CAUSA PETENDI NO DISCURSO JURÍDICO-PROCESSUAL

Quando se alude ao fenômeno jurídico, sobretudo em sua perspectiva material, é natural e até mesmo intuitivo imaginar que a realidade normativa – positiva ou não – esteja amparada em uma dada justificação causal exterior.⁵⁵⁸

Conquanto a ideia de existência de uma específica realidade esteja, de ordinário, umbilicalmente vinculada a uma fonte primária, da qual deriva a sua essência e aparência, não são poucos, nem tampouco irrelevantes, os que enxergam no mundo fenomênico um dado aleatório. Afirma-se, pois, ser plenamente viável um efeito – ou, mais propriamente, uma

⁵⁵⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 167.

⁵⁵⁵ Segundo Araken de Assis, para quem – como nós – a ação material encontra descrição conceitual no artigo 301, § 2º do CPC (correspondente ao artigo 337, § 1º, do CPC/15), o critério da tríplice identidade confere equivalência a todos os elementos, de modo que, “robustecendo a conclusão exarada de que, a par da dimensão subjetiva, o objeto do processo se forma através do pedido e da causa de pedir (...) o efeito principal exsurge do fato de que a alteração de qualquer elemento distinguirá, de uma vez por todas, um ação da outra e, destarte, duplicando uma desses elementos, dentro do mesmo processo, haverá cúmulo de ações”. (op. cit., p. 124-125).

⁵⁵⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 91.

⁵⁵⁷ Embora não tenha, em nossa compreensão, a mesma importância na definição da eficácia preclusiva da coisa julgada, diante da existência, por nós admitida, de mais de um critério definitivo quanto ao objeto litigioso do processo. (ASSIS, Araken. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 43).

⁵⁵⁸ Ao traçar os diferentes planos de atuação entre “causa” e sua prestigiada construção conhecida por “elemento categorial inderrogável”, Antônio Junqueira de Azevedo assevera: “A causa é um fato externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto o elemento categorial objetivo é justamente a *referência*, que se faz a esse fato no próprio conteúdo do negócio. Por outras palavras, o elemento inderrogável objetivo *faz parte*, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa, não. O elemento categorial objetivo consiste numa *referência* à causa, a qual está, porém, fora do negócio (ela está, logicamente, ou antes ou depois, mas não no negócio); ela é extrínseca à sua constituição”. (**Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 149-150).

realidade – sem que uma causa lógica, exterior e anteriormente existente, conceda-lhe presença.⁵⁵⁹

No aspecto filosófico, como recorda José Rogério Cruz e Tucci, atribui-se a Platão a célebre distinção entre “causas primárias” ou “inteligíveis” – situadas no plano ideal – e as ditas “causas sensíveis”, estas últimas perfeitamente perceptíveis pelos sentidos diante da realidade material.⁵⁶⁰

Segundo o mesmo autor, coube a Aristóteles, em momento posterior, o mérito de distinguir a concepção de “causa” e “razão”. A última, no pensamento do célebre filósofo, consistia aquilo que confere uma explicação na esfera do conhecer, enquanto que a primeira consistia em um “princípio de dependência” entre duas realidades, vale dizer, uma ponte entre as esferas do conhecer e da ordem real.⁵⁶¹

Também Kant, em tempos bem menos remotos, manifestou adesão a esse ideal, ao asseverar, em célebre frase, que “todas as mudanças acontecem conforme a lei do enlace de causas e efeitos”⁵⁶². Em abordagem àquilo que nominou de “representação sistemática de todos os princípios sintéticos do entendimento puro”, disse Kant que é por intermédio da percepção, ou mais propriamente da sucessão de percepções em perspectiva temporal, que o encadeamento de fenômenos torna-se perceptível, e, por isso, infenso a arbitrariedades.

No campo das ciências do espírito, a noção de “causa” incumbe-se de importância decisiva, ainda que sob variáveis deveras peculiares. Mesmo para quem, com razão, encontra

⁵⁵⁹ Para uma visão da questão em termos metajurídicos, recomenda-se a instigante leitura de Stephen Hawking e Leonard Mlodinow (**The Grand Design: new answers to the ultimate questions of life**. London: Transworld Publishers, 2010).

⁵⁶⁰ **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

⁵⁶¹ Ibid., loc. cit.

⁵⁶² Convém a transcrição de seu pensamento: “Toda mudança à lei de causalidade é possível à experiência mesa, ou seja, o conhecimento empírico de seus fenômenos, porque submetemos a sucesso de fenômenos. Consequentemente, só por essa lei são estes possíveis como objetos da experiência. É sempre sucessiva a apreensão da diversidade do fenômeno. As representações dos acontecimentos se sucedem umas às outras. E quanto a saber se também nos objetos se sucedem, é este, agora, um segundo ponto de exame que não se apresenta no primeiro. É certo que a toda coisa e mesmo a qualquer representação de que tenhamos conhecimento, há a possibilidade de denominar objeto; no entanto, se se pergunta o significado dessa palavra em relação aos fenômenos, levando-se-lhe em consideração não como objetos (representações) e, sim, como apenas denominado um objeto, esta reflexão exige profundidade mais ampla. [...] É por essa regra que deve sempre achar-se na percepção dos que acontece e tornar necessária a ordem das percepções sucessivas (na apreensão desse fenômeno). Derivarei, portanto, na situação que estamos expondo, a sucessão subjetiva da apreensão, da sucessão objetiva dos fenômenos, já que a primeira sem a segunda estaria absolutamente indeterminada e não diferenciaria um fenômeno de outro. Ela não nos prova nada por si só no que se refere à ligação do diverso no objeto, pois é totalmente arbitrária. Portanto, a segundo consistirá na ordem da diversidade do fenômeno, na qual a apreensão de um (que acontece) segue, segundo uma regra, à de outro (que precede). É dessa maneira que posso dizer do fenômeno mesmo, e não apenas de minha apreensão, que há neles sucessão; isso indica que não posso estabelecer a apreensão a não ser dentro dessa sucessão”. (**Crítica da Razão Pura**. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco, São Paulo: Ícone Editora, 2011, p. 134).

fortes motivos para impor divergências entre leis naturais e paradigmas normativos, não é incomum vislumbrar-se compreensões que se prestam a permitir aproximação quanto ao método de abordagem que aqui, sem pretensão à originalidade, nomeia-se de causal.

Para Kelsen, por exemplo, segundo o qual o Direito consistia em uma ordem normativa cuja função atinava ao conhecimento e descrição de normas jurídicas, e de relações por elas constituídas entre fatos que as mesmas normas determinam, a delimitação de espaços encontraria móbil na relação de causalidade.⁵⁶³

Para ser fiel a seu pensamento, convém referir que este eminente jusfilósofo chegou a afirmar que a natureza constituiu-se em uma determinada ordem de coisas, ou sistemas de elementos, que estão, segundo o próprio princípio da causalidade, necessariamente ligados uns aos outros.⁵⁶⁴ Segundo o seu raciocínio, “as chamadas leis naturais, com as quais a ciência descreve este objeto – como, v.g., esta proposição: quando um metal é aquecido, dilata-se – são aplicações desse princípio”⁵⁶⁵.

Ainda que no plano da ciência jurídica esse fenômeno se apresente assaz diverso, não é equivocado supor, diz Kelsen, que tal mecanismo de atuação se pautar por movimentos similares. Partindo de seu conhecido conceito de “imputação”, Kelsen vê inequívoca analogia entre as leis naturais – caracterizadas pela absoluta involuntariedade humana – e as normas jurídicas, cujo conteúdo e consequências decorreriam, ao invés, dessa condição, materializada em um “dever-ser”, como produto final.⁵⁶⁶

⁵⁶³ HANS, Kelsen. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 84.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 85.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁵⁶⁶ Na visão deste jusfilósofo: “Na descrição de uma ordem normativa de conduta dos homens entre si é aplicado aquele outro princípio ordenador, diferente da causalidade, que podemos designar como *imputação*. Pela via da análise do pensamento jurídico pode mostrar-se que, nas proposições jurídicas, isto é, nas proposições através das quais a ciência jurídica descreve o seu objeto, o Direito – quer seja um Direito nacional ou o Direito internacional –, é aplicado efetivamente um princípio que, embora análogo ao da casualidade, no entanto, se distingue dele por maneira característica. A analogia reside na circunstância de o princípio em questão ter, nas proposições jurídicas, uma função inteiramente análoga à do princípio da causalidade nas leis naturais, com as quais a ciência da natureza descreve o seu objeto”. Linhas antes, Kelsen define com mais precisão essa relação de causalidade da qual exsurge a consequência jurídica: “No entanto, nos quadros de uma mundividência científica, dentro dos quais apenas pode achar lugar uma teoria positivista do Direito, a distinção entre lei natural e proposição jurídica deve ser sustentada e acentuada com firme decisão. Quando a proposição jurídica é aqui formulada com o sentido de que, sob determinados pressupostos, *deve* realizar-se uma determinada consequência, isto é, quando a ligação, produzida por uma norma jurídica, dos fatos estabelecidos como pressuposto e consequência é expressa na proposição jurídica pela cópula ‘deve(-ser)’ (*Sollen*), esta palavra não é empregada no seu sentido usual – como já notamos acima e deve uma vez mais ser bem acentuado. Com ‘dever-ser’ exprime-se usualmente a idéia dos ser prescrito, não a do ser-competente (ser-autorizado) ou a do ser-permitido. O dever-ser jurídico, isto é, a cópula que na proposição jurídica liga pressuposto e consequência, abrange as três significações: a de um ser-prescrito, a de um ser-competente (ser-autorizado) e a de um ser-(positivamente)-permitido das consequências. Quer isto dizer: com o ‘dever-ser’ (*Sollen*) que a proposição jurídica afirma são designadas as três funções normativas. Este ‘dever-ser’ apenas exprime o específico sentido

O problema da definição do Direito, que em última análise corresponde a uma indagação também quanto a sua origem, traduz-se em uma tarefa tormentosa que pode lograr resultados estéreis.

A delimitação de seu fundamento de validade ou mesmo das bases segundo as quais uma dada autoridade estaria investida para anunciá-la ou prescrevê-la, representaria uma tarefa inútil se compreendido, ao menos, que as normas obedecem a uma determinada razão que não aleatória. Para Bobbio, assim, “a tentativa de dar uma resposta ao problema da definição do direito, definindo uma espécie de prescrição”, constitui “verdadeiramente uma tentativa destinada ao fracasso”.⁵⁶⁷

Seja com for, não parece adequado imaginar que os direitos possam ser extraídos de uma realidade carente de significação normativa, porque é o Direito quem dita quais fatos assumem, perante essa mesma realidade, a aptidão de lançar eficácia às relações sociais.⁵⁶⁸

Aos propósitos deste trabalho, convém, em um primeiro momento, empreender esforços no sentido de definir o que seja “causa”, porque constrangeria ao bom-senso imaginar que alguém pudesse supor-se titular de uma determinada posição jurídica senão quando apoiado em alguma circunstância que, à sua vista, fosse bastante e suficiente ao efeito jurídico pretendido.⁵⁶⁹

De origem latina, a palavra “causa” apresenta significado equívoco,⁵⁷⁰ tendo sido utilizada no ambiente judiciário ora como o equivalente a contenda judicial,⁵⁷¹ ora como a dedução da matéria litigiosa deduzida perante o juiz.⁵⁷²

No campo do processo, o vocábulo está umbilicalmente vinculado aos motivos que induzem a parte a dirigir-se a juízo para postular por tutela jurídica. As repercussões que o

com que entre si são ligados ambos os fatos através de uma norma jurídica, ou seja, numa norma jurídica. A ciência jurídica não pode exprimir esta conexão produzida através da norma jurídica, especialmente, a conexão do ilícito com a consequência do ilícito, senão pela cópula ‘dever-ser’”. (**Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 86-88).

⁵⁶⁷ **Teoria da norma jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 147.

⁵⁶⁸ Bobbio, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006, p. 15-24.

⁵⁶⁹ Neste sentido, como sugere José Carlos Barbosa Moreira, “(...) todo pedido tem uma causa. Identificar a *causa petendi* é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras: qual o fundamento de sua pretensão?”. (**O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17).

⁵⁷⁰ Como informa Enrico Redenti, a palavra “causa” surge pela primeira vez com significado jurídico processual em um fragmento da Lei das XII Tábuas. Segundo o jurista italiano, o vocábulo foi traduzido por Gaio ao tempo das *legis actiones* como o agir (*agere*) do demandante em busca de um interesse próprio não satisfeito. (Breve storia semântica di causa in giudizio. In: **Revista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Ed. Italia, 1961, p. 6).

⁵⁷¹ JIMÉNEZ, Ansejo. **Nueva enciclopédia jurídica**. Barcelona: Francisco Seix, 1951, p. 784.

⁵⁷² REDENTI, op. cit., p. 8.

tema assume nesta esfera – já tantas vezes aqui citadas – permitem que se tome posição em favor da lição de Cândido Rangel Dinamarco, quando afirma que a causa de pedir está estreitamente ligado ao ônus de afirmar.⁵⁷³

Sendo, pois, uma contingência que se faz premente observar, em prol de uma argumentação lógico-jurídica, já no limiar do processo, uma vez que a *inteireza* da causa de pedir é condição de aptidão da petição inicial,⁵⁷⁴ revela-se imprescindível perscrutar sua morfologia e estrutura, bem com o espaço que ocupado por este elemento da ação no tabuleiro processual – sem qualquer dúvida, como dizia Chiovenda, o mais espinhoso de todos eles.⁵⁷⁵

3.2 A CAUSA DE PEDIR E SEU RELACIONAMENTO COM O OBJETO LITIGIOSO DO PROCESSO

Superada a questão atinente ao conteúdo do objeto litigioso do processo nas vertentes de inspiração alemã e italiana, convém investigar de que forma o processo civil brasileiro acabou por esmoer aquelas cogitações tão fortemente marcadas por dessemelhanças, e em que medida seu conceito se atrela ao de causa de pedir.

Isso se impõe porque, nada obstante a predileção nacional pela teoria da identificação da demanda segundo a formação que lhe empregou a teoria da ação,⁵⁷⁶ com recorrência se depara a doutrina nacional com uma narrativa processual que, aqui e acolá, a ela faz direta

⁵⁷³ Segundo entende, com razão, o eminente processualista paulista, “(...) na lógica e dinâmica da dialética processual o *afirmar* antecede ao *provar* e, por consequência, o ônus da prova é algo que vem logicamente depois do ônus de afirmar (...). Entre os ônus processuais, o primeiro e de maior peso é o de afirmar, especificamente considerado no ônus de demandar”. (Causa de pedir e ônus de afirmar. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 572). Em sentido similar, também Chiovenda: “L’onere di affermare e negare si ripartisce fra le parti, nel senso che è lasciato all’iniziativa di ciascuna delle parti far valere i fatti che essa vuole siano considerati dal giudice, che cioè ha interesse che siano tenuti per veri da lui.” (**Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965, p. 787).

⁵⁷⁴ DINAMARCO, op. cit., p. 577.

⁵⁷⁵ **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 358. Também Gian Franco Ricci (L’allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, 1995, p. 842). Em sentido idêntico, no direito processual brasileiro, Milton Paulo de Carvalho, para quem a causa de pedir dispõe de um “diapasão de sensibilidade maior que os outros dois elementos”. (**Pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 79).

⁵⁷⁶ Neste sentido, em aberta apologia à doutrina de Chiovenda, José Ignácio Botelho de Mesquita chega, inclusive, a fazer coro à máxima do *maestro* de que o critério da tríplice identidade seria um dado interior à essência das ações. Disse o processualista: “Esse problema [referindo-se ao tema da identificação das ações] foi quase sempre tratado com base na tríplice identidade clássica (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*), que o culto à tradição romano legou aos juristas de nossos tempos. E, observa ainda o mesmo Chiovenda, não foi sem razão que este critério identificador chegou até nós, pois, na realidade, aqueles três elementos não são frutos de mera formulação doutrinária ou legislativa, mas dizem respeito à própria essência das ações”. (A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 167).

referência. Em que sentido, pois, deve-se compreender no Brasil a expressão objeto litigioso do processo? E mais, que papel tem a causa de pedir na conformação daquele conceito?

Uma primeira premissa nada ortodoxa à resposta para tais indagações talvez possa gerar alguma perplexidade. Parece fora de questão que, para compatibilidade de certos institutos – ou, melhor dizendo, de um deles com todo o sistema –, o direito processual brasileiro optou claramente por não eleger um conceito unitário em torno dessa realidade.⁵⁷⁷ Para os fins que interessam a este trabalho, vale dizer, a revelação de uma expressão ampla em torno da eficácia da preclusiva da coisa julgada, essa ideia fica bastante clara, consoante abordagem mais à frente realizada.⁵⁷⁸

De qualquer forma, é preciso investigar o modo como a noção de objeto litigioso do processo se confronta com o sistema da tríplice identidade aqui adotado,⁵⁷⁹ o qual confere, como já citado, forma e conteúdo à ação material.

Essa perquirição suscita uma série de cuidados, e, por isso mesmo, uma leitura atenta do Direito positivo permite um bom ponto de partida no enfrentamento da questão. Os princípios dispositivo e da congruência asseveram, em termos positivos, respectivamente, que o “juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (art. 141), e que “é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (art. 492).

Estes dois dispositivos, com ressalva de devidas e oportunas correções, espelham quase que fielmente o que já dispusera os artigos 128 e 460 do CPC/73. Uma leitura atenta destes dispositivos, conjugada àquela extraída do artigo 337, § 2º, permite deduzir que, por

⁵⁷⁷ Hipótese esta que é peremptoriamente negada por Cândido Rangel Dinamarco, segundo quem, “a obtenção de um conceito unitário de objeto do processo, bastante seguro (...) é hoje perfeitamente factível, especialmente à luz dos postulados inerentes ao *processo civil de resultados*”. (O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 347).

⁵⁷⁸ Parece totalmente adequada, assim, as considerações de Araken de Assis: “Em um ponto isolado, no entanto, a extensão do objeto litigioso do processo, enquanto conceito unitário, escapa das raias rigorosas que lhe permitem, em tese, abranger os institutos apontados (cumulação, modificação da demanda, litispendência e coisa julgada). É que, no direito brasileiro. Este último instituto, a coisa julgada, assume uma feição muito peculiar, terminando por extravasar os lindes dos objeto litigioso ou – na ordem de idéias aqui defendida, afinada à dicção do art. 301, § 2.º - da ação material. Nenhuma construção unitária, com efeito, do objeto litigioso, de resto plenamente satisfatória aos demais rincões compatíveis ao problema, se compadece da autêntica transformação operada com o trânsito em julgado. Diversas passagens, na identificação da demanda, ressaltarão a dificuldade” (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 106). Daí que, para nós, parece adequado afirmar – diante da amplitude que entendemos adequada à eficácia preclusiva da coisa julgada – que o objeto litigioso do processo, neste campo específico, limita-se ao pedido formulado pelo autor.

⁵⁷⁹ Critério este que, consoante assevera José Manoel Arruda Alvim, a despeito de não constituir uma verdade científica, tem o mérito de servir a contento à necessidade de identificar a ação. (**Direito processual civil**. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 65).

opção política do legislador, é a partir da demanda, veiculada pela petição inicial, que devem ser verificados os limites da discussão travada no processo, vale dizer, o objeto litigioso do processo, que outra coisa não é senão o mérito da causa.⁵⁸⁰

Essa noção inspirou, ao que se sabe, o trabalho de Alfredo Buzaid quando da elaboração do Código de Processo Civil de 1973. Ao partir do conceito de lide – que de maneira alguma pode ser assemelhada à compreensão havida por Carnelutti –⁵⁸¹, o insigne processualista definiu ser “a lide, portanto, o objeto principal do processo”, nela se exprimindo todas “as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.⁵⁸²

Ainda insuficiente à compreensão de um critério para identificar a demanda e, a partir daí, moldar institutos como a litispendência e a coisa julgada, faltava à doutrina nacional uma definição concreta a respeito da ideia de mérito. A inspiração veio de um vezo italiano, sobretudo da moderna doutrina peninsular,⁵⁸³ que insistia em identificar o mérito exclusivamente pelo pedido formulado pelo autor, destacando à causa de pedir importância menor, circunscrita apenas ao papel de bem determinar o pedido.⁵⁸⁴

Em trabalho clássico, Cândido Rangel Dinamarco, confirmando esta tendência, ressaltou o pensamento de que seria a demanda que define o objeto do processo. Ao negar que as “questões de mérito” constituíssem o seu conteúdo,⁵⁸⁵ definiu-o como a pretensão deduzida pelo autor em relação exclusivamente ao pedido, negando, depois de algum vacilo, qualquer importância prática da causa de pedir.⁵⁸⁶

⁵⁸⁰ Oportunamente escrevera Cândido Rangel Dinamarco, ainda sob a égide do Código revogado, que “confrontando-se a linguagem tradicional, que fala no mérito da causa, com a dos processualistas que investigam acerca do objeto do processo, ver-se-á que o problema é um só, e a busca do conceito deste outra coisa não é senão a busca do conceito de mérito. (...) Para quem vê na *demand*a o objeto do processo, é nela que reside o *meritum causae*”. (O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 306).

⁵⁸¹ Em grande medida porque Buzaid partilhara da crítica feita por Liebman ao conceito de lide arquitetado por Carnelutti. Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco (ibid., p. 319-320).

⁵⁸² Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, item 14. Em obra doutrinária escrita sob a vigência do CPC de 1939, o mesmo autor já dissera coisa semelhante (**Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 103-104).

⁵⁸³ Que, segundo Ovídio A. Baptista da Silva – referindo-se particularmente a Liebman – traduziu-se na matriz teórica que alimentou nossa doutrina. (Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 233).

⁵⁸⁴ Dizia Liebman, neste passo, que o elemento da demanda capaz de desempenhar papel decisivo na determinação do objeto do processo era apenas o pedido, sendo ele, pois, o próprio objeto do processo. O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 6. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc50000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f01000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017).

⁵⁸⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 347-348.

⁵⁸⁶ Suprimindo dúvida que deixara em aberto a respeito da inclusão da causa de pedir em seu conceito de pretensão processual, o processualista taxativamente asseverou: “Nas duas primeiras edições deste livro

Essa compreensão – que, *grosso modo*, corresponde ao pensamento de Liebman – teve ampla aceitação na doutrina nacional, podendo-se citar a adesão feita por José Frederico Marques⁵⁸⁷, José Manoel de Arruda Alvim Netto⁵⁸⁸, Sydney Sanches⁵⁸⁹, José Carlos Barbosa Moreira⁵⁹⁰, Ovídio Araújo Baptista da Silva⁵⁹¹, Moacyr Amaral Santos⁵⁹², Alexandre Freitas Câmara⁵⁹³, dentre tantos outros.

A compreensão do mérito – ou do objeto litigioso do processo –, a partir dessa perspectiva restritiva, assume a premissa de que é o autor o responsável pela determinação de seu conteúdo, uma vez que o réu, ao se defender – ainda que suscite exceções substanciais – de forma alguma alarga sua amplitude.⁵⁹⁴

Essa corrente, como afirmado, confere à causa de pedir função secundária que, se bem observada, mesmo para ela, não parece ser assim tão irrelevante. Cândido Dinamarco, por exemplo, compreende essa particularidade, e afirma que os limites do provimento judicial não se estabelecem apenas em relação ao objeto litigioso do processo – para o autor, como visto,

manifestei-me ainda perplexo diante da dúvida entre a limitação do objeto do processo ao *pedido* e a necessidade de coordenar pedido e causa de pedir para determinação de seu conceito. Em discussões no curso de pós-graduação em minha Faculdade, aos poucos fui amadurecendo o pensamento que acima está exposto, mas por mero lapso não o incluí na 3ª edição. Faço-o agora, pedindo desculpas ao leitor por este lapso. Decididamente, tenho por objeto do processo somente o pedido, repudiando decididamente a inclusão da causa de pedir”. (O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 347-348).

⁵⁸⁷ **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 114.

⁵⁸⁸ Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, jan./mar. 1976, p. 111.

⁵⁸⁹ Objeto do processo e objeto litigioso do processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 13, jan./mar. 1979, p. 10. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62c9bc17bd3b5f6&docguid=Ib6396c10f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib6396c10f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=198&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017).

⁵⁹⁰ **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11).

⁵⁹¹ Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 134.

⁵⁹² **Primeiras linhas de direito processual civil**. 8. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 64.

⁵⁹³ **Lições de direito processual civil**. 16. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 219.

⁵⁹⁴ Neste sentido, Cândido Rangel Dinamarco (**Instituições de direito processual civil**. 6. ed. vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 195). No mesmo sentido, afirma Ovídio A. Baptista da Silva: “Assim como a revelia é inoperante para modificar os limites da coisa julgada, são igualmente indiferentes, para esse fim a espécie ou a intensidade das defesas usadas pelo demandado, visando à rejeição da demanda. Quer o réu se defenda por meio de contestação simples, quer invoque a seu favor as chamadas defesas indiretas, ou exceções substanciais – enquanto nada pede, mas penas procura afastar o pedido contra si formulado pelo autor –, seu comportamento nada poderá acrescentar ao processo, em termos de modificação da demanda, ou de ampliação do objeto litigioso”. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 122).

limitado ao pedido formulado, embora compreendido em conformidade à causa de pedir deduzida.⁵⁹⁵

Também Ovídio Baptista, em alusão direta à doutrina de Schwab, partira desta compreensão, aduzindo que o “estado de coisas” a que se referia o jurista alemão, formado pelos fatos e pelas relações jurídicas deduzidas pelas partes, servia ao menos para interpretar convenientemente o pedido.⁵⁹⁶

Como compatibilizar, portanto, a antinomia que este ponto de vista gera em relação à compreensão extraída do direito processual positivo brasileiro, sem que se gerem deformações ao sistema? Com ressalvas à questão da eficácia preclusiva da coisa julgada, a ser abordada no capítulo final deste trabalho, não parece haver saída, que não admitir que o objeto litigioso do processo não prescinde da presença da causa de pedir.

Com efeito, parece constituir um vanilóquio afirmar que a causa de pedir releva importância para identificar o pedido e não admitir que ela, isoladamente – justamente por isso – não tenha lugar de destaque naquela categoria.⁵⁹⁷⁵⁹⁸ A propositura da demanda, ao assinalar momento crucial para a definição do objeto litigioso do processo, assume importância capital como ato inaugural do procedimento, à revelia do qual não se tem como precisar ou conhecer o seu conteúdo.⁵⁹⁹

Foi por legítima opção – ao sufragar a teoria romana dos *tria eadem* – que o legislador nacional conferiu destaque à causa de pedir, revelando que o pedido, isoladamente, não é suficiente para determinar o mérito da causa, ainda que para tanto se afirme,

⁵⁹⁵ “A regra da correlação entre o provimento e a demanda exige que também sejam respeitados os limites da causa de pedir e da composição subjetiva da desta”. (...) essa observação, contudo, não leva a incluir a causa de pedir ou os sujeitos no conceito ou no âmbito do objeto do processo. Uma coisa é definir os lindes da sentença a proferir (art. 128), que incluem os fundamentos suscetíveis de integrar a motivação da sentença; outra, saber qual a matéria que está sendo julgada, ou seja, qual a pretensão”. (**Instituições de direito processual civil**. 6. ed. vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193-194).

⁵⁹⁶ Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 134.

⁵⁹⁷ Daí que acertada a afirmação de Crisanto Mandrioli: “A queste osservazioni avevo obbiettato che l’encazione analitica di cui a questa norma non impeditiva che quell’intimo collegamento tra petitum e causa petendi che anche l’autore in discorso evidenzia come i due aspetti di un’entità inseparabile”. (**Diritto processuale civile**. 13. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 16).

⁵⁹⁸ Ao admitir que a causa de pedir é elemento essencial da ação, e que o provimento jurisdicional deve ser emitido em razão de uma situação jurídica material, José Roberto dos Santos Bedaque afirma, com razão, que “(...) o objeto do processo e da tutela jurisdicional não é um ato ou um fato, mas um direito, que precisa ser identificado mediante seus atos constitutivos” (Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002). Com isso, fica clara a impertinência de, a despeito de laborar para a configuração do pedido, subtrair-se do objetivo litigioso do processo a presença de causa de pedir.

⁵⁹⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85.

contraditoriamente, que possa ela determinar o pedido.⁶⁰⁰ Deste modo, parece claro que a “pretensão” que Dinamarco afirma constituir o objeto do processo – e que tanta relevância tem para a identificação da demanda, sobretudo por conta da dicção peremptória do artigo 337, § 2º do CPC – erige a causa de pedir como elemento objetivo da pretensão ao lado do pedido, como aliás tem defendido na Espanha Manuel Ortells Ramos.⁶⁰¹

Se assim ocorre, não parece correto defender que a postura do réu não seja capaz, em nenhuma hipótese, de ampliar o objeto do processo. Se é adequada a afirmação de que quando apresenta defesa direta, o réu apenas age para bloquear o pedido do autor, a inclusão de exceção substancial, lastreada em fatos constitutivos, parece desmentir a hipótese aventada por Ovídio Baptista e confirmar aquela defendida por Habscheid.⁶⁰²

De tudo quanto dito, não parece haver dúvida, portanto, de que no direito processual brasileiro não há impeditivo lógico, em regra, a admitir que o conceito de objeto litigioso do processo seja visto em paralelo à noção de ação.⁶⁰³ Aí, portanto, o mérito da demanda, que deverá ser analisado sob um prisma material, à luz das afirmações deduzidas pelas partes *in status assertionis*.⁶⁰⁴

Essa última afirmação, por suposto, será abordada a seguir.

⁶⁰⁰ PINTO, Junior Alexandre Moreira Pinto. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 33.

⁶⁰¹ Segundo esse importante processualista: “Los elementos que componen la pretensión procesal en su aspecto objetivo son la petición que se dirige ao órgano jurisdiccional y lo que se alega o afirma como fundamento de dicha petición”. (**Derecho procesal civil**. Navarra: Aranzandi, 2000, p. 255). No Brasil, uma lúcida reflexão sobre o falso problema acerca da atuação da causa de pedir como elemento definatório do pedido foi feita por José Ignácio Botelha de Mesquita. Ao ressaltar a natureza complementar entre causa de pedir e pedido, disse o processualista: “A meu ver, no atual estágio do desenvolvimento da concepção da ação como direito autônomo, não pode padecer dúvida alguma que a matéria a ser identificada seja o objeto do processo constituído pela *causa petendi* e pelo *petitum* desde o momento em que são introduzidos em juízo por via da petição inicial. E, daí, decorre outra afirmação que não se pode perder de vista: *causa petendi* e *petitum*, intimamente ligados, qual verso e reverso da mesma medalha, ou alicerces e paredes do mesmo edifício, são por excelência os elementos identificadores do objeto do processo, pois o *petitum* é condição da existência da *causa petendi* e esta, por sua vez, não se limita a qualificá-lo ou restringi-lo, mas o individua plenamente”. (A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 167-168).

⁶⁰² Ressalte-se, neste ponto, a posição de Heitor Vitor Mendonça Sica que, em termos gerais, parece coincidir em parte com essa concepção. Ao reconhecer que o réu, em resposta à demanda do autor, formula pedido de tutela jurisdicional quando suscita afirmação que seria suficiente a embasar demanda autônoma, o processualista paulista destaca: “Descartando o conceito de resistência, e assumindo que a afirmação do réu à demanda inicial constitui pretensão processual, é forçoso reconhecer que, ao contrário do entendimento francamente majoritário da doutrina, tem ela aptidão de ampliar o objeto litigioso. A solução da demanda do réu passará a fazer, portanto, parte do *meritum causae*, e isso tem repercussões significativas na relação processual”. (**O direito de defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 257).

⁶⁰³ Professa, com razão, o processualista gaúcho que “(...) ao lado da preferência, *ex professo*, pela idéia de ação, vigora no direito brasileiro tal conceito, a teor do art. 301, § 2º, que a define, pertinentemente à coisa julgada e à litispendência, utilizando os três elementos tradicionais (partes, causa, pedido), tornando desinteressante profundas divagações a respeito. Em sistemas abeberados na mesma forma, explica-se que a ação constitua o objeto do processo (...)”. (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 105).

⁶⁰⁴ MICHELI, Gian Antonio. **Corso de diritto processuale civile**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1959, p. 30.

3.2.1 A identificação da demanda e de seu conteúdo segundo o Direito material

Conquanto não se negue que a pretensão à tutela jurídica ostente natureza processual, é preciso não olvidar que a tarefa desenvolvida pelos juízes e tribunais se estabelece mediante uma alegada relação de Direito material.⁶⁰⁵

Assim, sob pena de se constituir em atividade apartada da realidade, que efetivamente atinge as pessoas em suas múltiplas e variadas relações, a atividade jurisdicional deve encontrar no processo um instrumento apto a levar em consideração essa realidade, no pressuposto de conferir real efetividade. Como oportunamente afirmou Carnelutti, já aqui citado, entre o processo e o Direito material há uma relação circular, pela qual o direito serve ao processo e, ao mesmo tempo, é por ele servido.⁶⁰⁶

Neste passo, uma vez que a demanda⁶⁰⁷ no Estado Constitucional tem por escopo fundamental a tutela dos direitos – assentada a ideia de que o processo existe em função do Direito material –⁶⁰⁸, porque nítida a influência sobre o processo⁶⁰⁹, não é possível imaginar uma metodologia que desconsidere essa forma de organização que inspira, aliás, toda a sequência procedimental.⁶¹⁰

É em função do Direito material deduzido – *in status assertionis*, evidentemente – que o processo deve ser encarado como mecanismo de alteração da realidade.⁶¹¹ Isso, por óbvio, não implica reconhecer a ocorrência de um déficit de autonomia ao direito processual, uma vez que a íntima relação com o Direito material pressupõe a necessária processualização a que deve passar o reconhecimento e a realização do direito material.⁶¹²

⁶⁰⁵ Consoante advertência de Lent, já aqui referida, é desarrazoado imaginar – embora isso por vezes possa ocorrer – que alguém vá a juiz postular por tutela jurisdicional sem alegar a titularidade de uma situação material de vantagem. (Contributo alla dottrina dell’oggetto del proceso. Trad. C. Mandriolli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. 4, 1953, p. 434).

⁶⁰⁶ Profilo dei rapporti tra diritto e processo. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 15, 1960, p. 544.

⁶⁰⁷ Demanda aqui empregada como ato de ir a juízo provocar a atividade jurisdicional, em oposição à compreensão de “demanda-conteúdo”. Assim, Fredie Didier Júnior (**Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. vol. 1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 286).

⁶⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 94.

⁶⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 16.

⁶¹⁰ FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 109.

⁶¹¹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 176.

⁶¹² OLIVEIRA, op. cit., p. 92.

Deve-se concluir, assim, que a demanda pressupõe a existência da afirmação feita pelo autor em relação a um direito substancial, revelando-se, por consequência, no *atto in cui il diritto sostanziale è affermato*.⁶¹³ Destituída desse conteúdo, a demanda representaria um nada jurídico, um elemento desprovido de conteúdo, ou, como refere Fredie Didier Júnior, um recipiente vazio.⁶¹⁴

Para o Direito processual nacional, portanto, não tem qualquer aplicação e valia a teoria de Schwab⁶¹⁵ que, ao atrelar à noção de pretensão processual um componente desligado de uma situação jurídica concreta, promove uma completa e inoportuna cisão entre processo e Direito material.⁶¹⁶ Essa compreensão traz subjacente a ideia de que ao autor incumbe, na petição inicial, apenas a tarefa de descrever os elementos de fato para que o juiz possa, então, a partir deles, compreender o pedido formulado.

Deste modo, não parece adequado o pensamento de Liebman quando, negando à relação jurídica controversa o cerne do objeto do processo, afirmou que a demanda careceria de objeto quando o juiz reconhecesse, na sentença, a inexistência da relação afirmada.⁶¹⁷ A mesma glosa pode ser atribuída a quem enxerga inexistência de objeto litigioso, segundo esta perspectiva, na ação declaratória negativa.

A questão aqui impõe uma mudança de visão quanto ao Direito ou à situação substancial que se imagina ser tutelada. Uma vez que a lei brasileira, como de resto a maioria dos ordenamentos processuais, antevê a possibilidade de o juiz se pronunciar, em ação declaratória, sobre a existência ou inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica, a pretensão processual – dotada, pois de objeto –, só pode ser constituída pela declaração de uma relação de Direito material que, controvertida, alega-se inexistente.⁶¹⁸

Por outra, o que se pretende, em hipóteses que tais, é o reconhecimento de inexistência de uma relação jurídica que outrem, ao contrário, alega existir, não, evidentemente, a

⁶¹³ MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di *petitum* e di *causa petendi*. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 3, 1984, p. 470.

⁶¹⁴ **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. vol. 1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015, p. 286.

⁶¹⁵ Assim também entende Araken de Assis, uma vez que aquela teoria “(...) se mostra inconciliável, totalmente, à disciplina legal vigente no direito brasileiro, face aos termos do art. 301, § 2º [agora art. 337, § 2º, do CPC/15]”. (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117).

⁶¹⁶ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 131.

⁶¹⁷ O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 6. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017).

⁶¹⁸ Neste sentido, Alfredo Buzaid. **Da ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 147.

ocorrência de fatos, revelando-se correta, por consequência, a lição de Alfredo Buzaid quando, citando Rosenberg, asseverara que o objeto da ação e da sentença declaratória é um direito ou uma relação jurídica.⁶¹⁹

A partir disso, isto é, da afirmação do objeto litigioso do processo como relação jurídica meramente afirmada, não pode haver dúvidas, à luz do princípio dispositivo, de que as partes têm o monopólio do poder de trazer ao processo a totalidade desta mesma relação jurídica que o juiz deverá resolver segundo as alegações suscitadas pelos sujeitos processuais.⁶²⁰

A parcela da realidade, ou, para usar de um pensamento carneluttiano, da lide, que ficara de fora do processo não importa ao juiz ou às partes, uma vez que o desenvolvimento da relação processual, segundo as alegações e defesas colhidas por elas será guiada, exclusivamente, pelo material introduzido pela e na demanda.

É, pois, a alteração de um ou de alguns dos elementos trazidos à realidade processual que implicará a alteração da demanda, ou autorizará, em reverso, que outra demanda seja proposta em paralelo, sem que se possa alegar, com validade, *a exceptio res iudicata*.⁶²¹⁶²²

Deste modo, o cerne da demanda se concentra na afirmação de uma situação jurídica deduzida pelo ato introdutório da demanda, cuja dimensão corresponderá, excluída toda a parcela de controvérsia deixada de fora do processo, ao próprio conteúdo da ação.⁶²³

⁶¹⁹ **Da ação declaratória no direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 147.

⁶²⁰ Segundo Augusto Cerino Canova, a demanda distancia “una delle situazioni che ricompongono il rapporto, la astrae dalle altre per farne l’oggetto del processo e segna con questo i contorni della attuale controvérsia (...) ciò che viene fatto valere in giudizio sono una o più tra le situazioni elementar in cui si fraziona il complessivo rapporto tra le parti, poichè ciascuna situazione forma il contenuto minimo del processo”. (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto.** Torino: UTET, 1980, p. 138).

⁶²¹ Na visão de Araken de Assis, “(...) a par da dimensão subjetiva, o objeto do processo se forma através do pedido e da causa de pedir. (...) o efeito principal exsurge do fato de que a alteração de qualquer elemento distinguirá, de uma vez por todas, uma ação da outra; e, destarte, duplicando uma desses elementos, dentro do mesmo processo, haverá cúmulo de ações”. (**Cumulação de ações.** 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 124-125).

⁶²² É importante ressaltar, uma vez mais, que a compreensão acima deduzida não tem aplicabilidade, como temos defendido, à eficácia preclusiva da coisa julgada. A compreensão de uma eficácia preclusiva da coisa julgada em perspectiva elástica – a única que a nós parece consentânea à dignidade constitucional conferida à coisa julgada – tem aptidão de consumir, após o trânsito em julgado, todas as causas de pedir não deduzidas na demanda originária, Essa conclusão está em consonância com entendimento de Araken de Assis, segundo quem “(...) o vão intento de empregar o processo uma única vez, embora a lide pré-processual não seja integralmente reproduzida pelo pedido, extinguindo de vez o conflito entre as partes, resultou no art. 474 [correspondente ao artigo 508 do CPC/15]. Este dispositivo conferiu uma eficácia preclusiva à coisa julgada que, abrangendo causas de pedir omitidas – além de exceções, que competem ao réu –, atingirá inclusive as ações não propostas pelo autor”. (ibid., p. 126).

⁶²³ Ainda segundo Crisanto Mandrioli: “(...) ci accorgiamo che il problema centrale dell’individuazione dell’azione o dell’oggetto del processo consiste nell’esaminare quale parte, quale settore della complessa e multiforme realtà giuridica sostanziale che è il diritto che si fa valere è entrato nel processo attraverso il filtro della domanda per adattarsi allo schema giuridico che ispira e qualifica la domanda stessa”. (Riflessioni in tema di *petitum* e di *causa petendi*. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 3, 1984, p. 468).

A tarefa de bem identificar a ação, contudo, não prescinde de uma exata verificação a respeito do conteúdo da causa de pedir, e do enlace que os elementos fáticos e jurídicos representam para a sua dimensão. Como já mencionado, dessa tarefa decorrem consequências cruciais para uma série de institutos processuais.

3.2.2 A causa de pedir e o relacionamento necessário entre Direito e processo

A necessidade de o autor declinar a causa de pedir, no ato introdutório da demanda, é providência antiga no processo civil brasileiro. Segundo recorda Daniel Mitidiero, antes mesmo de o legislador pátrio passar a tratar, em termos positivos, a realidade processual por aqui, a imposição de a petição inicial vir substanciada por alegações fáticas e jurídicas já se revelava uma premência.⁶²⁴

É interessante perceber, neste sentido, que durante o período que ficou conhecido por “dualidade processual”, alguns códigos de processo estaduais, aperfeiçoando disposições pertinentes já expressas nas Ordenações Filipinas e no Regulamento 737, de 1850, acabaram por estabelecer com bastante clareza os elementos objetivos da demanda e, em particular, a causa de pedir.⁶²⁵ No Código de Processo Civil de 1939, a exigência vinha contida no artigo 158, inciso III, pela qual o autor tinha o ônus de indicar os fatos e fundamentos jurídicos do pedido. O diploma processual de 1973, por seu turno, dispunha que a petição inicial deveria indicar o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, redação repetida na íntegra no Código de Processo Civil de 2015 (art. 319, inciso III).

À luz destas diversas disposições legislativas, a doutrina processual sempre defendeu que nossa tradição, em consequência da constante referência a fatos, partilhara da simpatia pela adoção da teoria da substanciação.⁶²⁶ Exponente dessa diretriz, Pontes de Miranda

⁶²⁴ **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo 3. São Paulo: Memória Jurídica, 2006, p. 153.

⁶²⁵ José Rogério Cruz e Tucci, fazendo alusão aos códigos de São Paulo, Santa Catarina e Pernambuco, mostrou ser uma constante a referência, na petição inicial, da necessidade de dedução de fatos e alegações de Direito. (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 143).

⁶²⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. São Paulo: Método, 2006, p. 90. Araken de Assis, ao referir que no Brasil reina total harmonia em torno dessa constatação, alega, com razão, ser indevida a referência feita a Liebman como defensor desta teoria, pois – seguindo orientação recorrente na doutrina italiana – inclinara-se, em verdade, por uma posição menos radical, nos termos daquela apoiada por Proto Pisani. (**Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 138).

empregou, a despeito de reconhecer a necessidade do componente jurídico, maior prevalência ao aspecto de fato.⁶²⁷

Em que pese a autoridade dos prosélitos da substanciação, não parece correta essa conclusão. Melhor seria, quando muito, dizer que a tradição brasileira adotou uma posição intermediária entre substanciação e individualização, em primeiro lugar porque, como seu viú, ao longo de nossa experiência, a referência ao componente jurídico também se revelou um imperativo à determinação da causa de pedir.

Entender o contrário seria anuir à compreensão de que um dos elementos referidos pela norma pudesse assumir algum tipo de prevalência.⁶²⁸ Isso, em uma primeira análise, não parece real, porque a definição da causa de pedir reclama, para a boa definição da *res in iudicium deducta*, uma confluyente e amalgamada correlação dos elementos fáticos em consideração à relação jurídica que se afirma existente.⁶²⁹

A definição da causa de pedir à vista da importância exclusiva dos fatos tem o inconveniente de ocasionar um nocivo distanciamento do processo em relação ao Direito material. A opção por uma vertente mais afeiçoada à substanciação ou à individualização, segundo a citada teoria de Heinitz, perpassa justamente por averiguar como a causa de pedir se relaciona com o componente jurídico que a integra, sobretudo pela definição que se dá ao conceito de fato jurídico.⁶³⁰

Para os adeptos da substanciação, a narração fática encontraria correspondência exclusivamente no pedido formulado pelo demandante, sendo de todo irrelevantes as

⁶²⁷ Segundo o mestre: “A lei acolheu a teoria da substanciação do pedido, que exige mais do que a simples alegação de existir a relação jurídica (teoria da individualização): a parte tem de expor os fatos (da mihi factum!)”. (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 17).

⁶²⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido**: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p. 91.

⁶²⁹ Parece irretorquível, por isso, a lição de José Ignácio Botelho de Mesquita: “É bem verdade que a nossa lei processual [referindo-se ao Código de Processo Civil de 1939] exige que conste da petição inicial a indicação dos fatos constitutivos mas isto, a meu ver, não leva à conclusão de que tenhamos aderido àquela corrente doutrinária [a teoria da substanciação]. Com efeito, a nossa lei exige igualmente que se indiquem na petição inicial os fundamentos jurídicos do pedido. Estes, evidentemente, pelas razões já expostas, não são nem a norma da lei, nem tampouco as deduções jurídicas, salvo quando, excepcionalmente, a norma legal sirva, à falta de outros elementos, para individuar o direito particular feito valer pelo autor no processo. Parece-me que se deva entender por ‘fundamentos jurídicos do pedido’ a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente. E não vejo nisto filiação à teoria da substanciação, mas, diversamente, entendo que a lei processual brasileira adotou uma posição de grande equilíbrio entre ambas as correntes conflitantes, dando importância tanto aos fatos constitutivos, como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individuar a pretensão do autor (...)”. (A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 179-180).

⁶³⁰ **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 149.

variáveis jurídicas materiais que os fatos pudessem encontrar na constelação jurídica, e que autor, por descuido, ou mesmo por vontade, deixara de aduzir em juízo.⁶³¹

Olvidando por completo das diversas situações jurídicas que os fatos podem promover segundo o Direito material, a teoria da substanciação promove uma indevida hipertrofia do componente fático, autorizando o juiz, amparado pelo *iura novit curia*, a analisar o pedido segundo uma perigosa discricionariedade a respeito da avaliação do anteparo jurídico.⁶³²

Bem interpretada essa situação, chegar-se-ia ao ponto de autorizar o juiz – não sem risco direto à segurança jurídica – a modificar a qualificação jurídica da demanda e, portanto, em última análise, da própria ação, impondo ao réu um ônus demasiadamente pesado que o princípio dispositivo parece não admitir. Com efeito, se não há obstáculo a que o magistrado corrija o nome que a parte, a partir dos fatos que foram alegados no processo, atribuiu equivocadamente à relação jurídica, coisa bem diversa é autorizá-lo a alterar a própria relação material.⁶³³

A partir daí, recusando-se posições extremadas de uma ou outra vertente, é conveniente asseverar que as doutrinas da substanciação e da individuação não se excluem mutuamente, embora, para cada uma, a necessária particularização do objeto do processo se dê por métodos diversos.⁶³⁴

Assim, a análise da causa de pedir no direito brasileiro, à luz destas premissas, não demanda importância apenas aos fatos – a sugerir uma incidência pura da teoria da substanciação –, mas também requer um olhar especial ao componente jurídico, à revelia da qual a situação jurídica a merecer tutela não poderia ser completamente identificada. Para que isso fique mais claro, é imprescindível verificar como, no direito brasileiro, as teorias da substanciação e da individuação assentam suas premissas elementares.

⁶³¹ Essa circunstância fica bastante clara na obra de José Carlos Barbosa Moreira, escrita ainda sob a vigência do CPC/73: “Não há alteração da causa petendi, nem portanto necessidade de observar essas restrições [aludindo aos artigos 264 e 321 do CPC/73], quando o autor, sem modificar a substância do fato ou conjunto de fatos, naquilo que bastaria para produzir o efeito jurídico pretendido (...) passa a atribuir ao fato ou conjunto de fatos qualificação jurídica diferente da originalmente atribuída – v.g., chamando de ‘dolo’ ao que antes denominara ‘erro’ (haveria, ao contrário, alteração da *causa petendi* se o autor passasse a narrar *outro* fato, quer continuasse, quer não, a atribuir-lhe a mesma qualificação jurídica”. (**O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 18).

⁶³² HEINITZ, op. cit., p. 161.

⁶³³ Neste sentido, Milton Paulo de Carvalho. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 84.

⁶³⁴ GUILLÉN, Víctor Fairen. **La transformación de la demanda en el proceso civil**. Santiago de Compostela: Porto, 1949, p. 71.

3.3 AS TEORIAS QUE PRETENDEM EXPLICAR A CAUSA DE PEDIR

Enquanto elemento componente da ação, a causa de pedir tem uma relevância pressuposta para a identificação da *res in iudicium deducta*. Se para o direito brasileiro, considerando-se a opção do legislador pela regra da tríplice identidade, não é possível deixar de lado uma compreensão a respeito desta categoria jurídica sem risco à compreensão de uma farta gama de institutos e situações processuais, parece improvável descortinar esse problema sem que se descreva como cada uma das teorias que se propuseram a estudá-la enxerga a tônica de seu conteúdo.

Tudo isso, como se viu, traduz-se em um problema fundamental: o papel da aproximação do Direito material ao processo. Ver-se-á, na sequência, a partir desta perspectiva, como as teorias da individuação e da substanciação,⁶³⁵ segundo suas respectivas morfologias, tratam dessa relevante questão.

3.3.1 A teoria da individuação e o problema das demandas autodeterminadas e heterodeterminadas.

Inspirada por um sentido que, como se afirmou, teve na Alemanha seus mais ardorosos defensores, a causa de pedir, segundo a teoria da individuação, seria formada pela dedução, na petição inicial, da relação jurídica que apoia a pretensão do autor.⁶³⁶

Segundo premissa elementar, em abono à noção de que os fatos teriam uma importância diminuta nesta empreitada, a causa de pedir demandaria a indicação, como fundamento jurídico, da relação constitutiva de Direito da qual o autor extrai a consequência jurídica pretendida,⁶³⁷ ou, melhor dizendo, de uma mera exposição, *in status assertionis*, desta relação jurídica.⁶³⁸

⁶³⁵ Que, nada obstante, não são capazes de explicar adequadamente todos os fenômenos em torno do problema, conforme acentua Juan Monteiro Aroca: “Para explicar la causa de pedir suelle atenderse a las teorías de la individualización y de la substanciación, si bien la poca utilidade de las mismas se evidencia cuando se advierte que ninguna de ellas sirve para explicar todos los supuestos”. (**El nuevo proceso civil**: Ley 1/2000. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000, p. 196).

⁶³⁶ VESCOVI, Enrique. La modificación de la demanda. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 30, abr./jun. 1983, p. 209.

⁶³⁷ ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 136.

⁶³⁸ Segundo Gian Franco Ricci: “Come bem si as, la teoria dell’individuaione encentra l’oggetto de processo sul diritto fatto valere (...)”. (“Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma de del processo civile. In: **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, vol. 4, 1995, p. 1.228). Também neste sentido, Enrique Vescovi: “En cambio la teoría de la individualización entente que la fundamentación (e identificación)

Daí que, inalterada a relação afirmada pelo autor, não implicava alteração da causa de pedir – e, portanto, da ação – a modificação dos fatos constitutivos indicados na petição inicial,⁶³⁹ uma vez que a sentença que compusesse aquela relação estender-se-ia seus efeitos sobre todos os fatos que, em seu apoio, poderiam ter sido alegados.⁶⁴⁰

Costuma-se afirmar, desta forma, que os fatos jurídicos, antes de servirem como critério para caracterizar a causa de pedir, mais auxiliariam, em realidade, a prova do direito alegado em juízo.⁶⁴¹

É bem de ver, no entanto, que a contraposição entre o ponto de vista defendido pela individuação e aquele segundo o qual os fatos teriam importância decisiva para a formação da causa de pedir, teve seu âmbito de abrangência limitado a uma categoria própria de ações.⁶⁴² Bem verificadas as concepções em confronto, não é difícil perceber que ambas apresentam pontos de contato, mas divergem, precisamente, naquilo que se deve compreender como causa

de la demanda se limita sólo a la exposición de la relación jurídica en la que se apoya la pretensión (divorcio que se solicita, rescisión contractual, daños y perjuicios)”. (La modificación de la demanda. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 30, abr./ jun. 1983, p. 209).

⁶³⁹ Modificação esta que – permitida em razão da menor relevância dada aos fatos, e da ausência de critérios preclusivos rígidos pela revelia à eventualidade – sempre foi vista como obstáculo à célere resolução dos conflitos. Neste sentido, Nicola Picardi chega em falar, até mesmo, em “lides imortais”. (Processo civile: diritto moderno. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 13, 1987, p. 113). Ainda aqui, assevera José Rogério Cruz e Tucci, ao ressaltar a preocupação por celeridade nos ordenamentos em que vigora a máxima da eventualidade: “Os prosélitos da orientação segundo a qual, independentemente da natureza da ação aforada, fazia-se necessária a precisa indicação, na petição inicial, da *causa petendi remota* e da *causa petendi proxima*, partiam da idéia de que a demanda judicial deveria ser iniciada contendo toda a matéria litigiosa. (...) toda a matéria de ataque e todas as exceções, processuais ou substanciais, e a indicação dos meios de prova devem ser formulas de uma só vez, sob pena de preclusão. Fica, assim, claro que a estrutura de um procedimento informado pela *Eventualmaxime* é caracterizada pela exigência de celeridade processual. Com efeito, influenciada pelo sistema processual romano-canônico, a estrutura do processo germânico que vigorou até meados do século passado era marcada por fases preclusivas (*Präklusivstadien*) bem nítidas, resultando na exigência de serem fixados, já na fase introdutória do litígio, todos os pontos sobre os quais deveria ser produzida a prova”. (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 88-89). Ainda neste mesmo ponto, Ricardo de Barros Leonel (**Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. São Paulo: Método, 2006, p. 88).

⁶⁴⁰ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 169-170.

⁶⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi na ação de usucapião extraordinária: processo civil, evolução, 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 160.

⁶⁴² Como refere Augusto Cerino Canova, esta intuição já havia movido Adolf Wach, adepto confesso da individuação, a compreender, já após a entrada em vigor da ZPO, que o contraste entre tais teorias estaria limitada ao âmbito das demandas envolvendo direitos reais. (**La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 49). Em sentido contrário, Marco Tullio Zanzucchi (**Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello** (art. 490-491 CPC). Milano: Società Editrice Libreria, 1916).

de pedir nas ações que envolvem *direitos absolutos*⁶⁴³, chamadas, pois, de demandadas autodeterminadas.⁶⁴⁴

Nestas específicas situações, em que a existência de direitos, pelo seu conteúdo, não poderia subsistir mais de uma vez entre as mesmas partes, a demanda judicial seria identificada pelo próprio direito feito valer em juízo, não tendo qualquer relevância a referência ao seu título de aquisição.⁶⁴⁵ Além dos direitos reais de gozo, estariam contemplados nesta categoria jurídica os direitos afetos ao *status* de família e os direitos de personalidade.⁶⁴⁶

A distinção a sugerir tamanha dissimilitude de tratamentos repousaria, segundo Pontes de Miranda, na carga eficaz do direito subjetivo feito valer, variando conforme a eficácia desse direito se estendesse a uma pluralidade de pessoas – por vezes totalmente indefinida – ou a uma única pessoa, geralmente titular de alguma posição jurídica específica.⁶⁴⁷

Concentrando atenção na controvérsia a ser resolvida, a coisa julgada, segundo a teoria da individuação, teria seus limites objetivos alargados ao ponto de acolher todos os fatos constitutivos aptos, em tese, a gerar a consequência almejada pelo autor, ainda que não introjetados para debate no processo.⁶⁴⁸ Deste modo, *v.g.*, em uma demanda em que se discutisse a propriedade de determinado bem, a coisa julgada resolveria, em termos definitivos, toda e qualquer questão referente ao domínio.⁶⁴⁹

José Ignácio Botelho de Mesquita, embora compreenda que a lei nacional tenha adotada uma posição temperada entre individuação e substanciação, negou pelo modo mais coerente e enfático a assertiva habitual de que neste tipo de demanda a causa de pedir dispensaria a declinação dos fatos constitutivos.

⁶⁴³ Aqueles, na visão de Ricardo de Barros Leonel, que possuem eficácia universal, importando sujeição de todas as demais pessoas em relação ao respectivo titular. (**Causa de pedir e pedido**: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p. 93).

⁶⁴⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 173.

⁶⁴⁵ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 177.

⁶⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi na ação de usucapião extraordinária**: processo civil, evolução, 20 anos de vigência. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 117-118.

⁶⁴⁷ **Comentários ao Código de Processo Civil**. vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 17.

⁶⁴⁸ RICCI, Gian Franco. “Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma de del processo civile. In: **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, vol. 4, 1995, p. 1.229-1.230.

⁶⁴⁹ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit cūria e a causa de pedir**: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 114. Valendo-se de situação semelhante, também Araken de Assis: “(...) na ação reivindicatória, basta o autor alegar o domínio, pouco importando sua fonte, originária (usucapião) ou derivada (compra e venda)” (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002).

Ao reconhecer – referindo-se particularmente ao domínio – que sob o ângulo do Direito material um mesmo bem, de fato, não poderia estar subordinado a mais de uma só relação de propriedade, reconheceu que no campo do direito processual, onde as situações são tidas, *ab initio*, em hipótese, a coisa se passa de modo diverso.⁶⁵⁰

E o fez no pressuposto ideal de que, tendo o direito de ação natureza abstrata, seria de admitir-se que duas ações podem ser intentadas entre as mesmas partes, fundadas no mesmo direito de propriedade e visando ao mesmo objeto, de sorte que uma pode, porque realmente fundada, ser julgada procedente, enquanto outra, pela razão inversa, ser tida por improcedente.⁶⁵¹

Desta forma, nem as partes, tampouco a relação jurídica ou o pedido, erguer-se-iam como elementos identificadores completamente hábeis, uma vez que absolutamente idênticos em ambas as ações. Por isso mesmo, a esses elementos seriam acrescidas, necessariamente, a afirmação do fato constitutivo da propriedade e a indicação do título de domínio, constituindo-se, assim, em uma pretensão processual única.⁶⁵²

Concordando com Heinitz, quando este afirmara que a cada pretensão em sentido substancial correspondia uma única pretensão em sentido processual, Botelho de Mesquita negou, contudo, fosse o título de aquisição da propriedade mero meio de prova das razões alegadas. Para tanto, definiu, com absoluta pertinência, que o fato constitutivo – enquanto dado a ser confirmado pelas provas produzidas no processo – não pode ser equiparado a um dado concreto, resultado daquela prévia investigação. Daí, pois, sua aptidão para individualizar a pretensão da parte.⁶⁵³

⁶⁵⁰ “Feita esta distinção, não me parece difícil de se entender que o direito de propriedade, enquanto efetivamente existente, não poder, incidir, a um só tempo, mais que uma única vez sobre a mesma coisa; mas a *afirmação* da propriedade em juízo, por parte do interessado no reconhecimento de seu direito sobre determinada coisa, essa pode dar-se tantas vezes quantas se queira” (A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 176).

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 177.

⁶⁵² Consoante assevera José Ignácio Botelho de Mesquita: “A sentença que decidir sobre tal pretensão, a tornará improponível para o futuro, deixando, porém, em aberto, o caminho para a propositura de nova ação fundada em fato constitutivo não alegado na primeira. Pela mesma razão, a mudança de um fato constitutivo por outro acarretará, necessariamente, a mudança do pedido, que só poderá ser tolerada com o concurso da vontade do réu”. (*ibid.*, loc. cit.).

⁶⁵³ Disse o processualista: “Ninguém porá em dúvida que a prova das afirmações (de fato e de direito) do autor é indispensável ao julgamento favorável da ação. Mas não se deve confundir a prova do direito alegado, com o fato constitutivo, enquanto meramente afirmado pelo autor”. (*ibid.*, p. 178).

Com a ressalva da tese sustentada por Botelho de Mesquita, procedente em grande extensão, poderia parecer preferível, sob um ponto de vista processual inspirado em critérios de certeza e segurança jurídica,⁶⁵⁴ uma predileção pela adoção da teoria da individuação.

A tese, no entanto, é refutada por José Maria Rosa Tesheiner, que, revelando simpatia à teoria da substanciação, reconhece na tese oposta um manifesto componente de insegurança.⁶⁵⁵ Para o processualista gaúcho, essa compreensão passa, em grande medida, por um distanciamento – quiçá demasiado – do processo em relação ao Direito material, uma vez que a pretensão deduzida – a *res in iudicium deducta* – deveria ser avaliada levando-se em conta apenas o pedido formulado na demanda, à luz dos fatos articulados na petição inicial, sem qualquer reverência ao componente jurídico, que, assim, poderia ser apreciado e valorado livremente pelo juiz.⁶⁵⁶

Seja como for, é inquestionável a verificação de que também para a teoria da individuação os fatos teriam influência para a caracterização da causa de pedir nas ações que tratam de direitos relativos.⁶⁵⁷ Ainda que não se possa, à vista do ordenamento processual vigente, aceitar uma concepção pura da individuação – mesmo que circunscrita às ações reais –⁶⁵⁸, é claro que até mesmo seus partidários concordam que os fatos constitutivos são importantes para a determinação do direito feito valer em juízo.⁶⁵⁹

⁶⁵⁴ JARDIM, Augusto Tanger. **A causa de pedir no direito processual civil**. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 79.

⁶⁵⁵ Também Comoglio, Ferri e Taruffo, para quem a inconveniência de uma identificação abstrata dos direitos impunha uma tendência a admitir que o julgador levasse em conta, no momento da decisão, a existência de fatos não deduzidos no processo comprometeria, irremediavelmente, a garantia de defesa. (**Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 255).

⁶⁵⁶ Três ordens de considerações levariam, segundo o jurista, a essa conclusão: “Crítico-se esse posicionamento, primeiro, por exigir do autor um conhecimento preciso do direito objetivo, o que a lei não exige; segundo, porque a indicação do autor não tem relevância, já que o juiz incumbe a qualificação jurídica dos fatos; terceiro, por não se lograr identificar a ação, já que da mesma relação podem-se deduzir múltiplas pretensões (...)”. (**Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 44).

⁶⁵⁷ Definidos por Francesco Santoro Passarelli como aqueles que gozam de uma eficácia irradiante sobre uma ou mais pessoas determinadas, que se acham comprimidos a fazer ou deixa de fazer alguma coisa. (Diritti soggettivi: diritti assoluti e relativi. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 12, 1964, p. 748).

⁶⁵⁸ Porque, como refere José Rogério Cruz e Tucci, ainda que neste tipo de demanda a causa de pedir emerge mais tênue se comparada com a complexidade fática que exorna a fundamentação das ações pessoais, nem por isso a afirmação da relação jurídica em torno do título aquisitivo dispensa qualquer referência aos fatos constitutivos. (TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 247).

⁶⁵⁹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980. Também neste sentido Gian Franco Ricci: “Ed è ancora sul diritto, independentemente dal fatto costitutivo invocato, che si forma la cosa giudicata i cui limiti oggettivi assumono pertanto un ambito estremamente ampio, tanto da assorbire qualsiasi ulteriore fatto costitutivo non dedotto idoneo a fare sorgere quello stesso diritto”. (“Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma de del processo civile. In: **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, vol. 4, 1995, p. 1.230).

Em face disso, são corretas as considerações de Heinitz no sentido de que o que distingue, em verdade, a individuação da concepção oposta repousa menos na valoração dos elementos de fato e de direito, do que na magnitude com que essa teoria vislumbra a relação entre Direito material e processo, e, por consequência, os papéis conferidos ao juiz e às partes no processo.⁶⁶⁰

Ver-se-á, na sequência, que esse distanciamento é o que denota personalidade à teoria da substanciação.

3.3.2 A teoria da substanciação: a alegada importância exclusiva dos fatos

Em oposição à individuação, é corrente a narrativa de que a teoria da substanciação daria relevância exclusiva aos fatos para a identificação da causa de pedir, e que, a partir dessa premissa, a alteração daqueles elementos importaria na alteração da própria demanda.⁶⁶¹ Se essas considerações não constituem, evidentemente, um equívoco, por certo necessitam ser mais bem desenvolvidas.⁶⁶²

Como se afirmou anteriormente, amparado na crítica sagaz de Heinitz, o problema real da teoria da substanciação menos teria a ver com a questão metajurídica do que, em realidade, com a noção que essa concepção destinaria ao conceito de “fato jurídico”.⁶⁶³ Uma vez que reconhecida – a partir da fundação do Estado Constitucional – a importância da aproximação do Direito material ao processo, não parece apropriado dedicar-lhe um conteúdo estritamente vinculado ao pedido formulado pelo autor.⁶⁶⁴

Como visto, a relevância dos fatos, ainda que mais restrita, é verdade, não era negada tampouco pelos adeptos da individuação. Como diz Heinitz, a substanciação fez-se distanciar

⁶⁶⁰ Como afirma: “Questa è la differenza essenziale fra le due teorie, e non tanto la diversa valutazione degli elementi di fatto e di diritto, dal momento che anche la teoria della individuazione sostiene irrilevante il puro ‘punto di vista giuridico’ e attribuisce importanza nella maggior parte dei casi al fatto costitutivo”. (**I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 154).

⁶⁶¹ SÁ, Renato Montans. **Eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 82.

⁶⁶² Disso bem se apercebeu Araken de Assis quando, criticando concepção de Schönke – sequaz da substanciação – afirmou que neste pensamento “(...) se constata notável confusão entre os planos material de processual, facilmente superável, a qual, decerto, em nada favorece o esclarecimento dos efeitos da teoria da substanciação no juízo cumulativo”. (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 138).

⁶⁶³ Daí a lúcida percepção de José Joaquim Calmon de Passos que, reconhecendo a importância dessa repretada abstração, vincula-a a uma determinada relação jurídica da qual são esperadas consequências jurídicas (**Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 218).

⁶⁶⁴ Temos por correta, desta forma, a assertiva de José Maria Rosa Tesheiner quando argumenta que “(...) a afirmativa de que a causa de pedir consiste nos fatos jurídicos invocados pelo autor como fundamento de seu pedido não é inteiramente precisa”. (**Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 47).

demasiadamente das formas jurídicas presentes no plano substancial, de modo que, segundo uma pressuposta compreensão que lhe é inerente, permanecendo inalterados o pedido e a narração fáctica deduzida pelo autor, as variadas composições jurídicas materiais daí decorrentes guardariam uma total indiferença em relação ao seu componente unitário.

Disso decorre, em grande medida, a erronia em se admitir como natural o poder quase ilimitada do juiz de alterar, a partir da qualificação jurídica dos fatos articulados na causa, a própria demanda formulada, como se as máximas do *iura novit curia* e do *da mihi factum, dabo tibi jus* tivessem um componente quase mágico de nulificar o *rapporto giuridico* que esses fatos representariam na visão autor.⁶⁶⁵

Uma vez que a qualificação jurídica de um fato à luz de uma *fattispecie* não significa reduzir o fenómeno àquilo que se designa de “nomenclatura da acção”, bem se pode compreender o risco que essa interpretação pode acarretar à segurança jurídica. Para Mauro Cappelletti, se os fatos reclamam importância para caracterização da causa de pedir, mais relevância teria, ainda, seu componente jurídico a torná-lo, portanto, um “fato jurídico”. E essa conclusão, segundo o jurista italiano, tinha pleno trânsito no pensamento tanto dos adeptos da individuação quanto nos da substanciação.⁶⁶⁶

Segundo afirma Heinitz, o ponto central da tese defendida repousa em um sentido diverso que essa teoria destina ao conceito de “fato jurídico”, uma realidade que não é negada pelos prosélitos da individuação. A questão, contudo, demandaria ciência a respeito de quais alegações de fato e de direito o autor precisaria expor na demanda e, por outro lado, quais poderes teria o juiz para alterar a motivação jurídica.⁶⁶⁷

A parti daí, duas orientações poderiam ser originadas a respeito da compreensão do conceito fato jurídico enquanto elemento originário de um direito feito valer pela acção: uma que o identificava aos fatos narrados e afirmados como aptos ao acolhimento da pretensão

⁶⁶⁵ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 161.

⁶⁶⁶ “Sembra sicuro che persino per chi rifiutando la ‘teoria della sostanziazione’ accetti invece la ‘Individualisierungstheorie’, l’allegazione dei fatti giuridici costituisce un elemento essenziale della domanda giudiziale”. (**La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità**. Tomo 1. Milano: Giuffrè, 1962, p. 329).

⁶⁶⁷ Segundo Heinitz, “(...) a questa domanda risponde la vecchia massima ‘da mihi factum, dabo tibi ius’. Questa proposizione, se è esatta nell’imporre al giudice il dovere di valutare la pretesa fatta valere sotto ogni possibile punto di vista giuridico, tuttavia non determina sufficientemente i doveri dell’attore. Non basta che egli alleghi certi fatti, lasciando al giudice di trarne le conclusioni del caso, ma egli deve da sè formulare queste conclusioni e determinare che cosa egli pretenda quale conseguenza giuridica dei fatti allegati. Ele deve quindi fare una domanda concreta, e la questione è se saí necessaria anche l’indicazione di un certo rapporto giuridico. Basta che l’attore in base a certe trattative intertenute fra lui ed il convenuto chieda il pagamento di mille lire, o bisogna che egli le chieda quale credito derivante dal contrato, quale arricchimento indebito, ecc?” (op. cit., p. 145).

deduzida, e outra que, pelo contrário, atrelava-o à noção de “estado” ou de “relação jurídica”.⁶⁶⁸

Para a substanciação, assim, à completa determinação da causa de pedir bastava a alegação dos fatos e a dedução, a partir deles, do pedido, permitindo-se ao juiz examinar a sua procedência sem necessidade de verificar qual o direito substancial o autor havia deduzido.⁶⁶⁹ Posta a questão da causa de pedir, assim, em termos absolutamente novos,⁶⁷⁰ que certamente se apartaram daquela concepção que inspirara a doutrina alemã, seria mais que natural imaginar-se a relação material apenas como mera motivação, e não como causa de sua determinação.

Por conclusão, não é difícil perceber por que, então, a qualificação jurídica da relação material da qual decorria uma específica pretensão não passava, para os adeptos da substanciação, de um mero ponto de vista, que por não assumir relevância para a determinação da demanda poderia livremente ser manuseada pelo juiz. Deste modo, esse componente nuclear ficava a cargo dos fatos constitutivos que, não alcançados pelo desígnio purificador do juiz, erigia-se como elemento central a justificar a alteração da demanda.

Ver-se-á, a seguir, que essa conclusão, insuficiente quando aplicada isoladamente, representa apenas uma face da realidade nuclear da ação.

3.3.3 A superação da desavença: a indissociabilidade das questões fáticas das questões jurídicas na narrativa processual

Bem visto como as teorias que explicam a causa de pedir operam, chega o momento de verificar como o Direito processual brasileiro, diante da consideração positiva descrita no artigo 319, inciso III, do Código de Processo Civil, encara essa dualidade de posicionamentos.⁶⁷¹

É regra corrente no âmbito normativo a ideia de que a divisão estanque entre questões jurídicas e questões de fato, sobretudo no âmbito processual, decorre de uma estrutura

⁶⁶⁸ *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: Cedam, 1937, p. 149.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 150-152.

⁶⁷⁰ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 170.

⁶⁷¹ Essa estrutura binária que considera, na estrutura do processo, de um lado os fatos e, de outro, a questão jurídica, não deve impressionar, já que como bem destaca Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas, “el proceso como tal y cada uno de los actos que se llevan a cabo en el mismo toman como una division estructural fundamental la de los hechos, por um lado, y el Derecho, por outro”. (“**Iura novit curia**” y aplicación jurídica del derecho. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 63-64).

pressupostamente ideal do texto normativo, elaborada segundo um raciocínio de natureza silogística.⁶⁷² O fenômeno da incidência da norma ao caso concreto, portanto, partiria da compreensão de que um determinado suporte fático encontrara perfeita correspondência na moldura textual, a partir de onde irradiariam as consequências jurídicas previstas.⁶⁷³

Foi essa, como se viu no primeiro capítulo, a compreensão que inspirara o modelo liberal do fenômeno jurídico e, menos remotamente, do próprio ideal de atuação do Poder Judiciário, limitado à declaração da incidência ou não da norma jurídica ao caso concreto, e, a partir daí, de suas consequências práticas. A sentença, portanto, antes de representar uma reconstrução da norma a partir dos fatos relacionados pelas partes, retrataria, em termos concretos, aquele mesmo silogismo já projetado em termos abstratos.⁶⁷⁴

A despeito da insuficiência desse modelo,⁶⁷⁵ reconhecida a partir da constatação de que as normas não se reduzem aos textos normativos, e que aquelas nem sempre assumem a dimensão de regras, verifica-se ser este o modelo estrutural que ainda dá impulso à lógica judiciária, mantendo-se estanque um apartamento das questões de direito e de fato, como se tais constituíssem, respectivamente, assunto do juiz e das partes. Sucede, no entanto, que fato e direito – enquanto premissas da decisão judicial – não devem admitir, na lógica processual, uma ruptura demasiadamente ampla, uma vez que a mútua complementação entre ambos representa um fenômeno mais que evidente.⁶⁷⁶

⁶⁷² A referência à expressão “texto normativo” em oposição a norma não é sem propósito, pois “(...) 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”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50).

⁶⁷³ GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. “**Iura novit curia**” y aplicación jurídica del derecho. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 66.

⁶⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. In: **Opere Giuridiche**, Napoli: Morano, vol. 1, 1973, p. 13.

⁶⁷⁵ Descrita, ilustrativamente, assim por Michele Taruffo: “Le ragioni per cui il modo silogistico di rappresentare la determinazione della rilevanza giuridica del fatto è assai discutibile sono numerose. Alcune di esse (che non possono essere qui considerate analiticamente) risalgono ai vari motivi per cui da tempo, anche nell’ambito di concezioni razionalizzatrici del ragionamento del giudice, si ritiene inadeguato lo schema silogistico, o se ne riduce drasticamente la funzione e la capacità rappresentativa. Altre possono essere che richiamate in quanto attengono direttamente al problema in discussione. Si tratta essenzialmente di constatare che la concezione silogistica dà per scontato ciò che bisognerebbe spiegare, ossia l’individuazione del significato della norma in particolare con riguardo alla definizione della fattispecie astratta, e la qualificazione giuridica del fatto concreto in modo da stabilire se esso rientra o no nel campo di applicazione della norma. In altri termini, se il ragionamento silogistico funziona, funziona se ed in quanto siano stabilite premesse adeguate, di fatto e di diritto, poste nella correlazione logica che precede la deduzione silogistica. Ma il problema vero, rispetto al quale lo schema silogistico non fornisce alcuna risposta, è quello che riguarda la fissazione delle premesse, ossia l’interpretazione della norma, da un lato, e la determinazione del fatto dall’altro lato. Bisogna poi tener conto che, come si è appena visto, nessuna determinazione adeguata del fatto è data *a priori*, così come non è fatto a priori alcun significato ‘proprio’ della norma”. (**La prova dei fatti giuridici: nozioni generali**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 76).

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p. 68.

É possível perceber, assim, sem dificuldades, que a questão fática imprime reflexos diretos na *questio iuris*, principalmente porque, ao referir-se a eventos concretos, o processo se preocupa com as consequências materiais que eles, na esfera jurídica, acabam por traduzir.⁶⁷⁷ As questões de direito – sobretudo a partir da compreensão de que a construção de sentidos normativos é absolutamente impossível em sede totalmente abstrata, ou ainda à vista de uma atividade subsuntiva a partir de conceitos prontos –, por seu turno, exigem, quando menos, a presença de significações possíveis, tomadas em conta a partir de uma decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto.⁶⁷⁸

Esse, portanto, o perfeito e sadio relacionamento que deve imperar entre os componentes da causa de pedir. Uma conclusão parcial, pois, impõe-se: os fatos abduzidos pelo processo não encontram – ou não devem encontrar – importância aleatória, isto é, despossada de qualquer significação jurídica. A relevância que destinam ao processo ocorre quando encontram significação para o Direito, no desiderato de servirem como fundamento à pretensão deduzida, particularmente à luz do pedido formulado.⁶⁷⁹

Os fatos que aparelham a demanda e, por isso mesmo, substanciam a causa de pedir, são aqueles em torno dos quais se orbita a norma jurídica apontada pelo demandante, vale dizer, aquela “in altri termini che funziona come criterio di selezione nel senso di individuare, tra gli infiniti accadimenti del mondo reale, quelli che assumono rilevanza specifica per la sua applicazione”⁶⁸⁰.

Deduz-se, pois, que o verdadeiro núcleo da causa de pedir não repousa em uma espécie qualquer de fato, mas naquela que, ocupando o suporte fático de uma particular *fattispecie*, projete em asserção a consequência jurídica por ela anunciada.⁶⁸¹

Fica claro desta forma, de par com uma teoria que antevê relevância na aproximação entre o processo e o Direito material que lhe preordene concretização, que os fatos descritos no processo devem revelar-se eventos já previamente valorados pelo autor, a partir de um

⁶⁷⁷ Daí, pois, a correção de Javier Ezquiaga Ganuzas quando assevera que “las referencias a hechos no sólo están presentes en la premisa menor del silogismo judicial, sino también, aunque de modo distinto, en la premisa mayor, que, sin embargo, suele ser considerada una premisa normativa y los problemas que plantea como una pura *question iuris*”. (“**Iura novit curia**” y aplicación jurídica del derecho. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 71).

⁶⁷⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 51.

⁶⁷⁹ Como refere Michele Taruffo, a narração de fatos no processo não sucede “per soddisfare l’esigenza di conoscenza allo stato puro, ma per risolvere controversie giuridiche vertenti sull’esistenza di diritti: si accerta cioè il fatto non in sè, ma in quanto esso è il presupposto per l’applicazione di norme nel caso concreto”. (**La prova dei fatti giuridici**: nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992, p. 68).

⁶⁸⁰ Ibid., p. 75.

⁶⁸¹ FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 122.

esquema interpretativo que projete na sentença uma imagem bem determinado de norma individual a ser estabelecida em caso de procedência. Com pertinência, assevera Cerino Canova que os fatos, assim, desempenham no processo uma tarefa instrumental em relação à identificação da situação jurídica substancial deduzida, a qual, em última análise, deverá ser objeto de investigação pelo juiz.⁶⁸²

Esse, portanto, o relacionamento que deve haver no processo entre o aspecto fático e a questão jurídica deduzida.

De toda a forma, uma análise mais minudente das categorias acima descritas, particularmente dos elementos que, de ordinário, são anunciados como o conteúdo da causa de pedir, revela-se fundamental para a perfeita compreensão desta simbiose que aqui se defende necessária.

3.4 O CONTEÚDO DA CAUSA DE PEDIR. OS COMPONENTES FÁTICO E JURÍDICO

Da dupla exigência em torno da dedução, na petição inicial, de fatos e de fundamentos jurídicos – uma constante, como se viu, na história do processo civil brasileiro – é comum e já tradicional na doutrina nacional a dupla descrição da causa de pedir em *causa petendi* próxima (reduzida à descrição jurídica) e *causa petendi* remota (alusiva aos fatos articulados).⁶⁸³

Na tarefa de identificá-la, sobretudo o conteúdo de seus componentes, não se pode prescindir, pois, de um olhar em torno da conjugação dos fatos que, relevantes para o Direito,

⁶⁸² **La domanda giudiziale ed il suo contenuto.** Torino: UTET, 1980, p. 131.

⁶⁸³ A despeito da reinante harmonia em torno dessa classificação, não faltam quem enxergue um sentido inverso em tal divisão, como fazem, aliás, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. Segundo os autores, os fundamentos de fato “compõem a *causa de pedir próxima*. É o inadimplemento, a ameaça ou a violação do direito (fatos) que caracteriza o interesse processual imediato, quer dizer, aquele que autoriza o autor a deduzir pedido em juízo. Daí por que a causa de pedir próxima, imediata, é a violação do direito que se pretende proteger em juízo, isto é, os fundamentos de fato do pedido. (...)” Por outro lado, compreendem que os fundamentos jurídicos “compõem a causa de *pedir remota*. É o que, mediatemente, autoriza o pedido. O direito, o título, não podem ser a causa de pedir próxima porque, enquanto não ameaçados ou violados, não ensejam ao seu titular a necessidade do ingresso em juízo, ou seja, não caracterizam *per se* o interesse processual primário e imediato, aquele que motiva o pedido”. (**Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 886). Uma sugestiva posição é capitaneada por Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem causa de pedir próxima e remota são atingidas tanto por fundamentos de fatos quanto jurídicos: “Parece, todavia, que se está, aí, diante de um falso problema, pois, em nosso entender, tanto a causa de pedir próxima quanto a remota, rigorosamente, abrangem fato e direito”. (**Omissão judicial e embargos de declaração.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 109).

indicam ao juiz a relação jurídica e a consequência pretendida para o caso concreto.⁶⁸⁴ Que se deve deduzir, pois, por fatos constitutivos e fundamentos jurídicos?

A indefinição em torno destes conceitos e o vacilo no tratamento pragmático em torno desta realidade recomendam uma análise minudente sobre cada um dos elementos que compõem a *causa petendi*.

3.4.1 A importância dos fatos jurídicos para a identificação da causa de pedir

Conforme menciona Cândido Rangel Dinamarco, a descrição dos fatos na demanda pelo autor se assemelha ao trabalho de um historiador que, expondo os acontecimentos em si mesmos, narra-os à vista de circunstâncias de tempo e lugar, atribuindo-lhes a eficácia que lhe confere o direito alegado.⁶⁸⁵

É de todo conveniente, não só para a perfeita identificação da relação jurídica e dos limites a serem observado pelo juiz quando da prolação da decisão judicial, mas para a garantia do direito de defesa,⁶⁸⁶ que a narrativa seja o mais completa possível,⁶⁸⁷ no pressuposto de que fiquem suficientemente à mostra as circunstâncias realmente importantes para a resolução do litígio, isto é, o fato ou conjunto de fatos reputados como essenciais à incidência de uma *fattispecie*.

Estes, e apenas estes, teriam aptidão para delimitar a *causa petendi*,⁶⁸⁸ que deste modo assumiriam a designação de “essenciais”, justamente por designarem “o pressuposto

⁶⁸⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, vol. 14, 1977, p. 49.

⁶⁸⁵ **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 127.

⁶⁸⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 35). Segundo José Maria Rosa Tesheiner, a questão da qualificação jurídica do fato não implicaria – embora isso fosse desejável – a exposição literal de um evento histórico, mas sim nas versões a respeito desses episódios que, assumindo visão contingencial, seriam sempre modificáveis: “O fato, enquanto evento histórico, é imutável e compreende a totalidade de seus elementos, todos igualmente relevantes e imutáveis. Mudá-los implicaria alteração do passado. Já a descrição do fato, ou versão, contém apenas alguns dos elementos do fato e apresenta-se mutável. Pode-se acrescentar um elemento antes omitido ou omitir outro antes incluído e mesmo inventar circunstâncias falsas. Supõe-se que entre o fato e a versão exista um mínimo de identidade, embora se saiba possível uma fantasia total: uma ‘versão’ com nenhum elemento de conexão com o evento histórico. (...) Qualificar juridicamente uma fato é destacar alguns elementos da versão, para a determinação de seus efeitos jurídicos”. (**Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 42-43).

⁶⁸⁷ Na abalizada consideração de Pontes de Miranda, “a narração há de ser clara e precisa convém, outrossim, que seja exaustiva, mas concisa; e subentende-se que há de conter a verdade dos fatos, expostos com probidade e encadeamento, tal como se passaram”. (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 14).

⁶⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

inafastável da existência do direito submetido à apreciação judicial”.⁶⁸⁹ Em outros termos, o fato essencial, ao delimitar a pretensão feita valer, estaria “carregado de efeitos pelo ordenamento jurídico”⁶⁹⁰.

A partir do estabelecimento dessa premissa, autorizada doutrina reconhece como indispensável uma clara diferenciação: a individualização da causa de pedir, sempre dependente dos fatos essenciais – assim considerados pela projeção em abstrato de uma consequência jurídica prevista em uma *fattispecie* –, não se confundiria com a simples motivação, que, munida de elementos secundários (fatos simples), apenas daria suporte àquela função essencial.⁶⁹¹

Estes elementos secundários, por não constituírem a hipótese fática descrita na norma invocada pelo autor, não teriam aptidão para constituir a causa de pedir, mas nem por isso seriam, por completo, destituídos de relevância no processo. Desse modo, bem recorda Proto Pisani, poderia o autor deles se valer – quando ausente prova aberta à demonstração do fato principal – para demonstrar indiretamente a sua existência, e assim obter a consequência jurídica que aquele lhe proporcionaria.⁶⁹²

Mencionadas as funções dos fatos em perspectiva essencial e acessória, convém agora explorar mais aprofundadamente cada uma dessas realidades.

3.4.1.1 A preponderância dos fatos essenciais

Vinculados à noção de fatos jurídicos,⁶⁹³ os fatos essenciais dariam, reiterar-se, conteúdo e conformação à causa de pedir a partir da descrição do conjunto de fatos – objeto de incidência da regra de direito – de onde o autor retiraria a conclusão consubstanciada no pedido formulado.⁶⁹⁴

⁶⁸⁹ Ibid., p. 153.

⁶⁹⁰ CARVALHO, Milton Paulo de. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 81.

⁶⁹¹ FRANCO, Maria Victoria Berzosa. **Demanda, causa petendi y objeto del proceso**. Cordoba: Almendro, 1984, p. 32.

⁶⁹² **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, p. 448. Em sentido semelhante, acentuando o caráter acessório dos *fatti secundari*, Giovanni Verde (**Profili del processo civile**: parte generale. 4. ed. Napoli: Jovene, 1994, p. 116).

⁶⁹³ Definido por Chiovenda como aquele de onde “deriva a existência, modificação ou cessação de uma vontade concreta da lei”. (**Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 7).

⁶⁹⁴ ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 141).

Tendo em vista a característica silogística da sentença, os fatos essenciais (enquanto jurídicos) representariam a premissa menor do raciocínio lógico a ser desempenhado pelo juiz na sentença. Mas é preciso destacar que a tarefa de assim identificá-los é particularmente tormentosa porque sucede, não raro, de um mesmo evento histórico assumir, circunstancialmente, ora a composição de fato essencial, ora o formato de mero elemento secundário, a depender da norma jurídica invocada para o caso⁶⁹⁵ ou até mesmo do comportamento assumido pelo réu.⁶⁹⁶

Daí, pois, que a essencialidade do fato decorre muito mais de um componente externo do que, propriamente, de uma característica ínsita ao evento histórico. É, assim, a conjugação deste elemento histórico à norma mencionada como apta à irradiação do efeito pretendido que se erige, validamente, como critério a qualificar o fato com uma ou outra característica. Sem esse ponto de apoio, a tarefa poderia revelar-se irresolúvel.⁶⁹⁷

A compreensão do que aqui acaba de ser dito fica mais clara à luz de um exemplo concreto que se retira da obra de Ovídio Baptista da Silva.⁶⁹⁸ Em caso hipotético imaginado pelo processualista gaúcho, determinada pessoa (proprietária de imóvel rural) ingressara em juízo com ação de rescisão de contrato de parceria agrícola porque o contratado, em alegada violação expressa ao art. 32, inciso IV, do Decreto nº 59.566, de 1966,⁶⁹⁹ empregara determinada técnica, por exemplo, o uso de determinado defensivo agrícola – bem delimitada no tempo e no espaço –, que teria acarretado danos à gleba objeto da avença. Por conta disso, postulara pela desconstituição do contrato e, conseqüentemente, pelo despejo do arrendatário do imóvel.

⁶⁹⁵ BOMFIM, Daniela Santos. A causa de pedir nas demandas meramente declaratórias. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista de Processo, vol. 217, mar. 2013, p. 5. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d6286b05608ac7c0&docguid=I2810bfd07bf011e28448010000000000&hitguid=I2810bfd07bf011e28448010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=148&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017.

⁶⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

⁶⁹⁷ Como bem pondera Araken de Assis, “(...) o conjunto circunstancial, ou sucessos históricos, às vezes provocam a nítida impressão de problema insolúvel”. (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 142).

⁶⁹⁸ Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 118.

⁶⁹⁹ “Só será concedido o despejo nos seguintes casos: (...); IV – Dano causado à gleba arrendada ou às colheitas provado o dolo ou culpa do arrendatário”. (BRASIL. Decreto n. 59.566, de 14 de novembro de 1966. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm>. Acesso em: 28/12/2017.

Fica fácil notar que o fato essencial, no exemplo, seria a utilização pelo arrendatário de tal produto químico que, utilizado de forma irregular, ocasionara a situação motivadora do despejo requerido. Pouca importância teria para a caracterização da causa de pedir, por exemplo, elementos circunstanciais como a descrição das características do produto, ou mesmo a hora do dia em que espargido sobre a lavoura lá existente. Esses fatos secundários, embora relevantes para completar a narrativa processual, não seriam importantes a compor a causa de pedir.

A situação poderia ser invertida se, por exemplo, em vez de danos à gleba rural, o autor suscitasse a ocorrência de danos à colheita, outra circunstância descrita pelo texto normativo como juridicamente apta ao despejo almejado. Não se cogitando de danos ao imóvel, mas à lavoura, não seria despropositado imaginar, por exemplo, que o prejuízo teria decorrido da falta de perícia do arrendatário que, ao não observar o correto manejo do produto químico, ou o horário do dia em que recomendado pelo fabricante, teria dado causa aos danos.

Vale dizer, alterado o paradigma normativo, o fato antes considerado essencial, passa a carecer de relevância, assumindo assim uma função marginal em relação à causa de pedir,⁷⁰⁰ enquanto outros, até então destituídos de importância para sua delimitação, reerguem-se como elementos centrais à delimitação da pretensão.

É correta, portanto, a lição de Darci Guimarães Ribeiro no sentido que a essencialidade do fato vincula-se ao elemento concreto que fornece à parte uma situação de vantagem objetiva, traduzida nas consequências jurídicas pretendidas.⁷⁰¹

Reforça-se, assim, a compreensão de como são fecundas as relações envolvendo fato e Direito. Também Araken de Assis tomou de empréstimo o exemplo mencionado por Ovídio Baptista. E dele, cogitando a hipótese de um mesmo fato poder preencher as duas situações descritas no texto normativo – dano à gleba e dano à lavoura –, indagou se haveria aí um autêntico cúmulo de ações.⁷⁰²

⁷⁰⁰ MANDRIOLI, Crisanto. Riflessioni in tema di petitum e di causa petendi. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, vol. 29, n. 3, 1984, p. 476.

⁷⁰¹ **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva:** hacia una teoría procesal de derecho. Barcelona: J. M. Bosch, 2004, p. 149-151.

⁷⁰² “Segundo a verba legislativa, se concederá o despejo ocorrendo dano à gleba arrendada ou às colheitas, provada a culpa ou o dolo do arrendatário. Salvo engano, o artigo em tela chancela dois direitos subjetivos, perfeitamente distintos, de obter o despejo: 1.º) o dano causado à gleba arrendada; e 2.º) o dano à colheita. Agora, e se o autor, na inicial da ação de despejo, descreve um comportamento culposos do réu, através de uma única ação (por exemplo, deitou ele à terra uma quantidade tão elevada de produtos químicos que, a um só tempo, destruiu a safra e tornou estéril a terra), enquadrado na categoria ‘dano à gleba’ e ‘dano à colheita’? há uma ou duas ações materiais? Em face da disposição ínsita dos fatos alegados de incidirem, simultaneamente, nos dois suportes, existem duas ações, embora só um complexo de fatos”. (**Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 144-145).

Reconhecendo, tal como aqui se faz, que o fato jurídico ganha antagonismo quando incide em uma particular categoria jurídica, não teve dúvidas em responder positivamente àquela indagação. O autor fez ressalvas, no entanto, à tormentosa questão da singela qualificação jurídica, quando então os fatos descritos seriam inteiramente coincidentes, não tendo assim aptidão de infirmar a unidade da ação, à vista do artigo 301, § 2º, do CPC (correspondente ao artigo 337, § 2º do CPC/15).⁷⁰³

E no campo da coisa julgada, fez observação que, de par com sua compreensão sobre o objeto litigioso no processo nacional, não deve surpreender a ninguém: nas ações constitutivas, a amplitude da eficácia preclusiva abarcaria causas de pedir e demandas diversas, como na hipótese de autor que, pretendendo a anulação de um contrato, não poderia voltar a juízo almejando o mesmo efeito, quando, na primeira demanda, o juiz acolhera o pedido por não reconhecer a existência do citado vício de consentimento.⁷⁰⁴

A descrição de tais exemplos pode suscitar dúvidas sobre a real natureza dos fatos constitutivos nas ações declaratórias, sobretudo aquelas que visam ao reconhecimento do domínio. Como se disse alhures, reside aqui o ponto da discórdia entre teóricos da individuação e da substanciação. Haveria a necessidade de o autor declinar na inicial os fatos que deram origem à aquisição do domínio? Mesmo reconhecendo a natureza *erga omnes* desse direito, destaca Arruda Alvim que tal contingência não dispensaria o pretense titular da propriedade de fundamentar seu pedido para vê-lo reconhecido em juízo, sobretudo quando contestado.⁷⁰⁵

Essa assertiva é irrepreensível diante da constatação de que duas causas, absolutamente independentes e situadas numa mesma dimensão temporal, podem se revelar suficientes à aquisição do domínio – v.g., usucapião e sucessão *causa mortis* – diante da projeção em abstrato de duas *fattispecies* totalmente diversas.⁷⁰⁶

Se assim ocorre, há de se observar também a relação que se estabelece entre os fatos quando a causa de pedir não está associada a um único evento histórico. Com base nisso,

⁷⁰³ **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁰⁵ **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 91.

⁷⁰⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 177. Sem embargo disso, não poder ser aceita a tese do autor de que “a sentença que decidir sobre tal pretensão, a tornará improponível para o futuro, deixando, porém, em aberto, o caminho para a propositura de nova ação fundada em fato constitutivo não alegado na primeira” (*ibid.*, loc. cit.), a menos que as causas ocorram em circunstâncias temporais diversas, como se será visto no próximo capítulo.

pode-se afirmar, como Miguel Teixeira de Sousa, que a causa de pedir pode ser classificada em simples, composta ou complexa.⁷⁰⁷

A causa de pedir simples seria aquela composta por um único fato jurídico capaz, individualmente, de dar suporte à pretensão deduzida.⁷⁰⁸ Composta, de seu turno, seria a causa de pedir integrada por uma variedade de fatos jurídicos que, *de per se*, dariam ensejo a uma específica e individualizada pretensão, enquanto a causa de pedir complexa, ao sabor de mais de um fato jurídico, renderia ensejo a um pluralidade de ações.⁷⁰⁹

Ver-se-á a seguir que, a despeito de a causa de pedir ser composta de fatos essenciais, nem sempre há uma dispensabilidade absoluta em relação aos fatos simples, quer porque a narrativa processual assim o exige, quer porque, não raramente, a exigência de contraditório impõe uma mudança quanto à natureza dos fatos.

3.4.1.2 O papel dos fatos simples na identificação da causa de pedir

Ao contrário dos fatos essenciais, os fatos simples, ou secundários, não integram a causa de pedir,⁷¹⁰ a despeito de se constituírem, por vezes, indispensáveis a sua compreensão.

Desta forma, por não se revelarem suficientes ou adequados a justificar o pedido, segundo entendimento corrente, a sua alteração, ou até mesmo a dispensa de sua indicação no curso da demanda, não importaria em modificação da causa de pedir.⁷¹¹

Mas nem por isso, reitere-se uma vez mais, pode-se admitir que os fatos secundários não guardam relevância dentro do processo porque, não logrando êxito o autor em demonstrar

⁷⁰⁷ **Sobre o processo declarativo.** Coimbra: Coimbra Editora, 1980, p. 162.

⁷⁰⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 156. Também Araken de Assis (**Cumulação de ações.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 209).

⁷⁰⁹ TUCCI, op. cit., loc. cit.

⁷¹⁰ A questão não é pacífica na doutrina nacional. José Joaquim Calmon de Passos, por exemplo, entende que também os fatos secundários devem ser descritos pelo autor na inicial, pois completam a causa de pedir. A imposição deveria, assim, da necessidade de o réu ter de impugnar especificamente os fatos alegados, apresentando defesa completa. (**Comentários ao Código de Processo Civil.** vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 145). No mesmo sentido, após mudança de entendimento, Ernane Fidélis dos Santos (**Manual de direito processual civil.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 348).

⁷¹¹ FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro.** 19. ed., rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 94. Daí a assertiva de Chiovenda no sentido de que estes “somente têm importância para o direito enquanto possam servir a provar a existência de um fato jurídico”. (**Instituições de direito processual civil.** Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 7). Distinguindo os fatos simples dos fatos jurídicos, Arruda Alvim ressalta a marca de sua mutabilidade: “Distinguem-se, como categoria mental, dos chamados fatos simples, os quais, *de per se*, são insuficientes para gerar consequências jurídicas. Levam estes, apenas, ao conhecimento pleno dos fatos jurídicos (qualificados aqueles como tais), os que não poderão, de forma alguma, ser mudados durante a demanda (salvo modificação do libelo – art. 264, *caput*, se admitida), o que já não ocorre com os simples”. (**Manual de direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 415-416).

de forma direta a existência do fato principal, nada lhe interditará de se valer de elementos circunstanciais, munido o juiz de subsídios para que decidisse amparado em um juízo de verossimilhança.⁷¹²

Composto de tais predicados, estariam os fatos simples libertos da regra da adstrição, admitindo-se ao juiz, se importantes para o julgamento da causa, tomá-los em consideração independentemente de invocação pelas partes.⁷¹³ Essa dedução, um tanto quanto revolucionária, não deixa de ser polêmica.⁷¹⁴

A prática evidencia, por outro lado, que a tomada de posição, *a priori*, por um fato como simples, pode por vezes revelar-se equivocada. Inserido na petição inicial como um elemento accidental, pode ocorrer que a atitude assumida pelo demandado altere aquela primitiva classificação. Um fato inicialmente simples ou secundário tornar-se-ia essencial quando, segundo a narrativa desempenhada pelo demandado, de sua específica impugnação adviesse, se efetivamente comprovada, a nulificação do suporte fático normativo invocado pelo autor.⁷¹⁵

⁷¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 154.

⁷¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

⁷¹⁴ Daí por que parece mais adequada a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, quando condiciona essa possibilidade à notoriedade do fato, ou à aptidão do juiz de reconhecê-los pela experiência comum: “A formação do material fático da causa deixou de constituir tarefa exclusiva das partes. Muito embora devam elas contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da causa petendi, não se mostra recomendável proibir a apreciação dos fatos secundários pelo juiz, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios, ou pertencerem à experiência comum”. (A garantia do contraditório. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: UFRGS, vol. 15, 1998, p. 5).

⁷¹⁵ Interessante exemplo foi aventado por José Roberto dos Santos Bedaque. Tendo o autor ingressado com ação de indenização por acidente de veículos em face do réu, a alegação de que o infortúnio ocorrera em determinado dia da semana, por exemplo um sábado, por certo seria considerada uma circunstância acessória. Todavia, isso mudaria, radicalmente, se o réu, em contestação, viesse a alegar que, por conta de determinada orientação religiosa, não poderia ter saído de casa naquele dia. (op. cit., p. 36). Esse fenômeno, se bem observado, insere-se naquilo que Michele Taruffo nomina de a “institucionalidade do fato”, que, deixando a natureza “bruta”, em razão mesmo do “carregamento de contexto”, em algum momento no processo, assume particular relevância: “Algumas questões relativas ao problema da verdade judicial e da função dos meio de prova surgem porque os ‘fatos em litígio’ ou os ‘fatos da causa’ são necessariamente determinados com base em normas jurídicas que são aplicadas com o objetivo de solucionar o caso. Essa observação vincula-se à teoria que sustenta que os “fatos brutos” devem distinguir-se dos ‘fatos institucionais’, e que os primeiros não existente nos domínios jurídicos, sendo somente os últimos relevantes no contexto da tomada de decisões. Dessa forma, esse enfoque é bastante trivial, uma vez que ninguém nega seriamente a natureza ‘carregada de contexto’ de qualquer enunciado de fato em geral, assim como todos sabem que em contextos jurídicos os fatos são ‘carregados de direitos’. Por conseguinte, o direito define e seleciona os fatos que podem ser considerados ‘em litígio’ em toda causa. De certa forma, então, os ‘fatos em litígio’ são sempre ‘institucionais’, uma vez que são definidos e determinados por meio de aplicação de uma norma jurídica. Entretanto, isso não implica dizer que ‘fatos brutos’ nunca possam ser considerados no contexto judicial, ou que a verdade dos fatos em litígio não possa ser determinada. Por vezes, fatos brutos são importantes para a tomada da decisão, e.g. quando um fato é utilizado como elemento de

De toda a sorte, um dado prévio é inquestionável: a definição de fato simples se põe em direção inversa à noção que se deve atribuir aos fatos jurídicos no momento exato do ingresso da demanda em juízo, vale dizer, de sua inaptidão, naquele momento, para servir de coincidência com o suporte fático da norma invocada pelo autor.

Pode-se dizer assim, com Araken de Assis, que seriam circunstâncias simples, por exemplo, indagar se o adultério – causa hábil ao divórcio – ocorrera pela manhã ou pela tarde; que o acidente – descrito na ação de indenização – sucedera na rua A ou B; ou mesmo que no dia infortúnio o céu estava ensolarado.⁷¹⁶

Em conclusão a esta etapa, percebe-se claramente como a cambiabilidade dos fatos pode determinar a sorte do processo, e como as múltiplas variáveis circunstanciais influenciam a compreensão a respeito do conteúdo da causa de pedir.

Essas considerações, no entanto, não esgotam a questão. Também os fatos representam fator de distinção entre o que parcela significativa da doutrina nomina de aspecto passivo da causa de pedir. O assunto será tratado no item seguinte.

3.4.1.3 Os fatos e a chamada causa de pedir passiva

A causa de pedir de remota, segundo importante segmento da doutrina, por vezes encontraria nos fatos outra relevância pragmática que lhe determinaria o conteúdo: verificar a circunstância⁷¹⁷ ou estado de fato lesivo do direito alegado.⁷¹⁸

Enquanto a causa de pedir ativa diria respeito ao fato constitutivo do direito ou da situação jurídica afirmada,⁷¹⁹ seu correspondente negativo, assim, atinaria àquela circunstância que, violando esse direito, atribuiria ao autor interesse legítimo de agir em juízo.⁷²⁰

prova circunstancial relativo a um fato em litígio”. (A prova. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17).

⁷¹⁶ **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 142.

⁷¹⁷ José Carlos Barbosa Moreira sugere o seguinte exemplo: “Se o autor reclama a restituição de quantia emprestada, a *causa petendi* abrange o empréstimo, fato *constitutivo* do direito alegado (aspecto ativo), e o não pagamento da dívida no vencimento, fato *lesivo* do direito alegado (aspecto passivo)”. (O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17).

⁷¹⁸ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 300.

⁷¹⁹ GIANOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 51-52.

⁷²⁰ Situação essa que José Ignácio Botelho de Mesquita alega carecer de qualquer componente negativo: “Zanzucchi, citado por Sérgio Costa, vê a causa petendi passiva naquilo que Chiovenda designa por afirmação da existência do fato de que decorre o interesse de agir (inadimplemento ou fato gerador da incerteza). Não vejo o que, nisso, haja de ‘passivo’”. (A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 172).

Pode-se afirmar, com alguma segurança, que o componente passivo atribuído à causa de pedir se constituiu em uma tradição na doutrina processual italiana, bastando recordar que Chiovenda já o identificava em paralelo ao “fato jurídico” e ao “fato constitutivo da ação”.⁷²¹

Enquanto fator de insubordinação a uma posição jurídica material, o fato, ou o estado de fato lesivo, poderia variar conforme a natureza da demanda. Segundo Mandrioli, o fato lesivo característico do interesse de agir nas ações declaratórias guarda relação com a situação de insegurança gerada por um “fato contestado”.⁷²² Não tendo o processo declaratório natureza especulativa, somente um ato de rebeldia bastante específico e concreto poderia autorizar que alguém se dirigisse a juízo para pedir que o Estado solvesse a situação de incerteza em torno de uma relação jurídica.

Sob base semelhante, Adolf Wach chegara a conclusão similar. Ao reconhecer clara sintonia entre o interesse de agir nas ações declaratórias e o conteúdo da causa de pedir – que em nenhuma hipótese, segundo o jurista, se equiparava a singela dúvida –, o autor alemão afirmou, em termos até enfáticos, que o pedido nestas demandas corresponderia ao não reconhecimento de uma posição por parte de um indivíduo em consideração a uma particular relação jurídica.⁷²³

No campo das ações constitutivas, sobretudo naquelas de feição negativa, há quem sustente, com argumentos razoáveis, que só se poderia cogitar, em realidade, de causa de pedir passiva.

Trazendo à luz exemplo de ação em que se postulasse a anulação de contrato por vício de vontade, Giuseppe Franchi sustenta que assim ocorre porque o fato negativo, enquanto elemento contrário ao Direito, apenas surge após a conclusão do contrato. Segundo o autor, afirmar que tal demanda seja composta por causa de pedir ativa – na hipótese, a existência do contrato – equivaleria a dizer que todos os contratos, por exemplo, poderiam ser resolvidos em razão de inadimplemento, uma clara redundância sem qualquer relevância prática.⁷²⁴

Certo é, todavia, que o componente passivo da causa de pedir se revela assaz aparente nas demandas de cunho condenatório, uma vez que, já existente previamente o direito subjetivo,⁷²⁵ a inércia do titular do dever jurídico faria aparecer o interesse de agir como um

⁷²¹ **Instituições de direito processual civil.** Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 351.

⁷²² **Diritto processuale civile.** 13. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000, p. 145.

⁷²³ **La pretensión de declaración.** Buenos Aires: EJE, 1962, p. 113.

⁷²⁴ **La litispendenza.** Padova: Cedam, 1963, p. 98-99.

⁷²⁵ Aqui considerado, como faz Pontes de Miranda, como um *status* jurídico capaz de ser tornado efetivo por meio da “ação”. (**Tratado das ações.** vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 24).

reflexo da gênese da própria ação.⁷²⁶ Mais remotamente, o inadimplemento, então, comporia a causa de pedir passiva.⁷²⁷

Não há, contudo, concórdia sobre o fato de a causa de pedir passiva integrar o objeto litigioso do processo.⁷²⁸ A questão perpassa – e aí parece residir o cerne do equívoco – em diferenciá-la do que recorrentemente se nomina de *causa excipiendi*. Esta, ao revés do componente passivo da causa de pedir, concentra-se no fato contrário empreendido em sintonia ao fundamento de defesa invocado pelo réu no contexto do processo.⁷²⁹

Seja como for, esse circunstância releva a íntima conexão que os fatos projetam em relação aos fundamentos jurídicos como integrativos da causa de pedir,⁷³⁰ o que ficará mais claro segundo abordagem desenvolvida no item seguinte.

⁷²⁶ O problema relativo ao interesse de agir nas demandas de índole condenatória restou magistralmente explicado por Ovídio Baptista da Silva quando, explicando o fenômeno da ação processual – seguindo em linhas gerais a doutrina de Pontes de Miranda – asseverou: “Se sou titular de um crédito ainda não vencido, tenho já direito subjetivo, estou na posição de credor. Há o *status* que corresponde a tal categoria do direito das obrigações, porém ainda não disponho da faculdade de exigir que o devedor cumpra o *dever* correlato, satisfazendo meu direito de crédito. No momento em que ocorrer o vencimento, nascer-me-á uma nova faculdade de que meu direito subjetivo passará a dispor, qual seja o poder *exigir* que o devedor preste, satisfaça, cumpra a obrigação. Nesse momento, diz-se que o direito subjetivo – que já existia, embora se manifestasse em estado de latência – adquire dinamismo, ganhando uma nova potência a que se dá o nome de *pretensão*. (...) Se, todavia, embora possa fazê-lo, deixo de exigir do obrigado o cumprimento de sua obrigação, terei, pelo decurso do tempo e por minha inércia, prescrita essa faculdade de exigir o pagamento, ou, de um modo geral, o cumprimento da obrigação. Haverá, a partir de então, *direito subjetivo*, porém não mais *pretensão*, e, conseqüentemente, não mais ação (...). Temos, portanto, três fenômenos diferentes: o direito subjetivo, a pretensão de direito material, que são *estados* de que desfruta seu titular, e o exercício dessa faculdade de exigir, que não é mais um estado, mas o desenvolvimento de uma ação por parte do titular da pretensão. Contudo, ao exigir que o titular do dever jurídico (obrigado, *lato sensu*) se comporte de acordo com a norma e cumpra a obrigação, ainda não estará *agindo para a realização* de seu direito. Enquanto limito-me a *exigir*, ainda não *ajo* (...). Se, todavia, o titular da pretensão *exige* do obrigado a satisfação, e tal exigência torna-se infrutífera, porque o sujeito passivo viola o dever jurídico e o infringe, nasce ao titular da pretensão *a ação de direito material*, que é o *agir* – não mais o simples exigir – por meio do qual o titular do direito *realiza-lo-á por seus próprios meios*, ou seja, independentemente da vontade ou de qualquer outra conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado”. (**Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev., e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 78-80).

⁷²⁷ OLIVEIRA, Bruno Silveira. **Conexidade e efetividade processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 63).

⁷²⁸ Giannozzi, por exemplo, negando essa relação, reputa possível a alteração sem que isso implique na modificação da ação, salvo se alterado o fato constitutivo referente à relação jurídica controversa, ou o pedido deduzido. (**La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 79).

⁷²⁹ Assim, Augusto Tanger Jardim. (**A causa de pedir no direito processual civil**. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 107). A ressalva, contudo, fica por conta da conclusão. Afirma o autor “(...) que a *causa excipiendi* não serve para identificar a demanda”, porquanto relacionada com a fixação dos pontos controversos e com a estabilidade da demanda e não com a sua identificação, que é decorrente da *causa petendi*”. (ibid., p. 108). Sobre esse ponto, ainda não firmamos convicção, sobretudo pela variedade de comportamentos que podem ser assumidos pelo demandado em oposição à pretensão deduzida pelo autor.

⁷³⁰ Em grande medida, consoante adverte Antônio Santos Abrantes Galdes, por conta de um sentido técnico-jurídico atribuído aos fatos: “(...) se, em determinadas situações, de imediato se pode inserir uma afirmação no campo da *matéria de direito* (v.g. má-fé, abuso de direito, diligência do bom pai de família, culpa, imprevidência, inconsideração) ou no campo da *matéria de facto* v.g. terreno, edifício, árvore, carta postal), com alguma freqüência se suscitam dúvidas quanto a estabelecimento da linha de *demarcação* entre os dois terrenos nos casos em que as expressões têm, simultaneamente, um sentido técnico-jurídico (...) (v. g. arrendamento,

3.4.2 A relevância dos fundamentos jurídicos para o mesmo fim

Ao lado da causa de pedir remota, constituída então de fatos jurídicos, exige-se que o autor formule também a causa de pedir próxima, esta composta de dedução formulada a respeito de como os fatos justificariam a providência almejada no pedido. Em outros termos, caberia ao demandante evidenciar que a situação concreta narrada na petição inicial se encaixa perfeitamente na previsão abstrata prevista em uma *fattispecie*,⁷³¹ assumindo pertinência em relação à constituição de efeitos jurídicos.

À luz do modelo silogístico que se projeta na sentença, afirma-se que os fundamentos jurídicos formariam a premissa maior do raciocínio lógico desempenhado pelo juiz,⁷³² o qual, em adição à verificação dos fatos jurídicos, conduziria à consequência que o autor demanda proteção.⁷³³ Dito de outro modo, “os fundamentos jurídicos vêm a ser a própria demonstração de que o fato narrado pode ter consequências, das quais se pode concluir a existência de uma ou mais pretensões”⁷³⁴.

Em sintonia à ideia de que texto e norma não são fenômenos similares, os fundamentos jurídicos corresponderiam à norma jurídica que ao autor entende extraída a partir de um modelo abstratamente contido pelo texto legal. Este último, tido por singular

renda, inquilino, hóspede, proprietário, possuidor, preço, lucro, empréstimo, consentimento etc”). (**Temas da reforma do processo civil**. 2. ed. vol. 1. Coimbra: Almedina, 1999, p. 196).

⁷³¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 14.

⁷³² Raciocínio este que só de forma bem indireta vincularia ao pensamento do juiz, uma vez que a juridicidade do material fático é resultado de um esquema que, conjugando dialeticidade entre fato e Direito, inspiraria as múltiplas sequências procedimentais do processo. Neste sentido, Michele Taruffo: “A qualificação jurídica dos fatos da causa dentro de um determinado modelo de decisão constitui (...) o resultado de um procedimento complexo que, mediante transformações dialeticamente orientadas pelas proposições de fato e pelos critérios normativos de juízo, permite estabelecer uma espécie de correspondência semântica entre o suporte fático concreto e um dos suportes fáticos abstratos resultantes da interpretação das normas. No entanto, também nessa fase, a que se reconhece tradicionalmente natureza lógico-dedutiva, que representou inclusive o núcleo mais sólido da teoria dedutiva do juízo, é fácil nota as características de dialeticidade e descontinuidade próprias da estrutura geral hipotético-deliberativa de todo o raciocínio decisório. O procedimento que conduz à qualificação jurídica é formado por diversas sequências, dentre as quais à formulação de hipóteses alternativas segue-se a escolha da hipótese mais adequada às finalidades da decisão. (...) A correção da chamada ‘subsunção final’, com a qual o suporte fático concreto é reconduzido a um determinado suporte fático abstrato, portanto, ocorre em função da correção lógica das operações que compõem todo o procedimento hipotético-deliberativo que conduz à qualificação jurídica dos fatos. A sua ‘justiça depende preponderantemente das apreciações valorativas que o juiz efetuou no curso desse procedimento”. (**A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 225-226).

⁷³³ PINTO, Junior Alexandre Moreira Pinto. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

⁷³⁴ SANTOS, Ernane Fídelis dos. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 346.

fundamento legal, sequer demandaria indicação expressa pelo autor no ato introdutório da demanda.⁷³⁵ A eventual incorreção quanto a seu apontamento na petição inicial não importaria prejuízo ao demandado, uma vez que a causa de pedir dele prescindiria,⁷³⁶ permitindo-se, pois, ao juiz um papel corretivo segundo o *iura novit curia*.⁷³⁷

A descrição do fundamento jurídico, deste modo, equivale à demonstração da relevância dos fatos descritos na demanda para o Direito, ou, dito de outro modo, como faz Guillermo Ormazabal Sánchez, da associação de determinados efeitos ou consequências jurídicas a um conjunto de fatos a partir de uma previsão de direito.⁷³⁸

Essa tarefa pode apresentar problemas de difícil equacionamento. Como, pois, entender pela qualificação jurídica de um fato? A primeira hipótese que se apresenta a responder esse questionamento propõe que o evento histórico deduzido pelo autor encontre correspondência em certo dispositivo legal, ensejando assim a produção da consequência jurídica prevista na regra. Essa é a hipótese mais comum em ordenamentos com robusto arsenal legislativo.⁷³⁹

Os princípios jurídicos, de igual modo, poderiam também servir de arquétipo normativo a garantir a juridicidade de determinado arcabouço fático. Mediante raciocínio argumentativo, a situação jurídica concretamente deduzida em juízo permitiria, assim, a construção da norma jurídica de tipo condicional, a revelar que essa racionalidade poderia, em verdade, ensejar situações das mais variadas espécies.⁷⁴⁰

Uma outra perspectiva relaciona essa temática à afirmação da situação jurídica que se pretende ver reconhecida. O que importa, sob essa perspectiva, é que a fundamentação jurídica deduzida logre, razoavelmente, individualizar a posição jurídica de vantagem

⁷³⁵ **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. vol 1. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 358. Ou, como diz Araken de Assis: “O fundamento legal apontado pelo autor, ou o *nomen iuris*, fundada em inadimplemento do parteceiro, em lugar de ação de ‘resolução’, se ostenta inteiramente irrelevantes na caracterização da *causa petendi*”. (**Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 139-140).

⁷³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 17.

⁷³⁷ ASSIS, op. cit., loc. cit.

⁷³⁸ **Iura novit curia**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98.

⁷³⁹ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit cúria e a causa de pedir**: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 273.

⁷⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Vinculação do juiz aos pedidos e o princípio do *iura novit cúria*. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Processo civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012, p. 461.

ocupada pelo autor que dá suporte ao seu pedido, particularmente a partir da identificação dos fatos jurídicos.⁷⁴¹

Esse modo de vislumbrar a qualificação jurídica da demanda confere, como é natural supor, pouco espaço ao juiz em termos corretivos, sobretudo quando uma suposta identificação da juridicidade – em contraposição às deduções feitas pelo autor na inicial – pudesse, em transgressão ao princípio dispositivo, justificar a alteração da causa de pedir.⁷⁴²

A questão, como se vê, é de difícil solução, porque nem sempre é fácil vislumbrar na subsunção dos fatos ao plano jurídico uma passagem lógica do raciocínio do julgador à conclusão estabelecida, o que se traduz, em boa medida, na dificuldade de se diferenciar os fatos dos fundamentos jurídicos. E essa circunstância projeta consequências decisivas para que se saiba quando se está, verdadeiramente, diante de uma pluralidade de causas de pedir – e, por consequência, de ações –, ou defronte apenas de uma plúrima nomenclatura jurídica.⁷⁴³

Se é correta a assertiva de que entre causa de pedir e pedido há de existir um nexo de causalidade⁷⁴⁴ – o que à luz do direito processual brasileiro para inequívoco, diante do texto escrito no artigo 330, § 1º, inciso III do CPC/15 –, não deve haver dúvida de que, deduzindo o autor na petição inicial, mais de uma causa de pedir próxima e remota, estar-se-ia em realidade diante de uma evidente cumulação de ações.⁷⁴⁵ Até aí, de par com as considerações havidas neste trabalho a respeito da natureza dos chamados fatos jurídicos, não há maiores novidades.

A questão ganha complexidade quando, ao invés, cogita-se de uma pluralidade de causas remotas atreladas a uma única causa próxima, ou vice-versa. Imagine-se, por exemplo, como faz Araken de Assis, uma ação de separação judicial em que o autor narra a prática de adultério praticado por um dos cônjuge com “A” e “B”, em ocasiões distintas. Considerando-

⁷⁴¹ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit cúria e a causa de pedir**: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 275.

⁷⁴² SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Iura novit curia**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 49.

⁷⁴³ Daí por que se revela temerária a afirmação, em termos enfáticos, de Manuel Ortells Ramos, no sentido de que “(...) si lo hechos son los mismos, la possibilidade de calificarlos jurídicamente de varias maneras (simple que esto sea posible sin alterar la consecuencia jurídica pretendida), no determinar otras tantas causas de pedir, no objetos procesales diferentes por este último elementos”. (**Derecho procesal civil**. Navarra: Aranzandi, 2000, p. 256). Afirma Ganuzas, com total pertinência, que “naturalmente el diseño de un processo com estas características no sólo tiene una enorme influencia sobre el tratamiento de los hechos, sino también em relación con lo materiales jurídicos y el poder de disposición del juez sobre los mismos, es decir, sobre lo que el principio iura novit curia expressa. Esa influencia se manifiesta fundamentalmente em el necessário equilibrio que em todo tipo de procesos debe apreciarse entre esse principio y los de contradicción y congruencia, que se configuran, de esse modo, como verdadeiros límites al primero”. (“**Iura novit curia**” y aplicación jurídica del derecho. Valladolid: Lex Nova, 2000, p. 32).

⁷⁴⁴ ASSIS, Araken. **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 149.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p. 150.

se que cada evento histórico, em reflexo à respectiva *fattispecie*, dá ensejo à consequência jurídica almejada, isto é, à separação judicial, a conclusão de que há, em realidade, duas ações de direito material confirma a existência da multiplicidade das causas, sem que se cogite dos óbices de litispendência ou coisa julgada.⁷⁴⁶

Essa assertiva poderia conduzir à conclusão de que o reconhecimento pelo juiz de apenas um dos eventos históricos narrados poderia render ensejo a uma decisão de parcial procedência, o que se afigura falso.

A redação do artigo 487, inciso I, do CPC, ao tempo em que revela a errônea do pensamento de Schwab quando da idealização, já aqui citada, de um critério unitário em torno da noção de objeto litigioso do processo, demonstra que o que interessa ao autor, em situações desta espécie, é o acolhimento do pedido, independentemente de a providência postulada ser alcançada por meio da primeira ou da última causa de pedir invocada.

3.4.2.1 A qualificação jurídica e a (i) relevância dos fundamentos legais

Segundo remansosa doutrina, a qualificação jurídica que o ordenamento impõe ao autor deduzir na petição inicial não se confunde, em absoluto, com o fundamento legal que o enquadramento fático-normativo por ele descrito encontra no direito positivo.⁷⁴⁷

Se assim ocorre – e parece repousar justamente aí o núcleo de aplicação do *iura novit curia* – nem sempre é suave e singela uma exata distinção de fronteiras entre ambos os conceitos,⁷⁴⁸ o que torna duvidosa a afirmação de que “la calificación jurídica no es competencia del actor sino del Juez, y si el actor la realiza, no es determinante”⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ **Cumulação de ações.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 150. Novamente é crucial aqui a referência de que tal conclusão, segundo as premissas deste trabalho, não alcança a eficácia preclusiva da coisa julgada, dada a sua aptidão de consumir causas de pedir e ações autônomas.

⁷⁴⁷ Segundo assevera José Rogério Cruz e Tucci: “Embora o *nomen iuris* e/ou a fundamentação legal porventura invocado pelo autor possa influenciar o raciocínio do julgador, não há qualquer impedimento, dada a incidência do aforismo *iura novit curia*, a que este requalifique juridicamente a demanda, emoldurando-a em outro dispositivo de lei: o juiz goza de absoluta liberdade, dentro dos limites fáticos aportados no processo, na aplicação do direito, sob o enquadramento jurídico que entender pertinente (...)”. (**A causa petendi no processo civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 160-161).

⁷⁴⁸ Como adverte José Roberto dos Santos Bedaque: “É extremamente complexa a exata configuração da causa de pedir, visto que difícil a separação entre matéria fática e jurídica. Na verdade, a regra legal acaba sendo critério de seleção dos fatos pertinentes ao caso, pois apenas os que compõem a descrição abstrata do legislador integrarão a causa de pedir. Esse seleção já implica valoração jurídica e resultará na qualificação jurídica dos fatos. Se a valoração ou qualificação jurídica da matéria fática importa subsunção desta à norma, como distinguir fundamento jurídico e legal? Ao formular o pedido de tutela jurisdicional, ao autor atribui aos fatos por ele narrados a aptidão para produzir determinada consequência jurídica. Desde que se atenha a esse limites objetivos, ou seja, os fatos e os efeitos jurídicos pretendidos, o juiz pode aplicar regra diversa da invocada. Fundamento jurídico seria, portanto, a atribuição aos fatos da vida de determinada consequência estabelecida no

Essa última asserção revela uma indevida confusão de conceitos, em grande parte movida pela noção, ainda hoje corrente, de que à caracterização da causa de pedir revelar-se-ia indispensável apenas o enquadramento fático relatado pelo autor.⁷⁵⁰ Pode-se perceber que essa postura hermenêutica adota uma tomada de posição explícita por um radicalismo em prol da substanciação, para quem a causa de pedir deveria explicar-se unicamente ao pedido formulado.⁷⁵¹

Se há, de fato – e quanto a isso não existem maiores controvérsias – um específico campo à incidência do *iura novit curia*, por certo ele não se revela assim tão amplo, a ponto de deixar ao juiz o controle integral de todas as questões jurídicas introjetadas no processo.⁷⁵²

ordenamento. Aos descrever o fato e pleitear o efeito jurídico a ele inerente, já estaria o autor deduzindo o fundamento jurídico. Pelo que se vê, não é tão clara a distinção entre fato, fundamento jurídico e fundamento”. (Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 32-33). Parecendo-nos correto o ensinamento do processualista paulista, não pode ser aceita, evidentemente, a assertiva de Renato Montans de Sá, quando alude que “o cuidado do magistrado em modificar a *causa petendi* próxima repousa na margem de liberdade dada ao julgador para alterá-la sem prejuízo ao processo e ao princípio da adstrição”. (**Eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109). Repousa aí, na nossa visão, respeitosamente, uma clara contradição. Se os fundamentos legais não integram a causa de pedir, seria inapropriado cogitar-se, por lógica, que a sua alteração pudesse resultar na alteração da própria causa de pedir.

⁷⁴⁹ FRANCOS, Maria Victoria Berzosa. **Demanda, causa petendi y objeto del proceso**. Cordoba: Almendro, 1984, p. 48.

⁷⁵⁰ Daí a lição de Cassio Scapinella Bueno – com a qual, respeitosamente, não concordamos – quando afirma que “(...) não é necessário que o outro *qualifique juridicamente* seu pedido, bastando fornecer, com a maior exatidão possível, a origem dos fatos que dão fundamento a seu pedido. (...) Eventuais qualificações jurídicas constantes da petição inicial dever ser, para o nosso sistema, entendidas como meras *propostas de qualificação*. Não são essenciais e, de resto, não são vinculativas para o magistrado. O réu deve se defender dos *factos constitutivos* do direito do autor”. (**Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380). É preciso que se recorde que nem mesmo os mais declarados inimigos da teoria da individualização, como Zanzucchi e Gianozzi, reconheciam uma irrestrita possibilidade de o juiz alterar as considerações jurídicas articuladas pelo autor na peça inicial. Este último, em conhecida passagem, fez clara diferenciação entre aquilo que nominou de *nomen iuris* em sentido estrito e “individualização jurídica da demanda”, negando ser este último conceito “(...) mera qualificazione del fatto costitutivo, ma contenuto essenziale dei *petitum*, cui il giudice resta vincolato per la regola *ne eat iudex ultra petita partium*”. (**La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 42).

⁷⁵¹ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 159.

⁷⁵² Como lucidamente reconhece Otávio Domit, “(...) há que se definir (...) de modo razoavelmente satisfatório, um campo de atuação da máxima *iura novit curia*, estabelecendo, em contrapartida, limites para a sua aplicação. Não apenas, é preciso que seja prescrito um método de aplicação da regra enunciada pelo brocardo, prescrevendo-se forma de exercício desse poder reconhecido ao órgão judicial e estabelecendo-se determinadas condições procedimentais para a sua utilização”. E, à frente, expõe qual seria esse campo limítrofe: “O órgão judicial, na aplicação da máxima *iura novit curia*, não pode interferir na identificação da situação jurídica para a qual o autor solicita proteção, mesmo que, apreciando o caso, visualize outra situação jurídica potencialmente tutelável, mas não deduzida (afirmada) pela parte demandante. (...) Se a proteção de determinada situação jurídica não foi requerida pelo seu titular, não cumpre ao órgão judicial tomar essa iniciativa. Se o fizer, haverá infração aos arts. 2º. 141 e 492 do Código de Processo Civil, que são o esteio normativo do princípio da demanda no âmbito da legislação brasileira, e será nula a decisão prolatada, por incongruência. (...) Delineado desse modo o problema, tem-se plena possibilidade de perceber que o princípio da demanda é, realmente, um dos mais importantes limites existentes, no direito brasileiro, à aplicação da máxima *iura novit curia* pelo órgão jurisdicional para alterar a fundamentação jurídica estampada na demanda. Com efeito, quando a modificação da fundação jurídica puder afetar a indicação da situação jurídica tutelável afirmada pelo demandante, fazendo o

Se a causa de pedir é composta pelos fatos e pelo enquadramento jurídico que, na visão do autor, constitui a consequência jurídica pretendida – dando ensejo, assim, a uma específica relação jurídica –, nela não se insere o fundamento legal que o demandante entende incidente à caracterização desta mesmíssima relação jurídica.⁷⁵³

É dizer: se a relação jurídica deduzida pelo autor – e para a qual postula proteção – está articulada em sua integralidade em artigo de lei diverso daquele apontado na petição inicial, nada há que se objetar quando o juiz acolhe o pedido deduzido amparando seu raciocínio em artigo ou mesmo em lei diversa. Desta forma, e somente desta, é que pode ser validamente compreendida a ideia de que a eventualidade não atinge a fundamentação jurídica.⁷⁵⁴

Tal conclusão impõe-se porque, reitera-se, os fundamentos legais não integram a causa de pedir.

3.5 A ESTABILIDADE OBJETIVA DA DEMANDA, A SUPERVENIÊNCIA DE CAUSAS JURIDICAMENTE RELEVANTES E A REGRA DA EVENTUALIDADE

Assentada até aqui a premissa de que a causa de pedir integra o objeto litigioso do processo,⁷⁵⁵ é natural imaginar, à luz do reflexo que essa circunstância projeta no ordenamento processual positivo, que algum tipo de freio ao impulso inovador que normalmente move as partes fosse forjado pelo sistema. Aliás, é corrente a afirmação de que,

processo redirecionar suas atenções para situação jurídica que, embora potencialmente passível de proteção a partir dos fatos narrados, extrapola o objeto da demanda, não será possível ao órgão judicial alçar mão da máxima *iura novit curia* para acolher o pedido formulado por fundamentos jurídicos não articulados”. (**Iura novit curia e a causa de pedir**: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 286-290).

⁷⁵³ É neste sentido, pois, que há ser interpretada a assertiva de Araken de Assis quando alude que o brocardo *iura novit curia* “(...) atribui exclusivamente ao órgão jurisdicional o dever de joeirar os fatos e encontrar a regra jurídica na qual, supostamente, incidam”. Logo na sequência, lançando luz a esta dedução, afirma que “(...) nessas condições, pondera Arruda Alvim, se mostra lícito ao autor alterar, a qualquer momento, na pendência da demanda, o artigo de lei declinado na inicial, ou, mesmo, ao juiz, acolher a ação se apoiando em lei diversa”. (**Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 140).

⁷⁵⁴ Por essa razão, parece-nos mais adequada a lição de José Rogério Cruz e Tucci, sobretudo pela compreensão a respeito do conceito de fato constitutivo, quando assevera: “Conclui-se, assim, que a mutação da *causa petendi* admitida ao autor, pelo transcrito art. 264, refere-se, apenas, ao *fato particular* (fato do réu contrário ao direito afirmado pelo autor), mantido necessariamente inalterado o fato *constitutivo*, uma vez que este corresponde à gênese do fundamento da demanda, a qual se afigura desnaturada com a descaracterização daqueles”. (**A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 150).

⁷⁵⁵ Com a ressalva, sempre lembrada, de que essa assertiva não se aplica à eficácia preclusiva da coisa julgada.

conforme sejam mais ou menos incidentes estes meios de controle, estaria determinado sistema processual inclinado a uma maior ou menor rigidez quanto à estrutura procedimental.⁷⁵⁶

Desta forma, a necessidade de se pensar o procedimento em fases distintas, cada qual imbuída de objetivos particulares, visa à obtenção de resultados adequados e tempestivos que encontram na regra da estabilidade da demanda um instrumento poderoso. A experiência brasileira sempre esteve aberta a essa influência limitativa, uma vez que aqui sempre encontrou trânsito livre a regra da eventualidade, que impunha às partes, ali e acolá com alguma variação, a necessidade de concentração das alegações de ataque e defesa já no início do procedimento.⁷⁵⁷

Essa contingência, de outro turno, se sempre esteve historicamente vinculada a um receio de perpetuação do processo, de outro também se mostrou estar em harmonia com a necessidade de salvaguardar a justiça das decisões, traduzida na previsão pontual de admissão tardia de alegações pelas partes.

Certamente, uma absoluta e intransigente impossibilidade de os demandantes complementarem a narrativa processual – prejudicada, por vezes, pela exiguidade temporal e pela incompletude da própria compreensão do fenômeno material quando do ingresso da demanda – comprometeria desmedidamente esse ideal de justiça.⁷⁵⁸

Sem desconsiderar a realidade dinâmica da demanda, alimentada pelo exercício de poderes e faculdades pelas partes – que o juiz deve controlar no propósito de evitar abusos –, não se ignora a dimensão diretamente proporcional que o ordenamento processual brasileiro confere à preclusão.⁷⁵⁹

⁷⁵⁶ PINTO, Junior Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilidade da demanda. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 53).

⁷⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 148.

⁷⁵⁸ Daí, pois, a preocupação de Corrado Ferri: “Ora, se è vero che la speditezza dei procedimenti non può considerarsi, a priori, un bene, poichè diverso può essere al riguardo l’interesse dei litigante, si può tuttavia osservare che dal carattere pubblicistico della funzione giurisdizionale, diretta alla efficace tutela delle posizioni giuridiche lese, sempre discendere, inevitabilmente, l’esigenza di assicurare non solo con giustizia, ma anche com rapidità, la composizione giudiziale di ogni tipo di controversia. Ciò premesso, appare evidente la difficoltà di attuare il principio di concentrazione, cui sopra si è accennato, e di garantire un processo célere, se si ammete, in via generale, l’esercizio del potere delle parti di modificare le proprie domande nuove nel cordo del processo”. **(Struttura del processo e modificazione della domanda**. Padova: Cedam, 1975, p. 5).

⁷⁵⁹ Segundo Liebman, em observação à obra de Chiovenda, “(...) no processo brasileiro a preclusão recebe aplicação ainda maior que no processo italiano, por ser o meio que serve a garantir a observância de dois princípios que herdou do processo comum medieval: o de uma ordem legal necessária das atividades processuais, como uma sucessão de estádios ou fases diversas, nitidamente separadas entre si (...); e o princípio da eventualidade, que obriga as partes a propor ao mesmo tempo os meios de ataque ou de defesa, ainda que contraditórios entre si”. **(Instituições de direito processual civil**. 2. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 158).

Uma vez que esse instituto de natureza processual está vinculado à regra da eventualidade,⁷⁶⁰ que de uma maneira mais ou menos intensa grava a atividade de demandar e de defender – impondo, pois, um ônus de concentração quanto às matérias de ataque e defesa – ,⁷⁶¹ convém observar de que maneira é tomada em consideração a possibilidade de o juiz admitir a modificação da causa de pedir no curso do processo.

A fim de se evitar uma artificialidade quanto à resolução do conflito – inviável sem a previsão de mecanismos de adaptação do procedimento a considerações não só de ordem processual –, é natural a abertura do sistema à ponderação de circunstâncias fáticas e jurídicas supervenientes. Ver-se-á, na sequência, como compatibilizar essa imposição com os demais princípios que inspiram o processo.

3.5.1 A regra da eventualidade e a configuração da causa de pedir

Estabelecido pelo ordenamento processual um regime de estabilização da demanda que se assenta, fundamentalmente, em um sistema de preclusões,⁷⁶² a imperiosidade de se determinar o momento final em que a causa de pedir pode ser definitivamente formatada impõe a observação de que o objeto litigioso do processo, por consequência, segue a mesma sorte.

Como modelo padrão, já é tradicional e consagrado em nosso sistema uma solidificação progressiva dos elementos objetivos da demanda, calhando observar que, em termos vigentes, continua a vigorar a regra que admite o aditamento ou a modificação da causa de pedir, independentemente de consentimento do réu, até a sua citação (art. 329, inciso I, do CPC), ou até a fase de saneamento do processo, caso haja tal assentimento (art. 329, inciso II).

Deste modo, em esteio à necessidade de concentração, atribui-se ao autor – e ao réu naquilo que lhe compete objetar – o ônus de deduzir na petição inicial toda a matéria que entende pertinente ao acolhimento do pedido,⁷⁶³ ainda que entre os fundamentos invocados possa despontar eventual contradição ou incompatibilidade lógica.⁷⁶⁴

⁷⁶⁰ MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile**. 3. ed. vol 1. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 172.

⁷⁶¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 165.

⁷⁶² Nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel (**Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. São Paulo: Método, 2006, p. 223).

⁷⁶³ Consoante abordagem feita no último capítulo desse trabalho, tem o autor o ônus – aqui compreendido, mais uma vez, segundo clássica lição de James Goldschmidt, como o imperativo do próprio interesse – de trazer a juízo, quando do ingresso da demanda, a totalidade da lide para a análise judicial, sob pena de, assim olvidando,

Fora desse arquétipo – ressalvadas as hipóteses legais que serão a seguir analisadas – estaria o magistrado impedido de considerar, para o acolhimento do pedido formulado pelo autor, as causas de pedir não identificadas na petição inicial.⁷⁶⁵

A partir daí, impõe-se compreender – dada a concorrência dos fatos e da fundamentação jurídica para a constituição da *causa petendi* – que não só o acréscimo de eventos históricos encontra-se interdito após o oferecimento da petição inicial, como também, e principalmente, a alteração da situação jurídica afirmada. Como bem ressalta Claudio Consolo, os fatos, por sua natureza, nada representam sem uma referência jurídica.⁷⁶⁶

Dito de outro modo, a regra da eventualidade constrange o autor a expor na petição inicial todas as razões juridicamente hábeis – ao alcance de serem manejas, evidentemente – ao acolhimento do pedido deduzido, vale dizer, de todas as situações jurídicas que, constituídas à luz do arcabouço fático articulado, seriam suficientes a gerar a consequência postulada.⁷⁶⁷ A inércia, além de ensejar um engessamento da face objetiva da demanda, impediria o ingresso de nova ação visando àquele reconhecimento.⁷⁶⁸

Identifica-se no óbice à alteração da causa de pedir, portanto, uma dupla limitação: a dedução de novos fatos jurídicos após o atingimento dos marcos consumativos permitidos, e o relacionamento, a partir dos eventos históricos objetivamente articulados na petição inicial, de novas qualificações jurídicas aptas a ensejar alternativa situação de vantagem⁷⁶⁹ que poderia,

ser impedido de voltar a juízo para que o magistrado acolha o mesmo pedido antes formulado, agora sob fundamento em causa diversa. Essa conclusão, parece-nos, atende com mais energia ao princípio da isonomia, já que assim atribui a ambos os contentores graus idênticos de intensidade quanto ao atendimento do ônus enquanto categoria processual. Neste sentido, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4.º, da nova lei do Cade (Lei 12.529/2011). In: Revista dos Tribunais, São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 222, ago. 2013, p. 8. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d6243e51b6a9fd1d&docguid=I3c9d5b00f5b411e280ea01000000000&hitguid=I3c9d5b00f5b411e280ea010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 dez. 2017).

⁷⁶⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 165.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 166.

⁷⁶⁶ Domanda giudiziale. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: sezione civile. Torino: UTET, vol. 7, 1991, p. 74.

⁷⁶⁷ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 135.

⁷⁶⁸ Não nos parece correta, assim, a tese de Luigi Montesano segundo a qual a multiplicação de ações, alvitada pela tese inversa, poderia ser objetada pelo ingresso – pela parte interessada – da ação declaratória incidental de sentido positivo ou negativo (Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giffre, vol. 47, n. 1, 1993, p. 81). Por questões de economia e segurança, parece-nos muito mais conveniente se alcançar tal objetivo por aquilo que o sistema, ao menos no Brasil, parece claramente indicar: a necessidade de se interpretar a eficácia preclusiva da coisa julgada em dimensões superlativas.

⁷⁶⁹ LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 148.

de *per se*, sustentar nova pretensão. Importa, a partir daí, investigar como essa premissa se relaciona com as causas supervenientes que admitem, em certa medida, um temperamento a esta objeção.

3.5.2 Causas supervenientes: o elemento temporal da *causa petendi*

Se é correta a compreensão de que, por meio da preclusão, o processo se desenvolve regularmente dentro da marcha imposta pela disciplina processual, no intuito de evitar retrocessos⁷⁷⁰ e permitir uma linha exegética racional,⁷⁷¹ não é menos verdade que uma interpretação essencialmente formalística, própria de uma rigidez procedimental absoluta, tende a enfraquecer o componente idealístico do processo como instrumento voltado à resolução justa dos litígios.⁷⁷²

A partir daí, se por um lado não se pode prescindir de balizas mínimas – no pressuposto de se resguardar as posições processuais que as partes vão galgando ao longo do procedimento –, é preciso admitir que os institutos processuais que cuidam da estabilidade de tais posições, como a preclusão e a eventualidade, não podem ser considerados fins em si mesmos.⁷⁷³

Se por um lado a ideia de que a preclusão labora para evitar a demora e garantir a racionalidade dentro do processo, é preciso admitir, por outro lado, que uma relativa abertura à inclusão de novo material fático-jurídico – sobretudo quando intentado de boa-fé e mediante revista pelo contraditório⁷⁷⁴ – contribui decisivamente para que o processo resolva, na maior extensão possível, a lide enquanto fenômeno sociológico. Evita-se, com isso, a volta das partes a juízo para o equacionamento de questões que do processo permaneceram alheias.⁷⁷⁵

⁷⁷⁰ Nesse sentido, Fabio Marelli: “I frequenti ritorni del processo sui propri passi, per effetto di nuove allegazioni e delle richieste di nuove prove, magari solo all’udienza fissata per la precisazione delle conclusioni, hanno contribuito a determinare una sempre maggiore dilatazione dei tempi necessari per addivenire all’emanazione della sentenza di mérito”. (**La trattazione della causa nel regime delle preclusioni**. Padova: Cedam, 1996, p. 2).

⁷⁷¹ GRASSO, Eduardo. Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, n.º 3, 1993, p. 639).

⁷⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 265.

⁷⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 15.

⁷⁷⁴ QUIJANO, Jairo Parra. El futuro del proceso civil. In: **XV Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal**. Bogotá: Departamento de Publicación de la Universidad Extremada de Colombia, set. 1996, p. 462.

⁷⁷⁵ Com ressalvas a respeito da extensão da eficácia preclusiva da coisa julgada, é correta a lição de Vincenzo Mariconda: “Un sistema di preclusioni quale quello ipotizzato finirà col divenire un moltiplicatore di processi perchè tutte le modificazioni non consentite nel corso del medesimo processo potranno essere proposte in u

Vê-se, daí, a imperiosa necessidade de adequadamente equilibrar tais interesses em conflito,⁷⁷⁶ realidade que no Brasil, diante de um sistema expresso que bem ou mal equaciona a questão,⁷⁷⁷ serve ao menos de sugestão de *lege ferenda*. Assim, de ordinário, consolidada a causa de pedir na fase postulatória, a tentativa de alterar o núcleo fático e jurídico da demanda implica, mais uma vez, o exercício do poder de ação,⁷⁷⁸ com prejuízos diretos à consolidação do *thema dedidendum* e, por via reflexa, ao contraditório.⁷⁷⁹

Assim não se passa em relação à chamada *causa superveniens*,⁷⁸⁰ contudo.⁷⁸¹ A exceção está contida no artigo 493 do Código de Processo Civil,⁷⁸² que a autoriza o juiz a

sucessivo procedimento (altrimenti vi sarebbe seria lesione dei diritti di difesa)”. (**La preclusioni (de) qualificante**: la riforma de processo civile. Padova: Cedam, 1992, p. 153).

⁷⁷⁶ Como lembra Giannozzi, esse processo se fez sentir com bastante intensidade na Itália, particularmente pela reforma ocorrida no ano de 1950 (Lei 581, de 1950), que alterara o rígido sistema de preclusões inaugurado com o *Codice de Procedura Civile* que entrou em vigor naquele país em 1942. A alteração implicou na possibilidade, à luz da nova redação conferida ao artigo 183, de as partes modificarem tanto o pedido quanto a causa de pedir, desde que não suplantada *la prima udienza de trattazione*. (**La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1958, p. 36). É bem verdade, no entanto, que uma nova alteração viria a correr no sistema processual peninsular por conta da constatação de que a reforma anterior, ao atenuar o prévio regime preclusivo, havia ido longe demais. Conforme informa Fabio Marelli. “Nel disegno della novela del 1990, le preclusioni dovrebbero imprimere maggiore speditezza alle svolgimento del processo, inducendo le parti a formulare tutte le proprie allegazioni di merito e deduzioni istruttorie negli atti introduttivi e ne corso di una fase preliminare a quella della trattazione del merito, che dovrebbe tendenzialmente esaurirsi nel corso di poche udienze. Il legislatore parrebbe dunque essersi ispirato ad un modelo di trattazione concentrata della causa, al fine di pervenire alla fissazione definitiva delle domande ed eccezioni sottoposte al giudice e dei mezzi di prova offerti dalle parti, prima che abbia inizio la fase nel corso della quale sono assunte le prove costituende e la causa sai sucessivamente rimessa in decisione”. (**La trattazione della causa nel regime delle preclusioni**. Padova: Cedam, 1996, p. 01).

⁷⁷⁷ Com longa tradição, como se disse, de homenagens à preclusão, que se revelou ainda mais exasperada ao tempo do Código de Processo Civil de 1939. Neste sentido, Pontes de Miranda (**Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 401). Basta recordar, por exemplo, que caso o autor descuidasse de formular na petição determinado pedido, não lhe era franqueada qualquer possibilidade de aditá-lo ao processo, restando-lhe apenas o ingresso de nova demanda. Eis a redação do artigo 157 daquele vetusto diploma processual: “Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só em ação distinta poderá formulá-lo” (BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **CLBR**. Rio de Janeiro, set. 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 02/02/2018).

⁷⁷⁸ FERRI, Corrado. **Struttura del processo e modificazione della domanda**. Padova: Cedam, 1975, p. 117.

⁷⁷⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 192.

⁷⁸⁰ Ou, como prefere Ricardo de Barros Leonel, “direito superveniente”, que envolveria a “(...) a compreensão indissociável (conjunta) de fatos e direitos que sobrevenham (ou sejam invocados) no curso da demanda já proposta, sempre que, com relação a esta, forem aptos a gerar a já referida ‘eficácia jurídica superveniente’” (**Causa de pedir e pedido**: o direito superveniente. São Paulo: Método, 2006, p. 231).

⁷⁸¹ Daí a lição de Pontes de Miranda, no sentido de que a inclusão de uma causa superveniente no curso da demanda não implica alteração do pedido ou da causa de pedir formulados, já que “(...) a afirmação do fato, como presente, vale para o fato em curso, ou para o fato continuativo, ou para as reiterações do mesmo fato”. (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 16).

⁷⁸² Em molde aperfeiçoado, transcrição quase que literal do artigo 462 do CPC/73: “Se depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz toma-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”. E, sob ângulo diverso, também no artigo 342, inciso I, segundo o qual “depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I – relativas a direito superveniente (...)” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de

levar em consideração, de ofício ou requerimento da parte, no momento da prolação da decisão, a existência de fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito deduzido no processo.

Naturalmente, essa válvula de escape prevista pelo sistema leva em consideração a natureza dinâmica do processo, que nunca, ou muito raramente, acompanha a realidade fática que presencia a realidade dos litigantes fora do processo.⁷⁸³ Uma vez que a decisão judicial deve refletir o estado de coisas conhecido no momento de prestação jurisdicional, a submissão pelo juiz dessa causa superveniente não deve ser motivo de surpresa.

A existência de limites a essa possibilidade pressuposta também se erige evidente. Como refere Chiovenda, se não há impossibilidade de a causa superveniente ser tomada em consideração, é necessário que haja entre essa circunstância e a causa afirmada no processo um nexo de similitude, porque uma coisa seria a dedução em hipótese de uma causa de pedir, outra, bem diversa, a sua existência efetiva.⁷⁸⁴

Dito de outro modo, há de existir entre a causa superveniente e a causa apontada como o fundamento da demanda um vínculo assaz estreito que, incidindo, seja capaz de constituí-lo, modificá-lo ou extingui-lo, pois, do contrário, de outra demanda se cogitaria.⁷⁸⁵

A consideração de uma causa superveniente, de outro turno, demandaria reverência ao contraditório. Ainda que a sentença, reitere-se, deva levar em consideração a situação efetivamente existente no momento em que proferida, isso não implica reconhecer que o juiz possa, mesmo admitido a tomá-la de ofício, exercer um juízo *di terza via*.⁷⁸⁶ É dizer, para que possa tomar em consideração, no momento da decisão, a circunstância superveniente, deve o juiz proporcionar às partes a possibilidade de sobre ela se manifestarem, a fim de que, em colaboração, possam influenciar sua convicção, e desta forma concorrerem para a exata compreensão de seu conteúdo.

2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/-lei/13105.htm>. Acesso em: 13/01/2018).

⁷⁸³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 176.

⁷⁸⁴ **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 359.

⁷⁸⁵ Neste sentido, Milton Paulo de Carvalho (**Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 158) e José Rogério Cruz e Tucci (op. cit., p. 177).

⁷⁸⁶ A compreensão de que ao juiz só é lícito decidir quando proporciona previamente às partes o direito de se manifestarem com influência está positivado, agora, no artigo 10 do Código de Processo Civil, que tem a seguinte redação: “O juiz não poderá decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trata de matéria sobre a qual deve decidir de ofício”. (BRASIL. op. cit.). Sobre o tema, conferir o instigante artigo de Sergio Chiarloni (Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, 1987).

Impõe-se neste campo, assim, obediência ao contraditório em sua matriz material, alinhada não mais ao binômio informação-reação, mas à compreensão de que um processo verdadeiramente democrático exige, durante todo o iter processual, constante debate institucional para a boa qualidade da prestação jurisdicional.⁷⁸⁷

Isto tudo, por óbvio, impõe a compreensão de que o contraditório, nessa contemporânea linha interpretativa, esteja vivamente atrelada a um dever de lealdade a observado pelos sujeitos processuais. Dito de outro modo, o contraditório impõe que entre o juiz e as partes – e entre elas próprias – viceje um autêntico dever recíproco de eticidade, sobretudo para que o processo, enquanto instrumento de natureza pública, seja apto a conduzir a resultados legítimos.⁷⁸⁸

À base disso, não pode o processo servir de apetrecho à malícia, ficando à mercê das partes para a obtenção de resultados que, revestidos de aparente legalidade, carreguem consigo imanente componente antiético. A regra da eventualidade – atenuada pelo reconhecimento da existência de causas supervenientes – há de ser especulada, também, sob este prisma moral, pois, como bem adverte José Frederico Marques, a partir dele são extraídos “ônus para as partes, com reflexos na fixação da *res in judicium deducta* e das questões controversas que devem ser solucionadas na decisão do litígio”⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ Como bem assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial. E exclui, por outro lado, o tratamento da parte como simples ‘objeto’ de pronunciamento judicial, garantindo o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e seu resultado, desenvolvendo antes da decisão a defesa das suas razões. A matéria vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição”. (A garantia do contraditório. In: **Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)**, vol. 15, 1998, p. 6).

⁷⁸⁸ Segundo atinada lição de Antônio do Passo Cabral: “O contraditório não pode ser exercido ilimitadamente. O Estado tem, portanto, o direito de exigir das partes retidão no manuseio do processo – instrumento público –, ao qual está relacionado o dever de atuação ética, de colaboração para a decisão final. (...) Atualmente, ganha vigor a tese de que é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O contraditório é o elemento que fornece ao processo este aspecto discursivo, por força de uma mandamento constitucional do diálogo judicial (Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch) entre partes e órgão julgador para a formação do juízo do magistrado”. (O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, ago. 2005, p. 3. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62e8631cf2a9d11&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f01000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017).

⁷⁸⁹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 164.

Na função de condutor do processo, deve o magistrado censurar com veemência o exercício incorreto e desviado de uma situação processual,⁷⁹⁰ mormente se preordenado a assegurar, camuflado por estratégias ardilosas, a perpetuação do litígio.⁷⁹¹ Isso explica por que a regra da eventualidade deve admitir mitigação, nos termos da lei, às reais situações ocorridas após a dedução da situação jurídica deduzida na petição inicial.

Ainda que cada litigante tenha, por óbvio, interesses contrapostos, há de ser sepultada qualquer interpretação que encare o processo como um jogo que se opera mediante estratégia. A tática de guardar “cartas na manga” não se afeiçoa a este componente ético.

Bem visto que, por força de imperativo constitucional – e refletido agora na legislação processual vigente –, todos têm o direito a resolução dos conflitos em tempo razoável (artigo 4º do CPC), impondo-se também às partes o dever de cooperar para que se alcance esse ideal (art. 6º do CPC), é no mínimo duvidoso reconhecer que a elas se resguarde o direito de voltar a juízo para postular – sob fundamento diverso já existente e conhecido ao tempo do ingresso da demanda primitiva – aquilo que anteriormente lhe fora negado.

Inequívoco, pois, o vínculo estabelecido entre a eventualidade (e sua face preclusiva), a determinação da *res in iudicium deducta* e a eficácia preclusiva da coisa julgada. Reserva-se ao último capítulo deste trabalho a tentativa de articular uma base hermenêutica segura em torno dessa relação, que leve em consideração, de um só turno, o dever de boa-fé que grava as partes, a liberdade que lhes é conferida e, finalmente, a necessidade de se pensar o processo como um instrumento democrático de produção de resultados efetivos.

4. A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

Visto nos capítulos anteriores as premissas necessárias à compreensão do objeto central deste trabalho, chega o momento de enfrentar a temática da eficácia preclusiva da coisa julgada. Evidentemente, o tema está inserido em uma realidade muito maior que, devido à conhecida complexidade,⁷⁹² não prescinde de uma preparação dogmática – metodologicamente adequada – que lhe franqueie plena consciência, sobretudo a partir da localização do problema no edifício jurídico nacional.

⁷⁹⁰ ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

⁷⁹¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, dez. 2005, p. 58.

⁷⁹² Circunstância que, por certo, desmente a ousada sentença de Chiovenda no sentido de que tudo que se dissesse a respeito da coisa julgada, dada a vastidão do que já havia sido escrito a respeito, seria pouco mais que inútil. (Sulla cosa giudicata. In: **Saggi di diritto processuale civile**, Milano: Giuffrè, vol. 2, 1993, p. 399).

A abordagem do tema, então, será precedida de um estudo transitório a respeito da própria coisa julgada, de suas premissas sociológicas e dos canais de comunicação que tornam possível compreender, deste modo, a proposta de resolução ao problema identificado na parte introdutória do trabalho.

4.1 O PROBLEMA DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Firmada a compreensão de um Estado que se proclame como democrático e de Direito visa a reduzir o grau natural de indeterminação que orbita em torno das normas que regulam as relações sociais,⁷⁹³ percebe-se que o valor da segurança jurídica ganha notável primazia no debate público.⁷⁹⁴

Mais do que nunca, diante do que hoje se ousou nominar de “modernidade líquida”,⁷⁹⁵ inserida em uma sociedade onde tudo já nasce com o manto da provisoriedade – acentuado pelo grau espantosamente célere dos meios tecnológicos –, é patente a busca cada vez mais incessante por segurança jurídica, ainda que esse ideário possa parecer um paradoxo.⁷⁹⁶

⁷⁹³ Nesse sentido, Bobbio chega a dizer que a segurança jurídica constitui-se em elemento intrínseco do Direito, que destinado a resguardar a igualdade e a liberdade, revelar-se-ia um antídoto poderoso contra o arbítrio (La certezza del Diritto é un mito? In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Roma, n. 28, 1951, p. 150). Em sintonia com a igualdade, a segurança jurídica atuaria para que os indivíduos acentuassem a crença de que o Direito pode ser observado por todos, permitindo assim a criação de atmosfera em prol do cumprimento de expectativas legítimas (RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 257-258). Em adição a isso, argumenta Canotilho que “ (...) o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito” (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257).

⁷⁹⁴ Isso explica, em boa medida, a razão de as modernas constituições, à semelhança do que sucede com o Texto Magno brasileiro (art. 5º, inciso XXXVI), terem reservado especial destaque à segurança jurídica, que nada mais modula que não uma constante tensão social entre a necessidade de preservação de situações consolidadas e a indispensabilidade sempre presente por mudanças. Eis, pois, o desafio, como percebe João Baptista Machado, de tentar conciliar essas duas pretensões (**Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 223).

⁷⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁷⁹⁶ Em grande medida, como diz Immanuel Wallerstein, porque o mundo moderno se forma a partir da certeza da “eterna mudança” – a partir do predomínio do racionalismo – a despeito de tais mudanças serem projetadas para que nada, em realidade, se transforme (**The end of world as we know it: social Science for the twenty-first century**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1999, p. 156). Ainda segundo Humberto Ávila, também a banalização do processo legislativo contribui decisivamente para esse sentimento candente de insegurança: “Hoje, o nível de insegurança jurídica assumiu um grau nunca antes alcançado. Os termos ‘complexidade’, ‘obscuridade’, ‘incerteza’, ‘indeterminação’, ‘instabilidade’ e ‘descontinuidade’ do ordenamento jurídico servem para ilustrar tal momento. Chega-se ao ponto de se falar em ‘chuvas de leis’ (*Gesetzesflut*), ‘histeria legislativa’ (*Gesetzgebungs-hysterie*) e ‘caos legislativo’ (*Gesetzgebungschaos*). Fala-se, ainda, em ‘furacão normativo’, ‘incontinência legislativa’, ‘aluvião de normas’ e ‘orgia na produção de leis’. Registrar o caráter instável, efêmero e aleatório do Direito tornou-se algo até mesmo banal”. (**Teoria da Segurança jurídica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53).

A segurança jurídica assume, diante deste cenário de incerteza, papel conformador com traço marcadamente democrático, com vistas à desconstituição, em sistemas ininteligíveis, de incertezas capazes de nulificar a confiança que os cidadãos devem, legitimamente, depositar no respeito à estabilidade de situações jurídicas já consolidadas. Só com isso podem as pessoas ter a real dimensão do que podem ou não fazer⁷⁹⁷ e daquilo em que realmente podem confiar.

Nesta dimensão, aduz-se a necessidade de que o Direito seja dotado de cognoscibilidade.⁷⁹⁸ Conquanto não se negue – em razão mesmo da própria dinâmica das relações sociais – uma inevitável margem de incerteza quanto à significação do Direito,⁷⁹⁹ não sendo desejável, portanto, uma imutabilidade absoluta da regulação social, impõe-se ao menos que a ordem jurídica induza à criação de instrumentos “para que o cidadão possa, sem engano, livre e autonomamente, plasmar com dignidade o seu presente conforme ao Direito”⁸⁰⁰.

Em perspectiva dinâmica e intertemporal, a segurança jurídica visa também à previsibilidade. Em um primeiro momento, sob ângulo retrospectivo, esse valor seria alcançado pela tomada de medidas oficiais sérias e leais que infundissem no cidadão a confiança quanto à imunização de situações jurídicas legitimamente guardadas no passado.⁸⁰¹ Sob um ângulo prospectivo, a segurança jurídica, enquanto garantia de previsibilidade, redundaria na viabilidade de se antecipar consequências jurídicas e, deste modo, articular juridicamente o presente.⁸⁰²

⁷⁹⁷ Daí a compreensão de segurança jurídica como fiadora da liberdade. Neste sentido, Antônio Henrique Péres Luño. (**La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994, p. 67).

⁷⁹⁸ Por isso, um coeficiente razoável de segurança demandaria a capacidade “(...) de o cidadão poder entender, com exatidão, o conteúdo normativo das normas, quer gerais, quer individuais. É neste sentido que se fala em determinação e certeza (absoluta) do Direito ou em ‘univocidade de resultados’”. (ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança jurídica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 136).

⁷⁹⁹ Daí referir Theophilo Cavalcanti Filho: “É assim inevitável que haja uma margem de incerteza e de insegurança no Direito, pois de outra forma se tornaria ele um instrumento de estagnação social. Mas essa incerteza e insegurança constituem o preço do progresso humano e da busca de formas mais justas de organização social”. (**O problema da segurança no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964, p. 162).

⁸⁰⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 75.

⁸⁰¹ Segundo Antônio do Passo Cabral: “A segurança jurídica através da estabilidade dos atos já aperfeiçoados é algo que deve ser preservado e incentivado como fato de previsibilidade a permitir que os indivíduos programem suas vidas e suas relações jurídicas e econômicas sem receios de alterações regulativas inesperadas”. (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 266).

⁸⁰² Assim, José Luis Palma Fernández (**La seguridad jurídica ante la abundancia de normas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 38).

É da maior valia que as alterações que se façam implementar ocorram da maneira menos drástica possível, evitando-se que os cidadãos sejam expostos a sacrifícios inúteis ou desmedidos. Daí, então, como bem ressalta Humberto Ávila, o valor da segurança jurídica para que as pessoas possam antecipar alternativas,⁸⁰³ permitindo uma tomada de posição presente – quer sobre o aspecto econômico, jurídico ou social – no intuito de que as transições se deem em conformidade com as aspirações sociais e comuns que demandaram a mudança.

Há quem enxergue, nesta última hipótese, uma característica de calculabilidade,⁸⁰⁴ que estaria predisposta a possibilitar que o indivíduo – inserido em determinada comunidade politicamente organizada – pudesse prever com certa margem de segurança os limites de uma futura e eventual intervenção estatal.

Seja como for, a segurança jurídica – inclusive por sua dimensão fundamental – não pode ser analisada fora de um duplo padrão valorativo: em primeiro lugar, a ela deve ser direcionada – enquanto estado subjetivo coletivo – uma compreensão e um valor estritamente funcionais,⁸⁰⁵ sem possibilidade de qualquer ponderação. A perniciosidade decorrente de eventual injustiça – quase sempre um ponto de vista contingente e parcial – seria compensada, como bem sugere Federico Arcos Ramírez, pela adoção de estratégias que evitassem injustiças ainda maiores.⁸⁰⁶

De outro lado, há de se reconhecer que a segurança jurídica, refletida nos instrumentos jurídicos que se preordenam à concretização daquele sentimento de bem-estar, também revela um valor instrumental, ou como diz Miguel Reale, um “valor-meio”,⁸⁰⁷ condicionante à subsistência de posições jurídicas de vários gêneros. A partir dele, a segurança jurídica atua para que outros direitos possam também existir.⁸⁰⁸

⁸⁰³ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140.

⁸⁰⁴ Assim, Gianmarco Gometz (**La certeza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005, p. 224).

⁸⁰⁵ Compreendido, como explica Humberto Ávila, como a situação jurídica que dispensa a adição de qualquer outro valor além daquele que é corporificado pela função que cumpre. (**Teoria da Segurança jurídica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 189). Ou, como compreende Ronald Dworkin, como a qualidade inerente daquilo que possui um valor intrínseco (**Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 97).

⁸⁰⁶ **La seguridad jurídica: una teoría formal**. Madrid: Dykinson, 2000, p. 170.

⁸⁰⁷ Expressão referida no prefácio à obra de Theophilo Cavalcanti Filho (**O problema da segurança no Direito**. Editora Revista dos Tribunais, 1964, p. 6).

⁸⁰⁸ Eros Roberto Grau nomina essa face da segurança de “valor-condição”, “(...) concebida como proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, dos seus direitos e da sua propriedade (art. 8º da Constituição francesa de 1793). Nesse sentido, seu conteúdo não expressão senão de adequação e concordância entre os interesses hegemônicos e o discurso normativo, de onde a sua conotação formal (*forma irmão gêmea da liberdade*)”. (**O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 184-185).

Em suma, como refere Héctor Villegas, a segurança representa um valor essencial sem o qual, apenas muito remotamente, poderiam ser concretizados outros tantos valores.⁸⁰⁹ Firmada essa premissa, cumpre averiguar como a segurança jurídica ganhou recepção no Direito brasileiro, particularmente a partir da moldagem constitucional de 1988.

4.2 A TEMÁTICA DA SEGURANÇA JURÍDICA NA ÓRBITA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como bem reconhece a doutrina, a experiência constitucional brasileira, sobretudo a partir do marco regulatório inaugurado pelo Texto Magno de 1988, é pródiga em consideração ao valor “segurança jurídica”.⁸¹⁰

A fundamentalidade deste valor, como é reconhecida, a despeito da topologia privilegiada na Constituição Federal, independeria mesmo de qualquer referência explícita, porquanto “o direito à segurança (...) é marcado pelo multifuncionalidade e complexidade inerente aos direitos fundamentais de um modo geral”⁸¹¹. Se assim ocorre, é importante que se estabeleçam as balizas que esse direito, diante da supremacia de sua posição na ordem jurídica, deve seguir e observar em termos de eficácia e efetividade.

Se os direitos fundamentais têm como destinatários, proximamente, as pessoas – a revelar deste modo uma dimensão subjetiva –, não se pode deixar de reconhecer que em relação à segurança jurídica fica particularmente evidente também uma dimensão objetiva, que se implementa mediante o repúdio à adoção de medidas de cunho retrocessivo que tenham por escopo a redução ou a supressão de posições jurídicas já consolidadas.

⁸⁰⁹ Principio de seguridad jurídica em la creación y aplicación del tributo: el contenido de la seguridad jurídica. In: **Revista de Direito Tributário**, São Paulo: Malheiros, vol. 66, 1995, p. 15.

⁸¹⁰ Referindo-se à Constituição de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet assevera: “No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seletivo elenco dos direitos ‘invioláveis’ arrolados no *caput* do art. 5.º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Muito embora em nenhum momento tenha o nosso constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (...)”. (A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 57, out. dez/2006, p. 3. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62f5700c45f022e&docguid=I7a21d850f25311dfab6f01000000000&hitguid=I7a21d850f25311dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=236&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017).

⁸¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 1-27.

Os direitos e garantias plasmados no artigo 5º, inciso XXXVI, da CF, relativos ao respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e, no que nos importa, à coisa julgada, conferem munição à própria ordem jurídica – conquanto seja inegável, por óbvio, a admissão a aplicações individuais e particularizadas – no pressuposto de que a certeza das situações jurídicas, a estabilidade dos julgados e o efetivo respeito ao seu conteúdo, contribuem decisivamente para a pacificação social.⁸¹²

Pode-se afirmar que a concorrência destas duas vertentes de proteção contribui decisivamente para a consolidação do primado da dignidade da pessoa humana, como núcleo essencial e razão primeira da existência dos direitos fundamentais.⁸¹³ E aqui, evidentemente, põe-se à mostra, com bastante nitidez, a estreita vinculação entre o direito à segurança jurídica e o mínimo existencial,⁸¹⁴ que pode ser traduzida no direito à segurança do espírito, da paz que os indivíduos necessitam cultivar para que possam realizar suas potencialidades e assim alcançar a felicidade.

Em função disso, e se se revela verdadeira a assertiva de Cármen Lúcia Antunes Rocha, de que “as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais”⁸¹⁵, há de se admitir como natural a existência de uma cláusula implícita que lhe obste o retrocesso, a fim de que prestigie, como diz a mesma autora, a proteção contra surpresas e o respeito às expectativas depositadas em situações jurídicas consolidadas.⁸¹⁶

Na seqüência, ver-se-á como tais considerações se destinam à coisa julgada.

⁸¹² MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. vol. 2. São Paulo: ATLAS, 2012, p. 270.

⁸¹³ BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

⁸¹⁴ Reconhecido por Ricardo Lobo Torres que, admitindo certa indefinição quanto ao seu conteúdo, asseverou: “O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nada obstante está impregnado pelos valores e princípios jurídicos os mais relevantes. O mínimo existencial não é um valor por não possuir generalidade e a abstração de ideias como as de liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para a sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores, mas o mínimo existencial de deixa tocar e imantar permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade. O mínimo existencial também não é um princípio jurídico, por não exibir as principais características dos princípios, que são as de ser objeto de ponderação e de valer *prima facie*. De feito, o mínimo existencial não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irreduzível por definição e insuscetível de sopesamento. O mínimo existencial é regra, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação”. (O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 316).

⁸¹⁵ O princípio da dignidade da pessoa e a exclusão social. In: **Interesse Público**, n. 4, 1999, p. 32.

⁸¹⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____. **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 169.

4.2.1 Segurança jurídica e coisa julgada

À vista do já mencionado artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, põe-se a salvo de indevidas investidas retroativas a autoridade da coisa julgada.

Embora o inciso se refira especificamente a lei, não há dúvidas de que o âmbito de proteção constitucional conferido à coisa julgada extravasa o campo de atuação conferido ao Poder Legislativo, para apanhar também os atos administrativos, e – o que é mais comum, aliás –, os atos jurisdicionais que lhe neguem vigência.⁸¹⁷

Isso pode ser explicado, de uma maneira bastante sintética, como diz Jorge Miranda, porque “os preceitos constitucionais devem ser interpretados não só no que explicitamente ostentam, como também no que implicitamente deles resulta”⁸¹⁸.

Assim, portanto, a Constituição Federal de 1988, dizendo menos do que deveria, acabou por contemplar à coisa julgada uma proteção enquanto instituto em si mesmo, e não deve causar espanto o fato de que o referido abrigo tenha sucedido, no texto constitucional, o inciso que contempla o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Em Estados constitucionais, em razão daquilo que se cunhou designar de “reserva de sentença”, somente uma ato jurisdicional pode demover outro ato jurisdicional.⁸¹⁹

Há, assim, que se estabelecer um enunciado crucial: tendo a Constituição Federal atribuído à coisa julgada o *status* de valor fundamental, ao texto que lhe determina existência jurídica convém atribuir sentido que maior eficácia possível dele se extraia.⁸²⁰

⁸¹⁷ Com razão adverte Eduardo Talamini de que “(...) não faria sentido limitar a atividade do legislador para o fim de proteger a coisa julgada e, ao mesmo tempo, deixar o aplicador da lei livre para agir como bem entendesse. Trata-se de conjugar o art. 5º, XXXVI, com o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II). Assim, fica definitivamente afastada a idéia de que o inciso XXXVI do art. 5º estaria tratando unicamente de irretroatividade das leis. Ainda que não mediante fórmula explícita, *o dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada*”. (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 51). José Ignácio Botelho de Mesquita aduz que essa interpretação restritiva é inadequada “(...) não só porque, em tese, não é a que melhor se ajusta aos fins perseguidos pela interpretação dos preceitos constitucionais, como também porque, no caso, conduziria a resultados logicamente incompatíveis com o sistema adotado pela Constituição Federal. (...) Diante disto, o entendimento que se impõe é o que de que o princípio da intangibilidade da coisa julgada em face dos atos legislativos inclui a intangibilidade da coisa julgada também diante dos atos jurisdicionais, não podendo haver uma sem a outra”. (**A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 98-101). Ainda neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 134.

⁸¹⁸ **Manual de direito constitucional**. Tomo 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 229.

⁸¹⁹ SANDULLI, Aldo. Fuzione pubbliche neutral e giurisdizione. In: **Rivista de diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 1, 1964, p. 215.

⁸²⁰ Segundo a autorizada lição de Canotilho, esse imperativo exegético “(...) é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das

A concepção por uma moldura ampla à coisa julgada, assim, decorre de uma evidente opção política⁸²¹ tomada pelo constituinte, a revelar que este componente deve se sobrepor a uma concepção estritamente jurídica.⁸²² Daí por que a Constituição a erigiu como instrumento a respaldar a segurança jurídica “pelo” processo, fazendo já previamente um juízo de ponderação que inadmitte, portanto, qualquer juízo sucessivo de proporcionalidade.⁸²³

E a razão disso é evidente: sendo a insatisfação um dado antropológico indiscutível,⁸²⁴ o constituinte compreendeu que uma regra que pusesse fim em definitivo aos litígios deveria ser posta em contraste apenas diante dos instrumentos que ela própria preordenou, isto é, da revisão criminal e, no que aqui importa, da ação rescisória. Neste ponto, aliás, tem razão Nelson Nery Júnior quando assenta que “a admissibilidade da ação rescisória para atacar a coisa julgada é manifestação do princípio constitucional da proporcionalidade”⁸²⁵.

Dito de outra maneira, sendo vedada uma “atuação direta do legislador” ou um “ataque direto da lei”,⁸²⁶ a desconstituição da coisa julgada necessita observar os meios que a

normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”. (**Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224).

⁸²¹ E, por consequência, de uma inequívoca função pragmática, consoante acentua Eduardo J. Couture: “A coisa julgada é, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas sim de exigência prática. (**Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 232).

⁸²² Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso: “Um forte indicativo que os fundamentos *políticos* da coisa julgada prevalecem sobre os *jurídicos* advém da simples observação de sua *praxis*: como antes visto, há casos onde simplesmente ela *não atua*, outros em que sua eficácia é *condicionada*, outros em que ela se apresenta *mitigada* em seus limites subjetivos e objetivos; e, enfim, outros em que sua carga eficaz é otimizada. Essa plasticidade do instituto só pode advir da constatação, pelo legislador, de que em alguns casos convém a total imunização de um julgado em face de eventos futuros e já não assim em outros, denotando a preocupação em tratar desigualmente as situações desiguais”. (**Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 135).

⁸²³ Adequada, assim, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “A coisa julgada é uma regra de conduta – não é um princípio, de modo que não pode ser afastada de modo nenhum por juízo de proporcionalidade. (...) A sua fiel observância depende do atendimento ao efeito declaratório oriundo do conteúdo do dispositivo decisório – que pode tanto se esgotar no passado como se projetar para o futuro. (...) Como discurso prático, é imprescindível ao direito que os seus problemas sejam definitivamente resolvidos em determinado momento no tempo. A coisa julgada, portanto, é uma regra que torna possível o discurso jurídico como discurso prático. Não é simplesmente uma regra do discurso – é uma regra sobre o discurso”. (**Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 756-757).

⁸²⁴ Daí a atualidade da clássica lição de João Monteiro: “Os vencidos nunca são convencidos. Mas vem a lei, e pondo na balança, de um lado o supremo ideal da justiça em sua insubmersibilidade teórica, e do outro o interesse prático da estabilidade econômica das relações de direito concretizadas, viu que este mais ponderava. Então criou a coisa julgada. Por ella tornou impossível que se perpetue a instabilidade das relações de direito, e, portanto, firmou por ella a paz jurídica, tal como fizera com a prescrição”. (**Theoria do processo civil e comercial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Tipografia Acadêmica, 1936, p. 736).

⁸²⁵ Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudo em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p. 713.

⁸²⁶ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, vol. 6, n. 59, jan. 2006, p. 6657.

própria Constituição explicitamente elencou para tanto,⁸²⁷ revelando-se inconstitucional, assim, qualquer tentativa de atenuar o seu vigor por qualquer outro instrumental.

4.2.2 A coisa julgada como regra para a existência do discurso jurídico

Enquanto regra destinada a conferir racionalidade à atividade jurisdicional, que pouco ou nenhum valor teria se admitisse a abertura a qualquer tentativa de rediscussão de seu produto final, à coisa julgada pode ser reconhecido um elemento essencial à natureza do discurso jurídico e, por consequência, ao exercício da jurisdição.⁸²⁸

A reboque dessa conclusão, não foram poucos os processualistas que enxergaram na coisa julgada a pedra de toque da atividade jurisdicional, algo que, por sua aptidão à imutabilidade, à diferenciava da atividade desenvolvida pelos demais poderes do Estado, sempre sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário.⁸²⁹

Ainda que essa conclusão não possa ser aceita, diante da constatação de que nem toda decisão judicial tem aptidão para produzir coisa julgada, e de que algumas poucas atividades realizadas por outros Poderes carecem de revisão pelo Poder Judiciário, é próprio admitir que o desenvolvimento do discurso jurídico não prescinde da coisa julgada, a fim de que se confira legitimidade à jurisdição enquanto meio hábil e eficaz de resolução dos conflitos.

Assim ocorre porque um discurso jurídico que não seja capaz de se estabilizar representa uma contradição em si mesma.⁸³⁰ Em realidade, como regra de natureza formal à

⁸²⁷ A restrição aos direitos fundamentais, segundo o grau de importância conferido pela Constituição a cada uma deles, sujeita-se a importantes e severas condições. Os “limites dos limites”, assim, impõem ao legislador ordinário um dever de contenção, bastante acentuado quando se está a tratar de uma reserva legal qualificada, assim descrita por Gilmar Ferreira Mendes: “Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados”. (**Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50).

⁸²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

⁸²⁹ Em clássico ensaio, escrito ainda na metade do século passado, Enrico Allorio defendeu arduamente esse posicionamento. Ao identificar a coisa julgada com o seu efeito declaratório, o processualista italiano asseverou ser a coisa julgada o sinal inequívoco da verdadeira jurisdição. (**Problemas de derecho procesal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. vol. 2. Buenos Aires: Ejea, 1963, p. 15). No mesmo sentido, Piero Calamandrei (**Estudios de derecho procesal civil**: límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961).

⁸³⁰ MARINONI, op. cit., p. 57.

utilidade do discurso jurídico, a coisa julgada se despe de uma retórica de razão natural para assumir um caráter mediador entre a luta por verdade e as exigências por certeza jurídica.⁸³¹

É no balanço entre estes dois valores que o discurso jurídico se afasta do discurso prático, não pela má vontade ou pela inaptidão de uma narrativa em prol de pretensão à correção,⁸³² mas pela adoção de um componente pragmático sem o qual a função jurisdicional pouco mais representaria que uma atividade consultiva.

Do discurso jurídico, à revelia da coisa julgada, poderia surgir então uma ruptura irremediável do componente soberano do Estado, já em si incapaz de fazer valer, coercitivamente, a autoridade de suas decisões.

4.2.3 A coisa julgada como elemento indispensável à afirmação do poder

A atividade jurisdicional, enquanto exercício vocacionado à resolução dos conflitos, constitui manifestação explícita da soberania que o Estado exerce em nome no povo, a bem do qual se utiliza, legitimamente, do monopólio da violência. Em Estados com marcante tendência democrática, como se sabe, o exercício do poder é partilhado entre os vários órgãos encarregados das diversas funções que exercem.⁸³³

⁸³¹ Segundo Eduardo Couture, na sistemática do Direito, a necessidade de certeza é imperiosa, o que justificaria uma tomada de posição em favor do segundo valor: “A coisa julgada não é de razão natural. Antes, a razão natural pareceria aconselhar o contrário: que o escrúpulo de verdade fosse mais forte que o escrúpulo de certeza; e que sempre, em face de uma nova prova, ou de um fato novo fundamental e antes desconhecido, se pudesse percorrer de novo o caminho já andado, a fim de restabelecer o império da justiça”. (**Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 232, p. 230).

⁸³² Daí a lição de Robert Alexy: “O núcleo da tese do caso especial consiste por isso em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas”. (**Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 217).

⁸³³ Segundo Jorge Miranda: “(...) o Estado não existe em si ou por si; existe para resolver problemas da sociedade, quotidianamente; existe para garantir segurança, fazer justiça, promover a comunicação entre os homens, dar-lhes paz e bem-estar e progresso. É um poder de decisão no momento presente, de escolher entre opções diversas, de praticar os atos pelos quais satisfaz pretensões generalizadas ou individualizadas das pessoas e dos grupos. É autoridade e é serviço. Repartido juridicamente por órgãos e agentes do Estado, o poder toma, por outro lado, a configuração de um conjunto de competências ou poderes funcionais de tais órgãos, poderes esses estabelecidos pela Constituição, poderes constituídos e, portanto, definidos e circunscritos pelas suas normas”. (**Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 113-114).

É correto dizer, portanto, que aquilo que se convencionou designar de separação de poderes constitui, em verdade, uma forma figurativa de explicar o poder como a distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado.⁸³⁴

E o Poder Judiciário exerce a função que lhe atribuiu a Constituição como uma emanção da própria autoridade estatal soberana, impondo-se por si própria, independentemente da manifestação de vontade das partes, que nenhum poder possuem para fugir à irradiação dos efeitos da decisão a que estão sujeitos. A imperatividade que caracteriza a jurisdição, portanto, representa uma manifestação de poder, ou uma condição natural de sua própria existência.⁸³⁵

Essa característica é pressuposta desde que se aceite que a autotutela, enquanto atividade vedada, não admite qualquer racionalidade na pacificação harmoniosa de determinado corpo social. Como o Estado, por imperativos constitucionais, promete ao cidadão um instrumento legítimo de resolução de conflitos, a possibilidade infinita de rediscussão das imposições judiciais nada mais exprimiria que uma ausência de autoridade e, por consequência, de poder estatal.⁸³⁶

Uma decisão proferida por juiz regularmente investido que fosse suscetível de constantes ataques, quando já esgotados os meios legais de impugnação, pouca autoridade teria, e certamente a ela não se poderia atribuir a natureza de ato reflexo de soberania estatal. Como menciona Luiz Guilherme Marinoni, um poder que pudesse eternamente rever a sua interpretação seria uma gritante aberração diante da teoria política, uma vez que o poder, para se firmar institucionalmente, deve inspirar confiança de que suas decisões, em algum momento, serão dotadas de estabilidade.⁸³⁷

Tal se impõe, ainda com maior influxo, quando se tem estabelecido que no Estado Constitucional não basta que o Poder Judiciário responda à demanda formulada pelo autor, senão que o faça em bases tempestivas. O menoscabo à autoridade da coisa julgada, deste

⁸³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo GAllego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 55.

⁸³⁵ Bem por isso advertiu Herbert Hart: “As disputas sobre se uma regra admitida foi ou não violada ocorrerão sempre e continuarão interminavelmente em qualquer sociedade, excepto nas mais pequenas, se não houver uma instância especialmente dotada de poder para determinar, de forma definitiva e com autoridade, o fato da violação”. (**O conceito de direito**. 2. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 103).

⁸³⁶ Segundo Luiz Guilherme Marinoni: “Caso os conflitos, uma vez resolvidos, pudessem ser rediscutidos, ou se a solução do juiz pudesse ser negada, de nada adiantaria a jurisdição, de modo que a decisão jurisdicional, além de resolver os conflitos, deve se impor, tornando-se imutável e indiscutível. Realmente, a decisão produzida no processo estatal não é definitiva apenas por ter de pôr fim a uma discussão e impedir a reabertura de um litígio, mas sim por constituir a afirmação do poder estatal. Apenas uma decisão dotada de autoridade é capaz de pôr fim a um litígio”. (**Coisa julgada constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 59-60).

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 61.

modo, impõe o estabelecimento de um estado de coisas inconstitucional quando não assegura aos cidadãos a promessa de prestação jurídica dotada de efetividade.

4.2.4 A coisa julgada como corolário do direito fundamental à tutela jurídica justa e efetiva

Se institucionalmente há um déficit de soberania quando a atuação jurisdicional não condiciona de forma razoável a estabilidade dos comandos decisórios emanados dos juízes e tribunais, pode-se dizer que o menosprezo à coisa julgada, sob o ponto de vista individual e particular, compromete também a garantia constitucional do acesso à ordem jurídica justa.⁸³⁸

Com efeito, não demanda maiores esforços cogitar que uma decisão justa atende não só aos ideais de tempestividade e efetividade, mas, sobretudo, à estabilidade de que deve se revestir. A garantia por tutela jurisdicional efetiva demanda, por isso mesmo, irradiação primeira sobre o papel do legislador na estruturação do processo – a ser desenhado de forma a garantir que o instrumento não se transforme em uma arena voltada a combates infundáveis – e, após, sobre a atuação do juiz na conformação dessa estrutura pela jurisdição,⁸³⁹ a fim de garantir que o litigante possa gozar de um proveito prático da decisão que lhe concedeu razão.

Deste modo, não só o processo deve estar ordenado a assegurar a que a parte vencedora possa usufruir licitamente do reconhecimento de seu direito, como também o juiz, diante das inevitáveis tentativas de rediscussão da matéria posta a exame, a aplicá-lo de forma a desencorajar o sucumbente a prolongar a discussão já encerrada.

Na imensa maioria dos casos, esse aspecto negativo da jurisdição esconde um componente de índole econômica, porque normalmente os desprovidos de recursos financeiros não podem suportar a demora do processo, o que faz com que a inefetividade e a intempestividade da jurisdição acabem se tornando fonte de injustiça social.⁸⁴⁰

A jurisdição, em suma, temperada por uma regulamentação adequada a respeito da coisa julgada, atende ao ideal de justiça quando põe a salvo a parte vencedora de investidas indevidas por parte do litigante sucumbente.

⁸³⁸ Que segundo Michele Taruffo é pressuposto para a prolação de decisões justas, por constituir um modelo mínimo de organização e atuação processual do Estado (Idee per una teoria della decisione giusta. In: **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224).

⁸³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Il diritto alla tutela giurisdizionale efetiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali. In: **Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia**. Milano: Giuffrè, vol. 1, 2005, p. 93.

⁸⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de massa. In: **Proceso, ideologias, sociedade**. Buenos Aires: Ejea, 1974, p. 133.

4.3 COMO EXPLICAR A COISA JULGADA?

A definição do conceito de coisa julgada suscita, de ordinário, a explicação prévia a respeito de sua natureza jurídica. Como justificar a existência da coisa julgada? Que papel desempenharia frente ao Direito? Ou, por outra, o que representa esse vínculo jurídico que envolve o Estado e as partes em torno daquilo que restou declarado pelo órgão jurisdicional?

Essa questão – que longe está de um consenso⁸⁴¹ – tenta explicar como pode ser encarado, sob os planos social, político, técnico ou dogmático, esse liame jurídico.⁸⁴² Tentando responder a esses intrigantes questionamentos – que tanta relevância assumem para a compreensão e determinação de inúmeros outros institutos jurídicos processuais –,⁸⁴³ inumeráveis teorias se levantaram ao desafio, as quais podem ser agrupadas em torno de duas concepções: as que enxergam na coisa julgada uma unidade material, e as que veem no fenômeno um componente estritamente processual.⁸⁴⁴

Diante dessa explicação prévia, e contrariando a cética revelação de Eduardo Couture,⁸⁴⁵ cumpre agora verificar, ainda que brevemente, como as principais teorias que se propuseram a explicar o fenômeno da coisa julgada lograram desenvolver suas bases fundamentais.

4.3.1 A teoria da coisa julgada como presunção absoluta de verdade

⁸⁴¹ Daí a narrativa quase conformista de José Carlos Barbosa Moreira, quando afirma: “Conforme eloquentemente atesta a vastidão da bibliografia a respeito, poucos temas jurídicos têm merecidos dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções. Séculos de paciente e acurada investigação foram incapazes de produzir, já não diremos a aquietação das polêmicas, que subsistirão enquanto o homem fôr homem o que é, mas ao menos a fixação de uma base comum em que se possam implantar as multiforme perspectivas adotadas para o tratamento da matéria”. (Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista dos Tribunais**, 416/9, jun. 1970, p. 670. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000161d825dbd05b9af2b2&docguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=6&context=13&crumb-action=append&crumb-label= Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 dez. 2017).

⁸⁴² CAPONI, Remo. **L’efficacia del giudicato civile nel tempo**. Milano: Giuffrè, 1991, p. 225.

⁸⁴³ Ao contrário, negando maior relevância à questão, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. rev., e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 497.

⁸⁴⁴ Muito embora nem todas as teorias que se reúnem ao redor destes dois centros metodológicos guardem componentes comuns. Assim, Jordi Nieva Fenoll (**La cosa juzgada**. Barcelona: Atelier, 2006, p. 47).

⁸⁴⁵ “A sua diversidade e a quantidade de matizes que distinguem uma explicação de outra fazem com que seja pouco menos que impossível explicá-las. Os esforços feitos nesse sentido envelhecem rapidamente por sim mesma ou que, como dizia o texto clássico espanhol, ‘adquire a sua força maravilhosamente’”. (**Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 232).

Como acima salientado, as teorias que se lançaram a explicar a coisa julgada não apresentam, em absoluto, componentes constitutivos totalmente idênticos, razão pela qual há de ser ressaltada, em cada uma delas, seu aspecto conceitual mais evidente, como ponto comum de atração metodológica.

Segundo destaca Giovanni Pugliese, as teorias que ligaram a coisa julgada ao ponto de vista da verdade, em particular as de feição presuntiva, por exemplo, procuram elucidar a questão sob prisma do direito probatório, no desiderato de que os litigantes não mais opusessem prova em contrário ao que decidido pelo juiz.⁸⁴⁶

A mais radical delas, que propugnava apresentar a coisa julgada, de certa maneira, uma natureza constitutiva,⁸⁴⁷ assentava tratar-se de uma presunção *iure et iure* de verdade, como se aquilo que declarado pelo juiz dentro do processo tive efetivamente ocorrido no mundo fenomênico.⁸⁴⁸

Essa teoria, que teve em Robert Joseph Pothier seu adepto mais destacado, e que focou atenção às sentenças de mérito – em particular nos moldes traçados pelo Direito Romano, sobretudo no Digesto⁸⁴⁹ – defendia a tese de que a coisa julgada geraria uma presunção absoluta de verdade, não apenas em relação ao direito reconhecido, mas também em relação aos fatos debatidos na causa, e que formariam, por isso, o material consequencial à cognição do juiz.⁸⁵⁰

Não sem objeções, é de costume afirmar que a origem mais remota dessa compreensão em relação à coisa julgada remonta ao Direito Romano,⁸⁵¹ conquanto seja possível atestar que,

⁸⁴⁶ Res iudicata pro veritate accipitur. In: **Scritti giuridici scelti**. vol. 2. Napoli: Jovene, 1985, p. 206.

⁸⁴⁷ Bem recorda Eduardo Couture que “os glosadores levaram essa noção aos seus exageros máximos. É famoso o dístico de Scassia: ‘a coisa julgada faz do branco preto; origina e cria as coisas; transforma o quadrado em redondo; altera os laços do sangue e transforma o falso em verdadeiro’”. (**Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 230).

⁸⁴⁸ Segundo Antônio do Passo Cabral: “Inicialmente, ainda no direito romano, 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 *presunção*, assumindo que o decidido pelo juiz correspondesse à verdade dos fatos (...)”. (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 66). Negando, todavia, que a concepção de coisa julgada como presunção absoluta de verdade tenha vicejado em Roma, Rodolfo Pablo Migliore (**Autoridad de la cosa juzgada**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 39).

⁸⁴⁹ **Tratado de las obligaciones**. Trad. M. C. de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliastra S.R.L., 1978, p. 513.

⁸⁵⁰ Como disse o próprio Pothier, a autoridade da coisa julgada recaía sobre a totalidade do conteúdo da sentença de mérito, e, por ser assim, a retórica de uma sentença injusta constituía, em realidade, um falso problema, já que “hace presumir de una manera verdadera y justa todo que está contenido en la sentencia”. (**Tratado de las obligaciones**. Trad. M. C. de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliastra S.R.L., 1978, p. 524).

⁸⁵¹ ESTELLITA, Guilherme. **Da cousa julgada**. Rio de Janeiro: S. Ed., 1936, p. 25.

até bem mais recentemente, alguns ordenamentos tenham admitido resquícios dessa compreensão, sobretudo os de origem europeia.⁸⁵²

Também o Brasil se viu imerso nesta vetusta compreensão, bastando lembrar que o Regulamento nº 737, de 1850, atribuía à coisa julgada este mesma presunção absoluta de verdade.⁸⁵³

Verifica-se com facilidade a artificialidade dessa teoria. Ao relegar a existência do componente político que lhe é flagrante, a tese da presunção de validade atribuí à coisa julgada uma característica natural que ela em realidade não possui, o que explica, quiçá, sua utilidade meramente histórica.⁸⁵⁴

Uma vez que a justificativa à coisa julgada se explica mediante raciocínio político e social,⁸⁵⁵ assumindo pela estruturação técnica a conformação e a dimensão que o legislador – sobretudo o legislador de estatura constitucional – melhor compreender, sobram razões para intuir a respeito da inconveniência desta acepção.

4.3.2 A teoria da coisa julgada como ficção da verdade

Em aberto propósito corretivo à concepção anterior, Friedrich von Savigny destinou à coisa julgada uma justificativa de caráter eminentemente político. Ao defender que a autoridade da coisa julgada estava assentada na necessidade de se prestigiar, definitivamente, a autoridade jurisdicional – o que nada teria a ver com a natureza ou a essência das coisas –, justificou-a como uma ficção de verdade, “que protege las sentencias definitivas contra todo ataque y toda modificación”⁸⁵⁶.

⁸⁵² É interessante perceber que, partindo de algumas das premissas extraídas dessa concepção – claramente materialista – Eduardo Couture acabou por construir uma variável de índole processual. Em análise ao Código Napoleônico, em particular de seu artigo 1350, o processualista uruguaio defendeu haver ali não uma presunção de verdade sobre fatos, mas uma presunção de autoridade da coisa julgada em si. E isso, na sua visão, porque a coisa julgada não teria qualquer compromisso com a verdade dos fatos, mas com a estabilização das relações sociais e, por consequência, com a pacificação social. (La cosa Juzgada como presunción legal. In: **Revista Jurídica**, ano 3, vol. 17, 1955, p. 16).

⁸⁵³ Asseverava o artigo 185 daquele diploma legal: “São presumpções legaes absolutas os factos, ou actos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrario, como - a cousa julgada”. (BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial. **CLBR**, Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018).

⁸⁵⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In: ____; JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 193-194).

⁸⁵⁵ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 232.

⁸⁵⁶ **Sistema del derecho romano actual**. 2. ed. Tomo 5. Madrid: F. Góndora y Compañia Editores, 1879, p. 169.

Partindo de uma compreensão diversa das fontes romanas, o jurista alemão, ainda vinculado à noção de verdade, negou que a coisa julgada pudesse conduzir a uma presunção, justamente porque, para isso, teria o juiz de admitir uma completa correspondência entre a realidade fática e o tratamento jurídico que ordinariamente lhe é destinado. Ao contrário disso, na ficção, é pressuposta a ideia de que as coisas não se passam segundo a figura jurídica deduzida, satisfazendo-se o juiz, de forma consciente, em dar um tratamento contrário à natureza das coisas.⁸⁵⁷

Menos idealista que a teoria anterior,⁸⁵⁸ a tese da ficção da verdade foi exposta a críticas de todas as ordens.⁸⁵⁹ Eduardo Couture, por exemplo, reconheceu ser insuficiente esta teoria pelo exagerado componente abstrato, que deixaria de fora de seu campo de abrangência os casos em que a sentença não constitui uma ficção de verdade, mas sim a própria verdade real.⁸⁶⁰

A crítica mais incisiva e que mereceu, por certo, maior atenção pelo elaborado componente dogmático, partiu de Chiovenda. Em sua clássica obra, o processualista italiano encampou a concepção de que a autoridade da coisa julgada encarna, em verdade, um componente de feição política, ao asseverar que sua força imunizante decorre menos de uma pretensão de correção do que de uma regra externa à própria sentença.⁸⁶¹

E isso, evidentemente, parte da compreensão já consolidada de que a obtenção da verdade absoluta no processo é uma ilusão estéril, algo que nem o mais sábio dos julgadores poderia alcançar pela singela circunstância de que o material cognoscível pelo juiz é

⁸⁵⁷ Como pondera Jordi Nieva Fenoll, é possível que a teoria da presunção absoluta, sem atentar a essa particularidade, tenha, em realidade, pretendido afirmar que a coisa julgada valeria “como” verdade, e não que representasse “a” verdade. (**La cosa juzgada: el fin de un mito. Problemas actuales del proceso ibero-americano.** Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación Provincial, 2006, p. 431). A questão também é ventilada por Giovanni Pugliese (Res iudicata pro veritate accipitur. In: **Scritti giuridici scelti**. vol. 2. Napoli: Jovene, 1985, p. 213).

⁸⁵⁸ Nela reconhecendo um avanço, Guilherme Estellita asseverou que tal teoria “se considera o meio do caminho entre a ciência antiga e a moderna, ou seja, o marco divisório entre as concepções velhas e as novas do instituto da coisa julgada” (**Da cousa julgada.** Rio de Janeiro: S. Ed., 1936, p. 35).

⁸⁵⁹ Segundo Rodolfo Pablo Migliore, tal qual a teoria anterior, a tese da ficção da verdade possui tão somente valor histórico. (**Autoridad de la cosa juzgada.** Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 35).

⁸⁶⁰ **Fundamentos do direito processual civil.** Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 232. Não se pode deixar de reparar que a crítica, sob este específico ângulo, é injusta. Se a verdade de um enunciado, com diz Jordi Ferrer Beltrán, não depende da resolução tomada pelo juiz, mas exclusivamente de sua correspondência com o mundo (**Prueba y verdad en el Derecho.** 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 78), pode-se mesmo questionar se ao processo realmente importaria a busca pela verdade, ou, se ao contrário disso, como sugestivamente afirmar Carlos Alberto Alvaro de Olivera, esse objetivo corresponderia a uma ambição “(...) travestida de principal finalidade do processo”. (**Do formalismo no processo civil.** 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 178). Sem nos ocuparmos com a profundidade necessária que o tema demandaria, parece adequada a lição de Santiago Santis Melendo, quando afirma que a finalidade primeira se relaciona com o alcance da convicção. (**La prueba: Los grandes temas del derecho probatorio.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, p. 40).

⁸⁶¹ **Instituzioni di diritto processuale civile.** vol. 1. Napoli: Jovene, 1957, p. 321.

introduzido no processo a partir de uma perspectiva enviesada, e, assim, nada mais representaria do que simples narrações.⁸⁶²

Tais objeções contribuíram decisivamente para que as teorias que procuram justificar a coisa julgada a partir de um conceito dogmático de verdade não tenham logrado prosperar. Na sequência, serão analisadas as teorias processuais que, em época já contemporânea de desenvolvimento do Direito processual, puserem o problema em bases científicas.

4.3.3 A coisa julgada como eficácia da sentença

Fugindo da compreensão de que a coisa julgada estaria relacionada à verdade, quer por um liame presuntivo, quer por uma ficção de correspondência, formaram-se teorias processuais em torno da temática a respeito da natureza da coisa julgada que tiveram por pano de fundo a ideia da dualidade do ordenamento jurídico.

Uma vez que a decisão judicial não teria a aptidão de criar direitos, mas de certificar, com autoridade, se no caso concreto o direito alegado pela parte existe efetivamente, seria impróprio cogitar-se, como faziam os romanos, de que a estabilidade definitiva fosse confundida com a própria decisão judicial, já após marcada com o selo da imutabilidade.⁸⁶³

⁸⁶² Como bem destaca Michele Taruffo: “A descrição dos fatos que interessam e devem ser verificados no processo não são ‘dados’ ou ‘pré-constituídos, mas se formam – por assim dizer – no interior do processo obra dos sujeitos que nele desenvolvem vários papéis. Porque normalmente se trata de um conjunto ordenado de fatos mais ou menos complexos, articulados no tempo e no espaço, pode-se falar em *narrações*. Os sujeitos que no processo ‘narram’ fatos são diversos e as suas respectivas narrações têm naturezas e funções diferentes, ainda que digam respeito à mesma circunstância de fato”. (Verdade e processo. In: **Processo civil comparado**: ensaios. Trad. e Org. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 39). No mesmo sentido, Piero Calamandrei (Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, vol. 1, 1955, p. 165), que sustenta ser a verdade processual uma mera probabilidade.

⁸⁶³ Daí a referência de Chiovenda “‘A res iudicata’ outra coisa não é para os romanos do que a ‘res in iudicium deducta’ depois que foi ‘iudicata’. Sem dúvida, porque era a sentença que produzia a conversão da ‘res in iudicium deducta’ em ‘res iudicata’” (**Instituições de direito processual civil**. 2. ed. vol. 1. Trad. G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 369). Essa concepção, reconhece José Carlos Barbosa Moreira, inspirou o legislador na tentativa atrapalhada de conceituar a coisa julgada quando da edição da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42), hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nomenclatura conferida pela Lei nº 12.376/10), como sendo “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (Art. 6º, § 3º) “chamar ‘coisa julgada’ à própria sentença, desde que inatacável através de recurso, será, na melhor hipótese, empregar linguagem figurada para indicar o momento em que a coisa julgada se forma; nada nos informa, porém, sobre a essência do fenômeno e sobre o modo como ele atua para desempenhar sua função específica. Detém-se a regra legal no aspecto cronológico e deixa totalmente na sombra o aspecto ontológico da coisa julgada”. (Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista dos Tribunais**, 416/9, jun. 1970, p. 1. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000161d825dbd05b9af2b2&docguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=6&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFrom MultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 dez. 2017).

Se a sentença nada cria, mas, ao revés, declara que o pedido formulado pelo litigante encontra ou não correspondência no direito positivo, o que equivale a afirmar que o autor possui o direito deduzido na demanda, cristalizou-se a tendência, sobretudo na doutrina alemã,⁸⁶⁴ de identificar a coisa julgada como um efeito da sentença,⁸⁶⁵ particularmente de feição declaratória.

Sendo a sentença um ato complexo, que de ordinário pode congrega diversos efeitos, a tese central desta teoria centrou-se na compreensão de que nem todos eles, contudo, estariam expostos à força paralisante da coisa julgada. Se nas ações meramente declaratórias esse problema se punha de maneira bastante singela,⁸⁶⁶ nas demandas dotadas de outras cargas eficaciais assumiria importância capital a identificação daquilo que, em exclusão à declaração, poderia ser novamente discutido.⁸⁶⁷

Deste modo, após o trânsito em julgado, à decisão judicial seria agregado um novo efeito em paralelo ao efeito declaratório, vale dizer, a coisa julgada, já agora compreendida como a irreversibilidade do próprio efeito declaratório, havido, pois, como conteúdo da sentença.

Essa teoria, que na Itália contou com a simpatia de Giuseppe Chiovenda, no Brasil teve o apoio expressivo de Pontes de Miranda, segundo quem “a eficácia da coisa julgada é a eficácia da sentença de que não mais se pode recorrer, seja qual for o recurso, ordinário ou

⁸⁶⁴ Que teve em Konrad Hellwig, consoante informa Devis Echandía (**Teoría general de proceso**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 449), seu principal ideólogo.

⁸⁶⁵ Neste sentido, James Goldschmidt, para quem “el efecto típico de la sentencia (...) es su fuerza material de cosa juzgada”. (**Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Labor, 1936, p. 386).

⁸⁶⁶ Em que pese ser função de toda sentença, de uma maneira ou de outra, a eliminação de incertezas em torno de uma determinada relação jurídica controvertida, não pode ser aceita a tese de Alfredo Rocco segundo a qual isso impunha reconhecer em toda decisão judicial apenas e tão somente esse conteúdo declaratório. (**La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 128).

⁸⁶⁷ Segundo pondera Antônio do Passo Cabral, “(...) nas primeiras páginas de seu maior trabalho sobre a coisa julgada, Hellwig distinguiu dois grupos de sentenças. O primeiro grupo seria das sentenças que apenas declaram autoritativamente uma situação jurídica (*Feststellungsurteile*), que hoje chamamos de sentenças declaratórias. E o segundo grupo, que ele denomina de ‘*Konstitutive Urteile*’ e que inclui a sentença condenatória, seria aquele que compreende a sentenças que, além do conteúdo declaratório, modificam a situação precedente, gerando efeitos jurídicos novos. Na sentença condenatória, p. ex., ao elemento declaratório se une a ordem de prestar (**Leistungsbefehl**), gerando a pretensão executiva em favor do vencedor. Neste grupo de decisões, Hellwig observa que certos conteúdos não declaratórios podem ser rediscutidos em execução (p. ex., na sentença condenatória, mesmo após o trânsito em julgado permite-se a análise a respeito de ter havido pagamento posterior à decisão final; basta pensar nas alegações possíveis em execução), e portanto seria incorreto afirmar que o elementos condenatório (a prestação, *Leistung*) fosse imutável e indiscutível, quando somente a declaração (*Festslellung*), isto é, o elemento declaratório da sentença, adquiriria foro de imutabilidade”. (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 72-73).

extraordinário”⁸⁶⁸, e de tantos outros importantes processualistas,⁸⁶⁹ ainda que aqui e ali se possa identificar significativos traços distintivos.⁸⁷⁰

O prestígio dessa compreensão tomou foros legislativos, a ponto de o artigo 467 do CPC/73 ter expressamente declarado ser a coisa julgada a eficácia da sentença que a tornava imune a discussões e alterações. A despeito disso, no entanto, uma plêiade de ponderações contrárias negou a validade dessa teoria. A amplitude destas articulações de contraste será enfrentada a seguir.

4.3.4 A teoria da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença

Pode-se afirmar com segurança que a crítica mais incisiva e contundente a respeito da compreensão da coisa julgada como uma eficácia da sentença partiu da pena de Enrico Tullio Liebman. Seu respaldo e influência concorreram implacavelmente para a construção de uma doutrina que, entre nós, por muito tempo “se tornou moeda corrente”.⁸⁷¹

Se até o desenvolvimento de seu pensamento a coisa julgada era compreendida, como se viu, como um efeito da sentença,⁸⁷² a quebra desse paradigma resultou de uma construção

⁸⁶⁸ **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 104.

⁸⁶⁹ Em linhas gerais, essa teoria foi encampada por José Ignácio Botelho de Mesquita. Ao identificar a coisa julgada com a eficácia do elemento declaratório da sentença, entre ambas fez importante distinção: “No que respeita à indiscutibilidade, o efeito do trânsito da sentença em julgado guarda muita semelhança com o efeito declaratório da sentença (transitada em julgado ou não). As diferenças entre eles, porém, são profundas. Na verdade, são semelhantes num único ponto: em um litígio futuro entre as mesmas partes, o juiz do novo processo ficará sempre vinculado à indiscutibilidade da conclusão (elemento declaratório) da sentença precedente. Diferem, porém, em vários aspectos, a saber: (a) o efeito declaratório (que é aquele produzido pela sentença que julga procedente uma ação declaratória) é um efeito da sentença, enquanto que a indiscutibilidade do elemento declaratório da sentença transitada em julgado é um efeito do fato em si do trânsito em julgado; enquanto não transitada em julgado o seu elemento declaratório não é vinculante nem mesmo para as partes”. (**A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 13). Em termos bastante similares, também Celso Neves (**Estrutura fundamental do processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 238).

⁸⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: **Revista dos Tribunais**, ano 60, vol. 429, jul. 1971, p. 21.

⁸⁷¹ TESHEINER, José Maria Rosa. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 774, abr. 2000, p. 4. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d6298fdcded3e551&docguid=Id49cba60f25411dfab6f01000000000&hitguid=Id49cba60f25411dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=161&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017). Também neste sentido, Araken de Assis, segundo quem as ideias de Liebman representaram o ponto de partida da conformação da coisa julgada no direito pátrio (**Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 115).

⁸⁷² Neste ponto reside a severa censura que Liebman dirigiu à teoria de Hellwig, o qual teria confundido, sem razão, a imutabilidade decorrente da coisa julgada com o efeito da declaratória da sentença, nominado pelo mestre italiano como “efeito normal da sentença”: “Assim, quando HELLWIG (...) define a coisa julgada como o efeito específico da sentença que já não seja recorrível e mais precisamente com a eficácia declaratória da sentença, confunde justamente o efeito normal da sentença com a definitividade e incontestabilidade deste efeito.

dogmática em torno da noção de qualidade. Segundo Liebman, os efeitos da sentença seriam elementos que decorreriam da decisão, vale dizer, produtos que a sentença geraria porque decorrentes de seu comando, algo que a incontestabilidade própria da coisa julgada não afetaria sua própria natureza.⁸⁷³

Ao revés, a coisa julgada, já não identificada com esse efeito, revelar-se-ia como uma qualidade, um predicado que, após o trânsito em julgado da decisão, viria a eles agregar-se. Deles se diferenciaria, portanto, pela clara percepção de que não decorreria da sentença, mas de regra a ela externa.⁸⁷⁴

De outro lado, em desaprovação direta à Hellwig, Liebman assentou com razão que não poderia a coisa julgada ser tida pelo efeito declaratório da sentença porque este, mesmo antes do trânsito em julgado, já se afigura evidente, tornando a sentença eficaz antes mesmo daquele marco temporal. Dito de outro modo, a potencialidade – embora não completa de declaração, bem como dos demais efeitos possíveis da sentença – não estava condicionada à incidência da imutabilidade que se alcançaria apenas com o trânsito em julgado da sentença de procedência.⁸⁷⁵

Mais infeliz que todas, é a idéia de que adquira aquela eficácia, com a passagem em julgado da sentença, uma particular direção encaminhada aos juízes que, em qualquer processo futuro sobre o mesmo objeto, estariam adstritos a julgar de igual modo” (**Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 41). No Brasil, a objeção mais direta às ideias de Hellwig partiu de José Carlos Barbosa Moreira. Acompanhando a crítica de Liebman, Barbosa Moreira defendeu um caráter eminentemente prático da coisa julgada, característica essa que não se afeiçoaria à compreensão de que apenas o elemento declaratório da sentença ficaria a salvo de ulteriores investidas (Coisa julgada e declaração. In: **Revista dos Tribunais**, ano 60, vol. 429, jul. 1971, p. 22).

⁸⁷³ LIEBMAN, op. cit., p. 38.

⁸⁷⁴ Id., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, vol. 35, 1980, p. 3.

⁸⁷⁵ Daí afirmar Liebman: “Essa identificação da declaração jurisdicional com a autoridade da coisa julgada, essa penetração de uma na outra, essa redução da eficácia da primeira à segunda, constitui erro singular de perspectiva, cujo móvel psicológico não é difícil compreender, porque a incontestabilidade que a autoridade do julgado confere ao resultado do processo aparece, no caso de provimento de mera declaração, com caráter de necessidade bem maior do que sucede no caso da sentença constitutiva ou declaratória, pelo menos no sentido de que a declaração sem coisa julgada se apresenta destituída de importância e não serve para nada, não tendo outra utilidade que não seja a de produzir a certeza indiscutível da existência ou inexistência de uma relação jurídica. (...). Contudo, essas considerações práticas não tiram nenhum valor, do ponto de vista lógico, à observação há pouco assinalada, nem à afirmação de que, na realidade, a declaração contida na sentença faz derivar a sua força obrigatória, ou, mais genericamente, a sua eficácia jurídica, da natureza imperativa e ‘autoritativa’ do ato que a produz, nem mais nem menos do que advém pela mudança da relação jurídica produzida pela sentença constitutiva, ou pelo título executório oriundo da sentença condenatória. Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles se produzem de modo mais ou menos perene e imutável. De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhe a estabilidade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis da sentença”. (op. cit., p. 22-23).

Ao partir de uma compreensão puramente adjetiva,⁸⁷⁶ Liebman então situou a autoridade da coisa julgada na imutabilidade do comando emergente da sentença, que não se identifica, simplesmente, com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o conteúdo. Em verdade, diz o mestre peninsular, essa qualidade, mais profunda e intensa, reveste além do ato em seu aspecto formal, todos os efeitos possíveis que caracterizam o ato sentencial.⁸⁷⁷

Embora o trabalho de Liebman tenha constituído, como se disse, um inegável avanço, particularmente por identificar na coisa julgada um componente alheio à natureza e à essência da decisão judicial, vários pontos de sua teoria restaram combatidos por autorizada doutrina, que, a despeito, acabou por levar em consideração a base comum estabelecida pelo mestre peninsular.

4.3.5 A teoria da coisa julgada como qualidade do conteúdo decisório

De todas as críticas que se voltaram contra a teoria desenvolvida por Liebman, a que mais mereceu atenção, pelo robusto substrato lógico e dogmático, foi, sem dúvida, aquela que objetou firmemente a ideia de que a coisa julgada imunizaria os efeitos da decisão já transitada em julgado.⁸⁷⁸

Uma vez que à coisa julgada se ligam os preceitos de indiscutibilidade e imutabilidade,⁸⁷⁹ e que os efeitos da sentença, em regra, não contam com tais atributos,⁸⁸⁰

⁸⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista dos Tribunais**, 416/9, jun. 1970, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=ri&srguid=i0ad82d9a00000161d825dbd05b9af2b2&docguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=6&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false &isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 dez. 2017).

⁸⁷⁷ **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 51.

⁸⁷⁸ Na Itália, essa crítica foi encampada por Enrico Allorio, segundo quem, em evidente exagero, asserverou que “il vero, è che immutabili non sono gli effetti della sentenza: imutabile é la stessa sentenza”. (Natura della cosa giudicata. In: **Problemi di diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 2, 1957, p. 202).

⁸⁷⁹ Ou apenas indiscutibilidade, como prefere Araken de Assis (**Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 152).

⁸⁸⁰ Assim, José Carlos Barbosa Moreira: “Tem razão, pois, Liebman em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dele, e só dele, visualizar a coisa julgada. Menos feliz parece, entretanto, a escolha da direção em que se projetou o feixe luminoso. (...) Ora, a quem observe, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença”. (Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista dos Tribunais**, 416/9, jun. 1970, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=ri&srguid=i0ad82d9a00000161d825dbd05b9af2b2&docguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=6&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false &isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>).

afirma-se que a estabilidade recairia, em verdade, sobre o conteúdo da decisão, ou, melhor dizendo, sobre parcela específica dele.

José Carlos Barbosa Moreira, em conhecido ensaio, defendeu esse ponto de vista. Ao apontar em Liebman uma clara contradição – quando este, reconhecendo que a autoridade da coisa julgada estava aderida aos efeitos da sentença, afirmara em outro momento que a sentença recorrível produziria todos os seus efeitos – negou tivesse a *res iudicata* aptidão para imunizar os efeitos da sentença, senão que seu conteúdo.⁸⁸¹

Em outra sede, o processualista fluminense melhor esclareceu e delimitou o âmbito de incidência que, segundo sua teoria, esta autoridade deveria trilhar, vale dizer, a parcela do conteúdo da sentença que deveria ficar a salvo de discussões posteriores ao trânsito em julgado. Como já mencionado, o processualista reconhecia e enaltecia a natureza pragmática da coisa julgada,⁸⁸² e assim parecia-lhe inadequado limitar sua incidência apenas ao conteúdo declaratório, já em si incapaz de garantir – para além das situações onde a controvérsia se resolvia na mera declaração contida na sentença –, o resultado prático final do processo.⁸⁸³

A essa compreensão ampla a respeito do conteúdo da sentença opôs-se Ovídio Baptista da Silva, em contenda doutrinária que acabaria por se tornar clássica. A nódoa da teoria de Barbosa Moreira, segundo o processualista gaúcho, residiria na incompreensão do primeiro em distinguir os conceitos de eficácia e efeitos da sentença.⁸⁸⁴

Para Ovídio, com razão, o efeito declaratório da sentença corresponderia ao reconhecimento, no caso concreto, de que uma determinada norma incidiu e que, por isso, tal ou qual deveria ser a resposta judicial à demanda proposta pelo autor.⁸⁸⁵ Deste modo, a coisa

label= Documento&isDocFG=false &isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22 dez. 2017). Também José Ignácio Botelho de Mesquita (**A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17).

⁸⁸¹ Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista dos Tribunais**, 416/9, jun. 1970, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000161d825dbd05b9af2b2&docguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=6&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false &isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 dez. 2017).

⁸⁸² Por isso, compreendida que “(...) a exigência de estabilidade, inerente ao mecanismo da tutela jurisdicional, não fica satisfeita com o ter-se de reconhecer como produzido o resultado do processo em que se proferiu a sentença constitutiva. É necessário que semelhante resultado, ao menos dentro de certos limites, seja reconhecido como indiscutível, como incontestável, como inimpugnável. Ora, a isso não se pode chegar ‘independentemente dalla cosa giudicata’, a não ser que se queira admitir duas espécies de incontestabilidade, uma identificada com a ‘auctoritas rei iudicatae’, outra relacionada com causa ou circunstância diversa (mas qual seria?)”. (Coisa julgada e declaração. In: **Revista dos Tribunais**, ano 60, vol. 429, jul. 1971, p. 24).

⁸⁸³ Tal explica a assertiva, em termos até enfáticos, de que “não é nem pode ser privativa do elemento declaratório da sentença a aptidão para alcançar a *auctoritas rei iudicatae*” (ibid., p. 22).

⁸⁸⁴ Conteúdo da sentença e coisa julgada. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173.

⁸⁸⁵ “Segundo entendemos, o chamado efeito declaratório da sentença, ou sua eficácia declaratória, correspondente ao *juízo de subsunção*, praticado pelo julgador, ao considerar *incidente* no caso concreto a regra

julgada agregar-se-ia apenas a este efeito, isto é, ao efeito declaratório contido na sentença, o qual, após o trânsito em julgado, tornar-se-ia indiscutível em processos subsequentes.⁸⁸⁶

Dito assim, para o processualista gaúcho, a declaração contida na sentença – e só neste caso – assumiria ao mesmo tempo a condição de conteúdo e de efeito do ato decisório, de modo que tudo que escapasse disso estaria, por definição, fora da proteção conferida pela *res iudicata*.⁸⁸⁷

Também Araken de Assis partilhou dessa compreensão. Para este outro processualista gaúcho, “tudo (...) respeitante à coisa julgada gira em torno da declaração”, que assim atrairia e polarizaria o instituto.⁸⁸⁸

Em concordância com Ovídio, assentou, com acerto – a revelar que a declaração sobre a qual recairia a força da coisa julgada atina àquele pronunciamento que o juiz faz para dizer, a partir de um juízo positivo ou negativo de subsunção, que o autor tem ou não razão em seu pleito –,⁸⁸⁹ que ainda que outra força dominasse a sentença, à coisa julgada seria indispensável certa dose de declaração, porque é por intermédio dela que o juiz certifica a existência do direito controvertido.⁸⁹⁰

Inexistem, pois, argumentos sólidos que desautorizem o agasalhamento de tal compreensão. Assumindo a coisa julgada esse ideário pragmático de imunizar aquilo que

normativa constante da lei. Declarar, em sentença judicial, outra coisa não é senão afirmar que a espécie submetida à decisão, está sujeita a determinada disciplina legal” (ibid., p. 172).

⁸⁸⁶ **Curso de processo civil:** processo de conhecimento. 6. ed. rev., e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 492.

⁸⁸⁷ Em conclusão, afirma: “Pelas considerações precedentes, cremos que se pode concluir, com LIEBMAN, que a coisa julgada não é um *efeito*, mas uma *qualidade* que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-o indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável!) nos futuros julgamentos”. (Ibid., loc. cit.). Bem observada essa passagem da obra do eminente processualista, é fácil perceber que quando assevera que a autoridade da coisa julgada recai sobre o elemento declaratório da sentença, ao mesmo tempo, então, tido por conteúdo e efeito dela, seu pensamento se aproxima da compreensão de Pontes de Miranda a respeito do conceito de “eficácia da decisão” que, por definição, compor-se-ia de “força” (algo interno a ela) e “efeito” (algo que se projetaria para fora dela). Convém transcrever-lhe o pensamento: “falando-se de eficácia de resolução, tem-se de cogitar de força e efeitos, porque eficácia é a propriedade de ter força ou efeitos. É eficácia: a) certa imodificabilidade pelo prolator que varia da modificabilidade, quando o juiz a ter de examinar o assunto, até a sentença, que de regra é imodificável (sentença apelável) e só excepcionalmente alterável por provocação (juízo de retratação; embargos); b) a força normal da coisa julgada; c) a força ou o efeito declaratório, ou a força ou o efeito material da coisa julgada; d) a força ou o efeito constitutivo, condenatório, mandamental, ou executivo, se o tem; e) os efeitos próximos ou laterais; f) os efeitos-reflexos, que são da sentença como ato jurídico ou fato jurídico. Em sentido estrito, eficácia seria o ter os efeitos a) e b)”. (**Tratado das ações**. Tomo 1. Atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, p. 171-172).

⁸⁸⁸ **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 132.

⁸⁸⁹ A revelar com isso, pois, coerência com a compreensão ampla e aberta que desenvolvera a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada que, como instrumento auxiliar à proteção desta declaração, não poderia admitir, de modo algum, que um pronunciamento posterior pudesse afrontar o resultado do julgamento já atingido pelo trânsito em julgado.

⁸⁹⁰ ASSIS, op. cit., loc. cit.

afirmado pelo juiz, restariam conciliados dois valores fundamentais articulados pelo Estado Constitucional: a liberdade conferida aos cidadãos, que mediante assentimento comum poderiam dispor, no futuro, de modo diverso a respeito daquilo que determinado na sentença, e a autoridade que se estipula ao órgão jurisdicional, resumida na impossibilidade de se desdizer aquilo que afirmado pelo juiz como sendo a lei do caso concreto.

Ver-se-á no decorrer deste trabalho que essa compreensão se articula em harmonia com uma elástica assimilação a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada. Para tanto, faz-se necessário agora avaliar de que modo os fatos da vida, posteriores à formação da coisa julgada, convivem com a autoridade da *res iudicata*. Estaria, realmente, a coisa julgada adstrita a uma cláusula *rebus sic stantibus*, como normalmente se apregoa?

4.4 LIMITES TEMPORAIS DA COISA JULGADA: SERIA A COISA JULGADA UM FENÔMENO COM PRAZO DE VALIDADE?

Sob a perspectiva de que a coisa julgada imuniza o elemento declaratório contido na sentença, já se pode, com alguma segurança, afastar alguns dogmas que só se articulam em torno de uma vida predeterminada a respeito da autoridade das *res iudicata*.

Segundo Antônio do Passo Cabral, por exemplo, à análise dos limites temporais da coisa julgada importa saber não só desde quando ela existe, como também, e principalmente, até quando vale e persiste a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão.⁸⁹¹

Essa compreensão, que de resto reflete o pensamento corrente de boa parte doutrina nacional, parte do pressuposto, implícito ou não, de que a autoridade da coisa julgada haveria de se estabelecer sobre os efeitos da sentença. Sendo estes, assim, o campo de atuação que se idealiza à estabilidade do julgado, de fato não haveria como se escapar do equívoco.

Se a coisa julgada não nasce para ser eterna, como diz a doutrina,⁸⁹² como justificar que sua autoridade, em perspectiva negativa, possa constranger o juiz dos processos subsequentes a garantir-lhe a imutabilidade? A estabilidade daquilo que assentado pelo juiz estaria condicionada no tempo? Seria correto cogitar-se, em outros termos, de um limite

⁸⁹¹ **Coisa julgada e preclusões dinâmicas:** entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 95-96.

⁸⁹² SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada em el proceso civil.** Madrid: Ed. Thompson-Civitas, 2005, p. 247.

cronológico, como refere Sergio Menchini?⁸⁹³ Ou se pode afirmar que essa abordagem representa, em realidade, um falso problema?⁸⁹⁴

Pode-se sustentar, para delimitação do início da discussão, que essa forma de compreender a (in)continuidade normativa da coisa julgada se assenta em uma interpretação equivocada do artigo 505 do CPC, ao que contribuiu, seguramente, a deficiente redação que lá se constata. Em suma, desconsidera outras situações que, bem analisadas, cuidam do mesmo fenômeno, a temática estaria circunscrita às demandas que teriam por objeto relação jurídica não instantânea, a quem fatos posteriores à sua conformação pela sentença teriam a potencialidade de alterar-lhe ou mesmo nulificar-lhe a estrutura.⁸⁹⁵

⁸⁹³ **Il giudicato civile**. 2. ed. Torino: Utet, 2002, p. 233.

⁸⁹⁴ Curiosamente, essa última indagação é respondida de forma afirmativa – e absolutamente correta – por José Carlos Barbosa Moreira que, como se viu, imaginava imutáveis todos os efeitos da sentença, e não apenas seu elemento declaratório. A esse respeito, disse o processualista fluminense: “A imutabilidade (ainda ilimitada) do conteúdo da sentença não importa, é obvio, na imutabilidade da situação jurídica concreta sobre a qual versou o pronunciamento judicial. Se se julgou que A devia a B certa importância, nada obsta a que, antes ou depois do trânsito em julgado, A pague a dívida, ou B a remita, e assim se extingue a relação de crédito declarada na sentença. Tal circunstância em nada afeta a autoridade da coisa julgada que esta porventura haja adquirido. A norma sentencial permanece imutável, enquanto norma jurídica concreta referida a uma determinada situação. Evidentemente, se A, que pagou, propõe contra B, que insiste em dizer-se ainda seu credor, ação declaratória negativa, o pedido será acolhido por sentença em que se vai consubstanciar nova regra concreta, diversa da anterior porque formulada para situação jurídica também diversa. Essa nova regra de modo nenhum se porá em conflito com a outra, nem lhe tirará a força vinculativa de que se infunde no que tange à situação sobre a qual versou. As duas coisas julgadas coexistirão pacificamente, em plano distintos. A isso parece reduzir-se o decantado problema dos limites temporais’ da ‘res iudicata’, que tanto preocupa uma parte considerável da doutrina. Trata-se, a rigor de um pseudoproblema: a autoridade da coisa julgada, como tal, não se subordina a limite temporal algum. E é por isso mesmo que, tendo efetuado o pagamento, A jamais poderá frutiferamente pleitear a repetição do indébito”. (Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista dos Tribunais**, 416/9, jun. 1970, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000161d825dbd05b9af2b2&docguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=6&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false &isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 dez. 2017). De par com essa lição que parece irretocável, se algo de temporal pode ser atribuído à coisa julgada – e aqui o vínculo com a eficácia preclusiva da coisa julgada se torna particularmente estreito – tal diz respeito, como sugere Egas Dirceu Moniz de Aragão, aos fatos que no decorrer no tempo estão abrangidos pelo pedido ou pela causa de pedir, ou, dito de outro modo, à amplitude que se atribua ao princípio da eventualidade, como se verá a seguir. (**Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 188).

⁸⁹⁵ Segundo Sergio Menchini: “In queste ipotesi, la situazione soggettiva sostanziale continua a vivere ed ha un suo svolgimento anche dopo l’emanazione della sentenza; il giudice pronuncia, in base ad una fattispecie attuale, su conseguenze giuridiche che sono destinate ad esplicarsi anche in futuro”. (op. cit., p. 256). Em sentido contrário, entendendo que os limites temporais da coisa julgada não se preordenam exclusivamente às relações jurídicas continuativas, coloca-se a doutrina de Sérgio Gilberto Porto. Compreende o processualista gaúcho que: (...) a relação jurídica é somente normada nos limites da situação substancial posta à apreciação, vez que pode, com o transcurso do tempo, sofrer alterações fáticas. Contudo, deve ser registrado que esta limitação não ocorre apenas quando a relação jurídica controvertida foi tipicamente continuativa, tais as antes citadas, ou seja, as alimentares e tributárias, dentre outras igualmente de periodicidade intrínseca. Com efeito, também as relações não marcadamente continuativas estão sujeitas a variações temporais, haja vista que toda a relação jurídica possui, com maior ou menor intensidade, a presença da cláusula *rebus sic stantibus*. (**Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 88).

Uma exegese a *contrario sensu* daquele texto normativo suscita a interpretação de que os juízes dos processos sucessivos está liberto a decidir as mesmas questões já decididas, relativamente à mesma lide. Será isso realmente possível?

4.4.1 Um primeiro aspecto: o momento de formação da coisa julgada e os fatos supervenientes

Às indagações acima expostas reclama-se o estabelecimento de uma premissa elementar: a coisa julgada blinda a regra jurídica estabelecida na sentença definitiva – e, como tal, vocaciona-se a disciplinar indefinidamente o futuro –, o que não significa afirmar, no entanto, que desconsidere a situação de fato e de direito retratada na demanda.⁸⁹⁶ Segundo prestigiado processualista, “o processo não detém o fluxo da vida”, de sorte que “a coisa julgada não paralisa esse fluxo em determinado momento”.⁸⁹⁷

Quanto a isso não pode haver dúvidas: uma coisa é a relação jurídica que a sentença reconhece e protege, outra bem diversa é a declaração que sobre ela cuida de laborar o ato sentencial. Enquanto a última se projeta imodificável por definição, a primeira, isto é, a relação jurídica havida por existente, sofre a sorte que os fatos da vida lhe atribuem após a estabilização do processo.⁸⁹⁸ E isso sucede não apenas nas relações jurídicas continuativas.⁸⁹⁹

⁸⁹⁶ Como bem pondera Araken de Assis, “(...) a coisa julgada não imuniza a regra jurídica contra eventos supervenientes. A mudança das circunstâncias posteriormente à coisa julgada não lhe atenua a força, ou relativiza a indiscutibilidade, porque inexistente regra jurídica concreta sobre essa nova situação das partes”. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.468).

⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 1.469.

⁸⁹⁸ Daí, respeitosamente, a confusão a que incorre Antônio do Passo Cabral quando diz que a disciplina da coisa julgada está atrelada à situação fática contemporânea à última chance de exposição dos fatos pelas partes. A fixação deste ponto teria, diz ele, “(...) uma importante aplicação prática: os fatos posteriores, ocorridos supervenientemente ao marco temporal da formação da coisa julgada, estariam excluídos da indiscutibilidade e poderiam ser alegados e debatidos pelos litigantes a despeito da coisa julgada anterior”. (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 96-97). Esta passagem de sua obra contém, na nossa visão, um duplo equívoco: o primeiro relacionado aos fatos, que de maneira nenhuma poderiam receber o selo da imutabilidade. Em verdade, a superveniência de fatos juridicamente relevantes poderia, quando muito, alterar ou extinguir a relação jurídica reconhecida na sentença – nunca é demais ressaltar que a autoridade recai sobre a declaração, não sobre a relação jurídica – o que não equivaleria a afirmar que a coisa julgada obtida no primeiro processo teria desaparecido, ou, de outra forma, sido substituída pela posterior. Outro ponto que não nos parece adequado sustentar diz respeito à amplitude demasiadamente aberta que confere ao princípio da eventualidade. Como explicaremos mais à frente, a relativização à eventualidade conferida pelo sistema processual brasileiro, com a possibilidade de dedução de novos fatos em grau recursal, grava a parte com o ônus da alegação. O desacolhimento deste ônus, por consequência, amplia o aspecto relacionado à eficácia preclusiva da coisa julgada.

⁸⁹⁹ Em linhas gerais, cremos tenha sido esta a intenção de Sérgio Gilberto Porto quando afirmou, em passagem acima transcrita, que todas as espécies de relações jurídicas se sujeitam a variações temporais.

Se se pode afirmar que o termo *a quo* da coisa julgada coincidente com o trânsito em julgado da decisão sobre a qual recai a qualidade da imutabilidade, não é menos correto sustentar que o fato superveniente não a infringe. Como bem pondera José Maria Rosa Tesheiner, “se o credor renuncia ao crédito, se o devedor paga o valor da condenação, se os divorciandos voltam a casar-se”, tais circunstâncias não teriam aptidão alguma de violar a coisa julgada, a menos que a nova sentença sustentasse que o “crédito jamais existiu ou que o casamento jamais se dissolveu”,⁹⁰⁰ providencias em si, então, não só ilegais, como inconstitucionais.

Pode-se compreender, diante disso tudo, que a circunstância superveniente sequer teria aptidão de fustigar a coisa julgada formada em processo anterior porque, a contrário do que faz crer a redação do *caput* do artigo 508 do Código de Processo Civil, não estaria ela a substanciar a mesma demanda, ou, como diz o Código, a mesma lide já anteriormente apreciada. Correta, assim, a lição de Egas Dirceu Moniz de Aragão quando afirma que a eficácia temporal da coisa julgada – projetada pela circunstância superveniente – corresponderia a um bloqueio, mediante o qual a autoridade da *res iudicata* ficaria impedida de albergar pretensões novas surgidas futuramente, que não poderiam a ela se subordinar, justamente por haverem se constituído em outra *res*.⁹⁰¹

A sucessão de eventos no tempo que modifiquem a relação jurídica reconhecida ou criada na sentença pode, por óbvio, torná-la obsoleta a reger essa mesma relação em modo prospectivo.⁹⁰² De ordinário, por exemplo, a morte do alimentando extingue o dever de

⁹⁰⁰ **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 162. Assim, confirma-se a assertiva do mesmo processualista quando sustenta, com razão, que “(...) as sentenças relativas a relações jurídicas continuativas produzem coisa julgada material como qualquer outra” e que “os fatos novos, supervenientes, não são alcançados pelo julgamento anterior”. (Ibid., p. 163). Para nós, os fatos supervenientes escapam à incidência tanto nas sentenças relativas a relações jurídicas continuativas, quando naquelas que cuidam de relações jurídicas instantâneas, desde que verificado determinados marcos temporais, o que será visto na sequência.

⁹⁰¹ Pela clareza de sua exposição, convém reproduzir-lhe o pensamento: “Os chamados limites temporais da coisa julgada não constituem, contudo, tema de relevância para o estudo da matéria, pois por seu intermediário o que se afirma é a inextensão da coisa julgada a situações ou pretensões novas, surgidas futuramente, que, é óbvio, não poderiam a ela subordinar-se, seja por não integrarem a *res iudicata*, seja por não consubstanciarem outra *res*. Com efeito, se fatos ulteriores geram outro pedido, ou outra causa de pedir, a pretensão que neles se ampare é distinta da que fora anteriormente julgada”. E, à frente, o processualista situa o cerne da problema: “Vem a calhar esta afirmação de Castro Mendes: ‘Os limites ditos temporais do caso julgado reconduzem-se deste modo, em nossa opinião, aos limites objectivos decorrentes da causa de pedir’”. (**Sentença e coisa julgada.** Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 200).

⁹⁰² É dizer: o problema que se põe quando se alude à temática dos limites temporais da coisa julgada não atina a um elemento necessariamente cronológico. A coisa julgada vale eternamente para proteger tal ou qual norma jurídica concretamente formulada que regula, como é óbvio, uma situação faticamente bem caracterizada. A alteração que suceder na órbita do tempo pode ou não justificar a manutenção da regra concreta. Como bem diz João de Castro Mendes, “(...) a não alteração das circunstâncias parece não permitir, porém, a propositura de

prestar alimentos. Seria um despropósito imaginar, diante disso, que a sentença que reconheceu tal dever continuasse a reger uma situação já agora inexistente perante o Direito.⁹⁰³

Já ausente a relação jurídica que motivara a condenação do obrigado, nem por isso deixaria de continuar a existir, contudo, a sentença proferida e, menos ainda, a autoridade que recaía sobre o seu elemento declaratório, vale dizer, sobre a regra jurídica concretamente lá formulada.⁹⁰⁴ Essa situação concreta, vale frisar, continuaria a figurar como indiscutível, mesmo diante da prejudicialidade conferida pelo evento posterior.⁹⁰⁵

É correta, portanto, a ideia de que a indiscutibilidade ínsita à coisa julgada não imuniza a sentença contra eventos supervenientes, mas resguarda, com toda força, a regra concretamente formulada à luz da situação de fato e de direito que infundira o magistrado a julgar a demanda como julgou. Há, aí, uma clara relação de conteúdo e continente, da qual se permite verificar, com bastante nitidez, por que a sentença não se confunde com a coisa julgada que a grava,⁹⁰⁶ não propriamente como elemento ontológico, mas como razão de ordem lógica e prática.

4.4.2 Segundo aspecto: os fatos supervenientes e a configuração da eficácia preclusiva da coisa julgada

Do que ficou estabelecido nas linhas acima, pode-se assentir com a compreensão de que o aspecto temporal da coisa julgada, a pretexto de determinar o interregno cronológico dentro do qual teria vida a estabilidade conferida ao julgado, precisaria, em realidade, qual o

nova acção. Nesse sentido, a expressão limites temporais do caso julgado é enganosa. Não bastam considerações de mero tempo”. (**Limites objetivos do caso julgado em processo civil**. Lisboa: Ática, 1968, p. 60).

⁹⁰³ Assim, a superveniência de circunstância que imponha, segundo a lei, o fim do dever alimentar, quando posta à análise judicial em demanda subsequente àquela que estipulou o dever de pagamento, apresentará, como diz José Orlando Rocha de Carvalho, mérito diverso. (**Alimentos e coisa julgada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 28).

⁹⁰⁴ “A situação jurídica por ela constituída (...) sofre tôdas as vicissitudes decorrentes de fatos previsíveis ou imprevisíveis, subsequentes à sua criação. No que concerne, porém, à sua eficácia processual, não está a coisa julgada material sujeita a limites temporais; esta eficácia é panprocessual no sentido de destinada a atuar em processos futuros, sem limites no tempo”. (GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. In: _____. **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 27).

⁹⁰⁵ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.472.

⁹⁰⁶ Por aí se compreende, então, que os limites ou a eficácia temporal que se afirma condicionar a coisa julgada se atrela, em realidade, à sentença. Essa, diz Remo Caponi: “Il primo porta a individuare il momento del tempo nel qual la sentenza comincia a produrre i suoi effetti e la loro stabilità. Il secondo concerne l’incidenza dell’efficacia della sentenza passata in giudicato nel tempo delle situazioni sostanziali oggetto del giudizio”. (**L’efficacia del giudicato civile nel tempo**. Milano: Giuffrè, 1991, p. 3).

material fático, na sucessão natural do tempo, que estaria abrangido na causa de pedir ou no pedido articulados em juízo.⁹⁰⁷

A ponderação desta questão chama à análise não só a realidade temporal havida no processo, mas o período de tempo que antecedeu ao ingresso da demanda, e, principalmente, o termo “a quo” a partir do qual não é lícito às partes, absolutamente, inovar no processo.⁹⁰⁸

Bem se vê, daí, que a questão assume relevância na fixação dos limites objetivos da coisa julgada,⁹⁰⁹ e é um equívoco supor, como imagina parte da doutrina, que esse problema destine importância e interesse apenas às demandas e sentenças que envolvam relação jurídica de trato continuado,⁹¹⁰ senão que, igualmente, às relações jurídicas ditas instantâneas.⁹¹¹

⁹⁰⁷ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 87.

⁹⁰⁸ Essas três realidades temporais teriam importância capital porque, como diz João de Castro Mendes, “pretendem significar que a situação tornada indiscutível só o é com relação a certo momento (...)” (**Limites objetivos do caso julgado em processo civil**. Lisboa: Ática, 1968, p. 59).

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 61.

⁹¹⁰ Segundo Liebman: “(...) é certo, primeiramente, que a possibilidade da acenada mudança se verifica só para as sentenças dispositivas que se referem a uma relação continuativa, cujos elementos sejam por sua natureza variáveis; em segundo lugar, é certo, igualmente, que também para elas a coisa julgada se forma como para todas as outras sentenças e vale enquanto permaneçam inalteradas as condições da relação, só se tornando possível uma mudança quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinaram a decisão”. Essa primeira premissa articulada pelo mestre italiano não parece coadunar com passagem que, logo na sequência, encadeia: “Mas será verdade que isso signifique uma atenuação dos princípios da coisa julgada? A mim me parece que não. De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, quanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenha em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emancipação da sentença”. (**Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 27). Parece-nos, com o devido respeito, haver aí um equívoco elementar: se é correto o entendimento de que toda a sentença, de fato, está sujeita à cláusula *rebus sic stantibus* – porque tal implica reconhecer que a sucessão dos fatos pode mesmo tornar a sentença supérflua à regência de uma relação jurídica que no futuro possa vir a desaparecer – tal não ocorre em relação à coisa julgada. Ao cristalizar a regulamentação daquela mesma relação jurídica, em bases temporais e circunstanciais bem definidas, não se poderia cogitar de uma coisa julgada condicionada à circunstâncias supervenientes. Ademais, também nas sentenças atinentes à relação jurídica instantânea verificar-se-ia esse condicionamento a fatores futuros. Em uma ação de cobrança, por exemplo, a alegação de pagamento seguiria a sorte que a pauta da eventualidade ditasse no processo. Ocorrida a estabilização da demanda – claro, segundo as regras de cada ordenamento processual – essa exceção poderia ter alguma relevância se a alegação do pagamento tivesse ocorrido após o trânsito em julgado da decisão condenatória, ou, antes disso, após o último momento em que se afigurava lícito às partes deduzir fatos novos. Valendo-se desse exemplo, assevera Sergio Menchini: “Ciò vale anche per l’eccezione di pagamento, vuoi che essa sia stata sollevata nel primo processo ma respinta, vuoi che essa non sia stata proposta; più esattamente, non solo non è possibile chiedere la ripetizione dell’adempimento eseguito in ottemperanza del provvedimento passato in giudicato, in quanto ciò presupporrebbe la insussistenza del credito accertato e sarebbe, quindi, contra *autoritatem rei iudicatae*, ma non si potrà neppure ripetere, sotto forma di arricchimento, il primo pagamento, non eccetto oppure negato dal giudice, sostenendo che essa è senza causa giuridica”. (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 303).

⁹¹¹ Conceituada por Teori Albino Zavascki como aquela “(...) decorrente do fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando estiver inteiramente formado”. (**Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 99).

Independentemente disso, interessa perquirir, sob essa rubrica, a respeito da definição do marco temporal a partir do qual novos fatos não mais serão regidos pela decisão já transitada em julgado.⁹¹² O que parte da doutrina supõe tratar-se, portanto, de limites temporais da coisa julgada, revelaria em verdade um problema diverso, vale dizer, a dúvida a respeito de um critério seguro e hígido a determinar o momento a partir do qual a decisão passaria a contar com o selo da indiscutibilidade e, em momento posterior, o fundamento a permitir que circunstâncias supervenientes pudessem escapar à regência da coisa julgada.

Se não há maiores dúvidas a respeito do termo *a quo* da incidência da *res iudicata*, não é tão simples responder à indagação acerca do termo final de regência da sentença enquanto norma concreta que governa determinada relação jurídica. O elemento temporal que se supunha justificar a existência da coisa julgada serve como mediador desse problema. Uma vez que a regra da estabilização da demanda não é absoluta no direito brasileiro,⁹¹³ deve ser convocada, por pressuposta, uma análise dos textos encontrados nos artigos 329, 493 e 1.014, todos do CPC, que admitem alguma abertura para inovações.⁹¹⁴

Acaso o autor olvide de incluir na petição inicial algum dado que possa alterar a causa de pedir, a sua incorporação ao processo demanda, como diz o artigo 329 do CPC, a anuência do réu (inciso I), a menos que isso ocorra após o saneamento do feito, quando então nem mesmo esse consentimento terá alguma eficácia (inciso II). Deixando o autor de incluir no debate judicial essa circunstância, com a oportunidade que lhe confere a lei, não mais poderá fazê-lo em processo posterior, pois que a isso a eficácia preclusiva da coisa julgada lhe interditará.⁹¹⁵

⁹¹² OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: limites temporais e relações jurídicas de tratado continuado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 109.

⁹¹³ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.472.

⁹¹⁴ Como percebe Eduardo Talamini: “Não há dúvidas de que os fatos anteriores ao início do processo e que integram a causa de pedir serão abrangido pela coisa julgada que ali se forma. (...) Por outro lado, também é evidente que os fatos ocorridos depois do trânsito em julgado e que estejam apto a alterar a relação ou situação jurídica que foi objeto da sentença acobertada pela *res iudicata* não esbarrarão no óbice da coisa julgada. (...) As dificuldades surgem em relação aos fatos ocorridos no curso do processo, entre a litispendência e o trânsito em julgado. Devem receber o tratamento da primeira ou da segunda hipótese ora cogitadas? Ou melhor: qual a linha divisória para que se submetam a um ou outro regime? (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 88).

⁹¹⁵ Como teremos a oportunidade de explanar mais à frente, ainda que tal circunstância fosse capaz de substanciar nova causa de pedir e, portanto, nova ação. Ainda que não concorde integralmente com essa afirmação – por assumir em relação à eficácia preclusiva uma posição intermediária àquela que aqui será defendida – José Maria Rosa Tesheiner assenta com razão que “(...) não se pode, jamais, argumentar com fato superveniente, para se negar a existência de coisa julgada material. O que esta impede é que se voltem a discutir os mesmos fatos, isto é, a mesma causa de pedir”. (**Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 167).

É bom ressaltar: a possibilidade de alterar a causa de pedir a que se refere o artigo 329, com as ressalvas temporais que lá elenca, diz respeito a circunstâncias preexistentes ao ingresso da demanda. A partir daí, se alguma circunstância puder influir no julgamento do mérito, qualquer das partes poderá trazê-la a conhecimento judicial, independentemente de consentido da outra. É fácil intuir a razão: inexistindo desídia da parte que se aproveitaria da alegação, não haveria razão jurídica que lhe impedisse a oportunidade. Essa conclusão, aliás, é reforçada pela própria disposição literal do artigo, que admite ao juiz, inclusive, tomá-la de ofício.

Como atuar, no entanto, se a parte não faz incluir no debate a circunstância surgida no curso da demanda? E mais: qual seria o momento derradeiro ao exercício deste ônus, sem que entrasse em cena a força consumativa da eficácia preclusiva da coisa julgada?⁹¹⁶ Para tanto, convém prestar atenção ao que diz o artigo 1.014 do CPC. Segundo a regra que lá se encontra escrita, “as questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior”⁹¹⁷.

Da conjugação dessas disposições se extrai uma conclusão lógica e inevitável: a regra concreta estipulada na sentença levará em conta o material fático preexistente ao julgamento do recurso ordinário, que de regra é a apelação,⁹¹⁸ e regerá essa situação até que fatos supervenientes lhe modifiquem a feição ou mesmo aniquilem sua existência. Ou seja, as parte têm até o julgamento dos recursos ordinários – onde é admitida a análise fática – a oportunidade para trazer aos autos as questões fáticas supervenientes ao ingresso da demanda.

⁹¹⁶ Pois isso, não concordamos com Paulo Mendes de Oliveira quando afirma que “(...) não será em todos os casos que se terá uma cessação prospectiva da eficácia da coisa julgada a partir da alteração das circunstâncias fáticas”, ou mesmo que não “há um marco no tempo que pode ser precisado, mas apenas a definição sobre o *que* (quais fatos) a coisa julgada irá lançar seus efeitos”. (**Coisa julgada e precedente**: limites temporais e relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 112). É que a determinação a respeito do *que*, ou de *quais* fatos, a coisa julgada lançará seus efeitos, como diz ele, está inevitavelmente atrelada, como se verá adiante, a um elemento temporal dentro do processo. Assim, dizer o *que* estaria atrelado, ou até *quando* haveria esse atrelamento não corresponderia a um problema necessariamente diverso.

⁹¹⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 03/02/2018.

⁹¹⁸ Diz Araken de Assis: “Entre nós, o art. 493 permite estender o conhecimento dos fatos novos até julgamento do segundo grau. É a partir daí que os fatos preexistentes mas não alegados, debatidos e apreciados, submetem-se à eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508). Não há dúvida quando ao sentido dessas disposições: fatos sobrevivendo ao trânsito podem ser objeto do segundo processo e, com maiores razões, sucedendo no curso do processo, são levados em conta na sentença” (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1473).

Tudo que suceder a isso, estará, por definição, fora dos limites da eficácia preclusiva da coisa julgada.⁹¹⁹

A justificação do ônus de trazer ao debate judicial os fatos supervenientes, à luz das balizas do Estado Constitucional, principalmente em razão da colaboração e da feição contemporânea que se atribui ao princípio do contraditório, serão enfrentadas na parte específica em que destinada à análise da eficácia preclusiva da coisa julgada.

4.5 A COISA JULGADA SOB A PERSPECTIVA DOS SUJEITOS PROCESSUAIS

No ideário de garantir e respaldar a segurança jurídica, a coisa julgada desempenha, por certo, funções diversas,⁹²⁰ e admitir que a eficácia preclusiva auxilie neste propósito implica reconhecer como, em realidade, operam as formas pelas quais se expressa a vincularidade decorrente da *res iudicata*.

A tanto, a doutrina tem por hábito referir que a coisa julgada se mune de efeitos que, em perspectiva subjetiva, possam torná-la infensa a menoscabos. De nada valeria, realmente, justificar a autoridade da coisa julgada se os juízes dos processos subsequentes àquele em que ela se constituiu pudessem desconsiderar sua força e existência, ora como virtude impeditiva, ora como elemento vinculativo a seu próprio agir de ofício.

Alude-se, então, aos termos “função negativa” e “função positiva” para se referir a essa dupla finalidade – ou, com diz Emilio Betti, a esta *duplice portata*⁹²¹ – que será, na sequência, mais bem esquadrihada. Ver-se-á, então, que a proposta de configuração de

⁹¹⁹ Neste sentido se pronunciou Eduardo Talamini: “A norma do art. 462 [atual art. 493] define esse marco: se houver algum fato superveniente relevante para o julgamento da causa, ‘caberá ao juiz tomá-lo em consideração de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença’. Mais precisamente, o ponto processual relevante é a *conclusão para a sentença*, que é o último momento útil para a adução de fatos novos pela parte. Porém, resta ainda uma indagação: o art. 462 refere-se a ‘sentença’ exclusivamente como ato de primeiro grau de jurisdição, ou o termo abrange pronunciamentos em sede recursal que equivalham à sentença? Reconhece-se que o art. 462 aplica-se também aos recursos de caráter ordinário, cabendo também ao tribunal conhecer dos fatos supervenientes à sentença de primeiro grau. Não há dúvidas de que a fase recursal ordinária permite o reexame e consideração direta de fatos, admitindo até mesmo instrução probatória. Apenas depois disso, em sede de recurso especial e extraordinário (recursos extraordinários *lato sensu*), é que não será possível o exame de matéria fática. Portanto, são abrangidos pela coisa julgada todos os fatos ocorridos até o momento da conclusão dos autos antes da decisão da fase recursal ordinária (apelação, reexame necessário, recurso ordinário em sentido estrito) (...)”. (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 88-89). Também assim, no direito processual italiano – com as particularidades procedimentais que lá se encontram, Remo Caponi (**L’efficacia del giudicato civile nel tempo**. Milano: Giuffrè, 1991, p. 143).

⁹²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

⁹²¹ **Diritto processuale civile italiano**. Roma: Ed. Società Editrice del Foro Italiano, 1936, p. 598. Muito embora não faltasse quem negasse a existência de um, ambos, ou compreendesse tais realidades de modo absolutamente diverso, como noticia João de Castro Mendes (**Limites objetivos do caso julgado em processo civil**. Lisboa: Ática, 1968, p. 38).

eficácia preclusiva proposta neste trabalho destinará a estes efeitos ou funções uma característica que, em certa medida, se afasta da doutrina tradicional.

4.5.1 A função negativa da coisa julgada e regra do *ne bis in idem*

Por função negativa da coisa julgada tem-se compreendido a impossibilidade de rediscussão, por parte de outro ou do mesmo órgão jurisdicional, do mérito do objeto processual sobre o qual recaiu a autoridade da coisa julgada. Afirma-se, então, com razão, que a coisa julgada, neste caso, funciona como um pressuposto processual negativo.⁹²²

Ao garantir o exaurimento do debate, a função negativa da coisa julgada torna proibida a rediscussão da pretensão já julgada,⁹²³ assegurando – o que em direito normalmente se confirma – a proibição do *bis in idem*.⁹²⁴ O veto incide, inclusive, para impedir que o juiz do segundo processo conheça da matéria já apreciada e confirme, ao final, o resultado da decisão já anteriormente estabilizada, impondo-se, pois, uma censura à reiteração.

Mas dúvidas persistem, tal como se argumentou em relação à chamada limitação temporal da coisa julgada, sobre a que estaria o juiz do segundo processo vinculado a seguir e observar. Pode-se ver que o problema aqui é basicamente o mesmo, verificado por um ângulo diverso, no entanto.⁹²⁵

⁹²² TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 130.

⁹²³ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2014, p. 101.

⁹²⁴ Assim, Raquel Castillejo Manzanares. **Hecho nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 329.

⁹²⁵ Isto é, como consequência da estipulação dos limites objetivos da coisa julgada, como reconhece Ovídio A. Baptista da Silva (**Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 496). Essa passagem da obra de José Ignácio Botelho de Mesquita, em si correta, bem exprime a dúvida: “O novo juiz está vinculado ao elemento declaratório da sentença precedente dada entre as mesmas partes apenas enquanto se mantiver inalterada entre elas a situação que deu causa àquela sentença. Alterada essa situação por força de ato jurídico posterior (negócio jurídico, ato administrativo ou sentença), qualquer novo litígio entre as mesmas partes já se baseará na nova situação substancial e terá que ser decidido em conformidade com ela. A sentença, como diz o CPC, só tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (**A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17). E, mais adiante, complementa o pensamento com passagem com a qual não concordamos: “O alcance negativo se expressa na proibição dirigida a todo e qualquer juiz de julgar pelo mérito uma ação idêntica a outra ‘já decidida por sentença de que não caiba recurso. Consideram-se idênticas as ações que tenham ‘as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Esse alcance negativo confere ao réu do segundo processo a exceção de coisa julgada, fundada na imutabilidade da sentença de que já não caiba mais recurso algum”. (ibid., p. 67). É compreensível que o processualista paulista entenda dessa forma o fenômeno, considerando-se a ideia restrita que destina à eficácia preclusiva da coisa, como se verá mais à frente. Para nós, entretanto, ao contrário do que sustenta Botelho de Mesquita, a proteção conferida à coisa julgada não advém exclusivamente da fixação de seus limites objetivos, ao menos enquanto tais. Como destaca Araken de Assis, “(...) a couraça com a qual a autoridade da coisa julgada reveste o vencedor, segundo os limites objetivos, apresenta um ponto frágil”. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1457). Deste modo, a eficácia preclusiva da coisa julgada, ao ampliar de certa maneira a área

É perceptível que a maioria da doutrina confere à função negativa da coisa julgada um espectro similar e diretamente proporcional à noção que reputa correta a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada, vale dizer, como categoria que se destina a imunizar a mesma ação de direito material sobre a qual se debruçou a sentença.⁹²⁶

Se à coisa julgada presta reverência a segurança jurídica – em patamar tal que no Estado Constitucional é erigida à condição de direito fundamental –, deve ser reconhecido um déficit de proteção, uma nódoa de proteção insuficiente, quando a função negativa não imuniza de riscos a tentativa de fustigação do resultado prático obtido no processo onde se estabeleceu a coisa julgada.⁹²⁷

Deste modo, não é adequado imaginar que a função negativa da coisa julgada cuide de imunizar contra ataques futuros a regra concreta deduzida na sentença à luz apenas do objeto litigioso anteriormente julgado, tomando-se por referência seus três elementos – partes, causa de pedir e pedido.

Para os objetivos deste trabalho – voltados à articulação de um modelo amplo de eficácia preclusiva da coisa julgada que toma em consideração a conformação do objetivo litigioso do processo em torno do pedido – não faria sentido argumentar que a função negativa, como vínculo obrigatório aos juízes dos processos subsequentes, pudesse ficar resumida às questões que foram debatidas no processo originário.⁹²⁸

de abrangência conferida à regra concreta estabelecida na sentença, projetaria proteção ao vencedor para além das questões efetivamente apreciadas e decididas. De qualquer forma, a esse tema retornaremos em momento apropriado.

⁹²⁶ Além de Botelho de Mesquita, também Antônio do Passo Cabral aderiu a esse pensamento: “A função negativa da coisa julgada é muito aproximada do princípio mais amplo do *ne bis in idem*, impondo uma vedação de outro julgamento sobre o mesmo tema”. (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 101).

⁹²⁷ Daí a lição sempre atual de Ovídio A. Baptista da Silva: “Se porventura, qualquer das partes pretende valer-se de um novo processo para discutir outra vez aquilo que já fora declarado pela primeira sentença, o outro litigante poderá, se antes o próprio juiz já não o tiver feito, arguir a *exceptio rei iudicatae*, cuja função é impedir o novo julgamento sobre aquilo que já decidido e coberto pela coisa julgada. A essa virtude puramente impeditiva de outro julgamento diferente, ou mesmo de sentido idêntico ao primeiro, denomina-se *efeito negativo* da coisa julgada”. (**Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 494). Em outra passagem, já agora relacionada aos limites objetivos da coisa julgada, o processualista gaúcho explicita a maneira como o vínculo decorrente da coisa julgada afeta os juízes dos processos subsequentes: “(...) sempre que se pretenda invalidar ou reduzir o resultado do primeiro processo, protegido pela coisa julgada material, procurando obter-se de outro juiz uma declaração discrepante, mediante a utilização de alguma questão não controvertida na primeira causa, mas que lhe fosse pertinente, a própria motivação da sentença da sentença se tornará imutável, com elemento protetor da coisa julgada (...)”. (ibid., p. 512).

⁹²⁸ É por isso que, em função da eficácia negativa da coisa julgada, a declaração contida na sentença transitada em julgado não fica livre apenas de incursões que tomem em consideração o mesmo objetivo litigioso do processo já apreciado, senão que também de outros tantos que dariam ensejo, não fosse a existência da *res iudicata*, a ações autônomas. Segundo destaca, neste sentido, Mário Vellane, “(...) cuando una parte vinculada por la cosa juzgada proponga igualmente tal demanda en un posterior proceso, impone al juez declararle improponible (o por los motivos antes indicados de ajustarse cuando sea llamado en cambio a pronunciarse

Compreende-se, assim, que no exato momento da formação da coisa julgada o vínculo que se estende aos juízes dos processos sucessivos, para que não ofendam a norma concreta estabelecida na sentença transitada em julgado, representa a soma de forças e garantias que se obtém da estipulação dos limites objetivos da coisa julgada – obtidos pela decisão havida em torno das questões decididas (art. 503) – e da eficácia preclusiva da coisa julgada.⁹²⁹ Fora disso, a garantia constitucional da segurança jurídica traduzir-se-ia em autêntica perfídia.

4.5.2 A coisa julgada e sua função positiva: possibilidades, limites e condições

Coisa bastante diversa se passa com a chamada “função positiva” da coisa julgada. O vínculo de obediência que se estabelece entre a decisão já transita em julgado e os juízes dos processos sucessivos é distinto, porque relacionado não mais a uma abstenção que se deve acatar, mas a um agir integrativo que deve, de forma obrigatória, acomodá-la logicamente no desate de pretensões na qual ela, declaração pretérita, seja condicionante.

Bem compreendida assim as coisas, é preciso que se ressalte que essa função integrativa de natureza lógica tem por objeto a sentença, já compreendida como norma concreta dotada de estabilidade. A coisa julgada, pois, nada mais seria que o vínculo a admitir e, mais que isso, a justificar essa relação de condicionalidade.⁹³⁰ É dizer: por conta da existência da coisa julgada, deverão os juízes dos processos subsequentes, necessariamente, levar em conta determinada regra jurídica concreta que condiciona a existência – sempre *in assertionis*, evidentemente – de outra relação ou situação jurídica que se pretende ver reconhecida.

sobre relaciones dependientes de la decidida). Esta denominada función negativa de la cosa juzgada, que por lo demás también en otros ordenamientos jurídicos domina el proceso civil, opera, pues, e nuestro derecho positivo haciendo improponible, entre los sujetos para los cuales el fallo se impone como dato indiscutible, toda acción tendiente a obtener una ulterior declaración de certeza de la misma relación, y no solamente improponible la misma acción hecha valer en el anterior juicio” (**Naturaleza de la cosa juzgada**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1963, p. 160).

⁹²⁹ Estamos em acordo parcial com Araken de Assis quando assevera: “O propósito manifesto da eficácia preclusiva consiste em aumentar a proteção conferida à regra jurídica concreta formulada na sentença (...) Ora, a eficácia (ou função) negativa da coisa julgada, ou veto à discussão e julgamento da repetição do autor, em primeiro lugar revela-se insuficiente para garantir a segurança jurídica do réu vitorioso. Pouco ou quase nenhuma utilidade ostentaria a coisa julgada, estabilizando a regra jurídica concreta formulada pela autoridade judiciária em benefício da paz social, limitando-se a obstar a reprodução de demanda idêntica em processo ulterior (art. 337, § 4.º)”. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.459).

⁹³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 495.

Segundo noticia Antônio do Passo Cabral, o reconhecimento da função positiva da coisa julgada é atribuído a Keller, que estudando a *litisconstestatio* do Direito Romano, vinculou-a à ideia de consunção da *actio*.⁹³¹ Segundo expõe o processualista fluminense, considerando-se o formato do processo romano e a compreensão bastante rudimentar a respeito da coisa julgada enquanto qualidade, seria possível afirmar que tal efeito positivo decorria muito mais do *deducere in iudicium*, do que propriamente da coisa julgada.⁹³²

Seja como for, é indiscutível que o discernimento contemporâneo que rodeia a função positiva da coisa julgada se afastou substancialmente daquele vetusto modelo,⁹³³ já em si insuficiente a explicar o fenômeno que ora interessa elucidar. É possível dizer, com segurança, que em obediência a seus desígnios, está o juiz do segundo processo jungido a julgar o mérito da causa tomando por premissa normativa a sentença já transitada em julgado havida no processo anterior.⁹³⁴

Em outros termos, a aplicação deste mecanismo não prescinde de que a causa de pedir da segunda demanda convoque à análise alguma questão que deva ser analisada e resolvida no processo de forma incidental, mas que na primeira ação restou apreciada como matéria principal pela sentença precedente.⁹³⁵

Vale a advertência: não sendo postulada a confirmação da declaração pretérita – o que a função negativa da coisa julgada impediria, até mesmo, como se viu, para confirmar a declaração anterior –, a questão *incidenter tantum* não integrará os limites objetivos da coisa julgada a ser formada no segundo processo, tampouco agora pela regra ampliativa disposta no artigo 503, § 1º, do CPC.⁹³⁶

⁹³¹ **Coisa julgada e preclusões dinâmicas:** entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 102-103.

⁹³² Ibid., loc. cit.

⁹³³ CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 245.

⁹³⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 67. Exemplo elucidativo pode ser extraída da obra de José Carlos Barbosa Moreira: “Suponhamos que, por sentença declaratória transitada em julgado, haja sido reconhecida a existência de servidão sobre o prédio de Tício, em favor do prédio de Caio; se mais tarde Caio demanda perdas e danos por descumprimento do ônus, e Tício volta a alegar a inexistência da servidão, semelhante defesa, de índole prejudicial, não pode ser acolhida pelo juiz, qualquer que seja, a respeito, a convicção formada em seu espírito, sob pena de nega-se a Caio um ‘bem da vida’ cuja atribuição ao autor já recebera o selo da intangibilidade. Nada impedirá, é óbvio, que se julgue improcedente a demanda, por outro motivo, não por esse”. (**Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 64).

⁹³⁵ RECCHIONI, Stefano. **Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinária**. Padova: Cedam, 1999, p. 129-147.

⁹³⁶ A razão aqui é mais que evidente: pretendendo o novo Código, com a resolução da questão prejudicial, ampliar o aspecto dos limites objetivos da coisa julgada, não haveria razão de assim proceder quando tal questão prejudicial já contasse, previamente, com o selo da indiscutibilidade e imutabilidade próprio da coisa julgada. De qualquer sorte, não se pode deixar de reparar um paradoxo no pensamento de quem, negando à eficácia preclusiva da coisa julgada a aptidão para consumir causas de pedir diversa daquela utilizada no processo onde

Deste modo, a regra concreta formada no processo anterior – articulada em resposta à demanda formulada pelo originário demandante, e apreciada agora como questão prejudicial no segundo processo – “passa a ser considerada vinculante não só naquele processo mas em outros processos posteriores, quando nestes venham a ser alegada uma questão prejudicial já decidida, com força de coisa julgada, no processo anterior”⁹³⁷.

É possível perceber – e isso será mais bem avaliado em momento oportuno – que a natureza vinculante que se alega imanente, por conta da função positiva da coisa julgada, à decisão transitada em julgada como questão prejudicial, converge a uma aceitação – implícita e inconsciente, evidentemente – a respeito de uma dimensão dilatada acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada. Do contrário não haveria razão, como se disse, para duvidar possível a rediscussão desta matéria no processo subsequente, quando invocada causa de pedir diversa daquela que substanciara a demanda em que estipulada a regra concreta.

Esse problema será enfrentado com mais propriedade, reitere-se uma vez mais, no momento em que debatida a conformação da eficácia preclusiva da coisa julgada no atual cenário normativo nacional.

4.6 AS RELAÇÕES – NEM SEMPRE AMISTOSAS – ENTRE COISA JULGADA E PRECLUSÃO

De uma maneira geral, não só verificável na esfera do processo, o ordenamento confere estabilidade às diversas espécies de atos jurídicos que, nada obstante, podem apresentar graus diversos de intensidade e valor, consoante a disposição axiológica que este mesmo sistema repute adequado e pertinente. A Constituição Federal e as leis correlatas às disposições pertinentes destinam, compreensivamente, tratamento diverso à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, por exemplo. Não seria o caso de investigar, ontologicamente, a razão desse discrimine, porque pressuposta às finalidades e às particularidade que cada um desses institutos assumem no sistema jurídico.

formada a *res iudicata*, repute vedada a possibilidade de rediscussão da questão prejudicial quando articulada causa de pedir diversa no segundo processo.

⁹³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 103. No mesmo sentido, Adroaldo Furtado Fabrício (Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 360, mar./abr. 2002, p. 145).

No campo do processo, entretanto, parte significativa da doutrina – não só estrangeira⁹³⁸ – tem defendido a adoção de uma disciplina comum em torno dos mecanismos de estabilização das posições e atos jurisdicionais. Alude-se, por exemplo, não haver razão justificável a admitir que não se proteja sob o mesmo teto dogmático considerações comuns a respeito das preclusões e da coisa julgada.⁹³⁹

Pode-se argumentar que o veto implícito a essa congregação metodológica advém, em grande medida, da percepção clara de que as forças imunizadoras conferidas pelo sistema processual levam em consideração os diferentes atos processuais,⁹⁴⁰ ou, ao contrário, quando coincidentes em um só, nem sempre um real grau de estabilidade é similarmente equivalente.⁹⁴¹

Se, como diz Chiovenda, a coisa julgada contém uma preclusão, e o método preclusivo é ínsito à sua aplicação,⁹⁴² indaga-se o porquê de tão profunda separação.⁹⁴³ De outro canto,

⁹³⁸ Muito embora não se possa olvidar da vedação sempre arduamente defendida por autores como Virgilio Andriolli (Preclusione (diritto processuale civile). In: **Novíssimo digesto italiano**, Napoli: Utet, 1966, p. 567-570) e Giuseppe Guarneri (Preclusione (diritto processuale penale). In: **Novíssimo digesto italiano**, Napoli: Utet, 1966, p. 567-570), na propalada necessidade de separação dos institutos para o resguardo do componente científico.

⁹³⁹ Recorde-se, neste sentido, a crítica ácida promovida por Aldo Atardi ao conceito de preclusão desenvolvido por Chiovenda, em particular quanto à tentativa de isolá-la de outros institutos “Si accolga l’una o l’altra di tali opinioni e, di conseguenza, si ritenga che la cosa giudicata (materiale) si risolva anche, se non soltanto, nel divieto di decidere nuovamente una controversia che ha costituito oggetto di una statuizione giudiziale, sempre si riduce, pur se non si annulla, la distanza che separa la preclusione dalla cosa giudicata: poichè quel divieto dipende proprio dall fatto che – decisa una controversia – si sono, rispetto ad essa, esauriti o estinti la potestà giurisdizionale da un lato, il corrispondente potere di azione dall’altro. In altre parole, sarebbe sempre il divieto di decidere la controversia che abbia già costituito oggetto di una precedente pronuncia a operare a processo ultimato, o durante il suo svolgimento e impedire che lo stesso thema decidendum diventi oggetto di una successiva decisione” (Preclusione (principio di). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 34, 1985, p. 893-894). No Direito nacional, Antônio do Passo Cabral. (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 278).

⁹⁴⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. In: **Revista de Processo**, vol. 13, n. 49, jan./mar. 1998, p. 19.

⁹⁴¹ Como pondera Cândido Rangel Dinamarco: “O mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais é representado pela *coisa julgada*, que a doutrina mais conceituada define como *imutabilidade da sentença e de seus efeitos*, com a vigorosa negação de que ela seja mais um dos efeitos da sentença (Liebman). Não há dois institutos deferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança nas relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes (sempre, Liebman)”. (Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 109, jan/mar. 2003, p. 2-18).

⁹⁴² **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 324.

⁹⁴³ Separação essa que, para Liebman, envolvia as preclusões e a coisa julgada material, uma vez que entre esta e coisa julgada formal não enxergava uma dualidade ontológica: “Esfumaçam-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 processo;

se é verdadeira a assertiva de que não existiriam preclusões fora do processo, como diz Edoardo Garbagnati,⁹⁴⁴ seria realmente viável e desejável esse agrupamento hermenêutico? A essa questão serão destinadas as linhas que seguem.

4.6.1 É realmente viável a construção de um regime normativo comum em tornos das “forças estabilizantes”?

Se a doutrina de Liebman, que reduz a um único problema a questão que envolve a coisa julgada formal e material,⁹⁴⁵ deve ser vista com severas reservas,⁹⁴⁶ é prudente assentar que a coisa julgada formal – ou “preclusão máxima”, para boa parte da doutrina – constitui-se em estabilidade que se faz sentir nos estreitos limites do processo em que proferida determinada sentença.

Sendo natural a todo o processo um marco derradeiro, a partir do qual não mais é lícito às partes pretender modificar ou rediscutir a decisão do juiz, pode-se mesmo defender que toda a sentença, ainda que prolatada em procedimento de jurisdição voluntária, ou mesmo aquela que, em ambiente contencioso, não aprecie o mérito, goza dessa relativa estabilidade.⁹⁴⁷

De seu turno, a coisa julgada material, enquanto qualidade de feição mais robusta, projeta sua força, como se viu, para além do processo em que proferida a sentença de mérito já transitada em julgado.⁹⁴⁸ Com essa advertência prévia, não faz diferença aos propósitos deste trabalho indagar a correção da teoria de Liebman sobre a unidade conceitual em torno

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”. (**Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 55-56).

⁹⁴⁴ Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo. In: **Revista de diritto processuale**, vol. 4, 1949, p. 304.

⁹⁴⁵ Também compreendido por Ugo Rocco: “Crediamo che tale distinzione sia priva di qualunque utilità e che, anzi, invece di chiarire i concetti serva a confonderli; datto in fatti, che nell’attuale sistema legislativo, la forza obbligatoria e unicamente inerente alla sentenza inoppugnabile, si potrà al massimo dire, che la inoppugnabilità della sentenza costituisce un pre-supposto formale (e non il solo) dell’autorità di cosa giudicata della sentenza” (**L’autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. Roma: Athenaeum, 1917, p. 6-7).

⁹⁴⁶ Neste sentido, conforme José Maria Rosa Tesheiner: “(...) a propósito de decisões interlocutórias, imodificáveis e indiscutíveis no processo em que forem proferidas, diz-se ocorrer preclusão, reservando-se a expressão ‘coisa julgada formal’ para as sentenças” (**Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 177).

⁹⁴⁷ Todas elas, segundo a lição de José Frederico Marques, estariam aptas a sentir os efeitos do “princípio da inalterabilidade do julgamento”. (**Manual de direito processual civil**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1974, n. 683).

⁹⁴⁸ LIEBMAN, op. cit., loc. cit.

da coisa julgada.⁹⁴⁹ Importa, isso sim, investigar as ligações existentes entre preclusão e coisa julgada, sobretudo para que se possa situar em que dimensão se assenta a eficácia preclusiva da coisa julgada.⁹⁵⁰

Se não há, pois, preclusões extraprocessuais, como justificar a eficácia preclusiva da coisa julgada? Essa realidade estaria, com tal nomenclatura, mal designada?

É preciso dizer, como faz Edoardo Garbagnati, que os propósitos da coisa julgada e da preclusão são diversos e, em certo grau, até mesmo antagônicos. Segundo este autor, a coisa julgada visa a preservar o resultado do processo, ao passo que a preclusão, no desiderato de beneficiar a hígidez da marcha processual, não teria compromissos com a segurança jurídica.⁹⁵¹ Mas não se nega, também, que entre os institutos há semelhanças inconcussas, como o traço formalístico pela busca por racionalização e, segundo alguns, também por estabilidade da atividade processual.⁹⁵²

Seria esse traço comum um autorizativo para o estudo conjunto de tais estabilidades?⁹⁵³ Impõe-se uma resposta negativa.

Ainda que não se possa aceitar a tese proposta por Miguel Teixeira de Sousa, no sentido de que a coisa julgada formal – tomada aqui como espécie específica de preclusão⁹⁵⁴ – tenha espaço onde não incide a coisa julgada material,⁹⁵⁵ porquanto tal exclusão não se afigura necessariamente impositiva, é inegável a articulação em torno de cada uma de traços autônomo e escopos próprios. As diferenças são inúmeras e de elevado grau, o que se não impede uma aproximação metodológica,⁹⁵⁶ ao menos suscita o cuidado para que se realcem as consequências das particularidades.

⁹⁴⁹ Que, no Brasil, angariou inúmeros partidários. Neste sentido, Eduardo Talamini, para quem “(...) coisa julgada formal e coisa julgada material são duas expressões de um mesmo e único fenômeno”. (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 132). Também Antônio do Passo Cabral (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 281).

⁹⁵⁰ Isto porque não parece ser compatível, entre nós, a tese desenvolvida por Luiz Machado Guimarães, que a situa como uma decorrência ora da preclusão, a respeito das questões de fato, ora da coisa julgada forma, atinente às questões de direito, ora ainda da coisa julgada material, como uma contingência aos processos sucessivos. (Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. In: _____. **Estudos de Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 16).

⁹⁵¹ Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo. In: **Revista de diritto processuale**, vol. 4, 1949, p. 305.

⁹⁵² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 53.

⁹⁵³ A essa pergunta responde positivamente Antônio do Passo Cabral. (op. cit., p. 280).

⁹⁵⁴ BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. In: **Revista Forense**, vol. 158, mar./abr. 1955, p. 62.

⁹⁵⁵ O objeto da sentença e o caso julgado material: estudo sobre a funcionalidade processual. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 292, out./dez. 1985, p. 165.

⁹⁵⁶ Como refere Sônia Calaza López, à compreensão de coisa julgada formal estaria atrelada, com muito mais intensidade, uma compreensão em torno da ausência de mecanismos de alteração da decisão judicial, ou como ela alude literalmente, à ideia de irrecorribilidade. (**La cosa juzgada**. Madrid: La Ley, 2009, p. 34).

Deve-se perquirir – também como premissa de resposta à indagação a respeito do tratamento comum das forças estabilizantes – sobre a potencialidade extraprocessual da preclusão. Seria realmente correto argumentar que só a coisa julgada material teria essa aptidão consuntiva que se projeta para além do processo em que proferida a sentença indiscutível?⁹⁵⁷

Se na doutrina estrangeira já se ensaia, com bastante desenvoltura, uma teoria que admite assumir a preclusão uma eficácia extraprocessual,⁹⁵⁸ por aqui ainda viceja uma compreensão majoritariamente contrária.⁹⁵⁹

Se isso constitui uma nova potencialidade à preclusão, ou, ao contrário, uma redefinição do conceito de coisa julgada material, é coisa que aqui não interessa investigar.⁹⁶⁰ O ponto que realmente suscita alguma atenção respeita à indagação acerca da suposta aptidão da eficácia preclusiva da coisa julgada de encampar efeitos materiais de natureza extraprocessuais.

⁹⁵⁷ Conforme assevera Liebman, as decisões interlocutórias e as sentenças que não apreciam o mérito só teriam força obstativa internamente ao processo em que proferidas (Decisão e coisa julgada. In: **Revista Forense**, ano 54, n. 523, jan. 1947, p. 330-331).

⁹⁵⁸ Sobre isso, conferir as informações de Remo Caponi, em particular sobre o moderno processo civil italiano (Rimessione in termine nel processo civile. In: **Digesto delle discipline privastiche**: sezione civile. Torino: Utet, 2010, p. 6-8). A contribuição mais incisiva neste ponto parece ter partido Giovanni Tesoriere. Segundo o jurista, que não desconsiderou o conceito de preclusão, algo similar à força da coisa julgada material deveria ocorrer com as decisões preparatórias: “Occorre innanzi tutto tener conto dei casi di preclusione assoluta o definitiva, rispetto ai quali la pro- posizione o riproposizione dell’atto precluso risulta abbastanza difficile se no addirittura impossibile. Negli altri casi, l’effetto endoprocessuale può dirsi prevalente, ma non esclusivo, perché, stante l’intima compene- trazione tra rapporto sostanziale e rapporto processuale, alla quale si è già accennato, non può ritenersi che una situazione processuale, come quella che si viene a determinare in base alla preclusione, sia del tutto in- differente sul piano sostanziale” (**Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile**. Padova: Cedam, 1983, p. 67-72 e 89-90).

⁹⁵⁹ O enfrentamento dessa complexa questão perpassa, como se viu anteriormente, pela determinação do que, em verdade, se compreende como o mérito da causa. Suscita-se, deste modo, uma segunda dúvida: teria realmente a preclusão essa força sobressalente, ou, ao contrário, estaria a coisa julgada material subordinada a uma equivocada compreensão de mérito? Sem que nos aventuremos na tarefa de responder a isso, estamos concordes, em linhas gerais, com Antônio do Passo Cabral quando assenta: “Entendemos ser equivocada esta apreensão do fenômeno das estabilidades. Com todas as vênias, trata-se de uma afirmação que tem como consequência prática a diminuição ou desconsideração de quaisquer outras modalidades de estabilidade com efeitos extraprocessuais. E não é correto pensar que, de todos os atos do processo, somente a sentença de mérito produziria efeitos fora do processo. Estes efeitos são visualizados em muitos outros atos processuais, praticados tanto pelas partes quanto pelo juiz. Talvez realmente nem todos os atos processuais produzam efeitos *materiais* (constituição ou modificação de posições jurídicas substanciais) fora do processo; os atos estimulantes certamente não os produzem. Mas muitos atos determinantes produzem efeitos extraprocessuais e, alguns deles, mesmo não sendo sentenças, produzem efeitos inclusive de natureza material. Portanto, na visão tradicional, pelo tão fato de não serem sentenças de mérito, teríamos que concluir que os demais atos processuais determinantes podem ser alterados e repetidos ao bel prazer dos litigantes? Não deveriam, ao contrário, alcançar algum grau de estabilidade?” (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 283-284).

⁹⁶⁰ Cabendo recordar que, na doutrina estrangeira, levantam-se vozes de peso clamando pela remodelação da coisa julgada, a fim de que alcance outras paragens, como por exemplo as decisões estritamente processuais. Neste sentido, Jordi Nieva Fenoll. (**La cosa juzgada**: el fin de un mito. Problemas actuales del proceso iberoamericano. Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación Provincial, 2006, p. 434).

A partir daí ter-se-á subsídios mínimos para se argumentar pela inclusão da eficácia preclusiva da coisa julgada em uma ou outra categoria de força estabilizante, com as aptidões e limitações que são naturais a cada uma delas.

4.6.2 Em que categoria estabilizante pode ser situada a eficácia preclusiva da coisa julgada?

No item anterior, ficou estabelecida, de forma pressuposta, a ideia de que as estabilidades no processo ficam restritas, *grosso modo*, a duas figuras inconfundíveis: a preclusão e a coisa julgada, advertindo-se de que a coisa julgada formal assume uma feição particular de preclusão. Daí, então, a dúvida que lá se lançou de se saber onde, de fato, aloca-se a eficácia preclusiva. Diante das dissimilaridades que se veem entre tais institutos, a inclusão em uma ou outra categoria significaria, como é óbvio supor, sujeitá-la ao regime correspondente.

De plano, uma primeira visão – que não toma em relevo, por certo, a diferença entre preclusão e coisa julgada formal –, vincula-a a esta última.⁹⁶¹ Não parece correta, contudo, esta interpretação. Antônio do Passo Cabral critica tal posicionamento, asseverando que quem assim procede olvida que a preclusão encontra abrigo nos lindes do processo.⁹⁶²

E vai além: sustenta que quem a associa à coisa julgada material, acaba por dissociá-la do objeto litigioso do processo (*Streitgegenstand*), uma vez que impõe uma vedação de discussão a respeito de conteúdos que não constavam do processo anterior. Além disso, aduz que, conformada segundo esse modelo, a eficácia preclusiva da coisa julgada fugiria à limitação objetiva do processo, porque interditar a utilização de alegações e defesas incompatíveis com a coisa julgada anterior exigiria uma análise não apenas do *decisum*, como

⁹⁶¹ Como salientado acima, Luiz Machado Guimarães veicula a eficácia preclusiva da coisa julgada à coisa julgada formal no que toca, exclusivamente, às questões de direito. (Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: _____. **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 16).

⁹⁶² É curioso perceber, no entanto, que o processualista fluminense não leva em consideração esse mesmo óbice quando situa a eficácia preclusiva da coisa julgada no âmbito da preclusão: “(...) quem justifica a eficácia preclusiva na coisa julgada formal esquece que a preclusão deveria ser limitada ao interno do processo. Essas inconsistências podem ser visualizadas porque, bem analisada, a eficácia preclusiva realmente é algo estranho ao sistema tradicional da coisa julgada, e talvez por isso seja mal estudada e mal aplicada. Trata-se de uma *preclusão extraprocessual decorrente de omissões*, o que, se pensarmos nas características tradicionais da preclusão na doutrina clássica (p, ex., limitada pela litispendência), reflete uma *contradictio in terminis*” (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 161). A nós parece evidente um fato: ou bem a preclusão assume contornos mais amplos, a ponto, por exemplo, de imunizar situações para além do processo – como o próprio processualista reconhece possível – ou não se justifica a crítica de que a eficácia preclusiva da coisa julgada não estaria vinculada à coisa julgada formal por estar limitada ao interno do processo.

também dos motivos da decisão.⁹⁶³ E isso apenas seria compatível com um sistema simpático à individualização.

Por fim, embora admita reconhecer que as omissões gerem vínculos preclusivos – particularmente na moldura atual do contraditório –, seria curial para isso que as omissões fossem caracterizadas como fruto de atividades programadas, isto é, “que a inação da parte em apresentar certas alegações” revelasse “uma opção consciente”.⁹⁶⁴

Em que pese a autoridade do processualista, a crítica não é procedente.

Do último ponto levantado, que em linhas gerais é adequado,⁹⁶⁵ encarregar-se-ão de trata os últimos tópicos deste trabalho. No que importa, cumpre assinalar, como diz Araken de Assis, que “a razão assiste a quem não separa a eficácia preclusiva do contexto geral da coisa julgada”⁹⁶⁶.

O óbice a que a eficácia preclusiva possa alcançar conteúdos que não foram abordados no primeiro processo é justamente o que aqui se procura questionar. O pensamento divergente assenta-se na ideia de que a “preclusão expansiva do julgado”⁹⁶⁷ há de se limitar à causa de pedir articulada na petição inicial, o que reflete, bem vistas as coisas, uma manifestação um pouco diversa da compreensão equivocada de Schwab, segundo a qual o objetivo litigioso do processo constitui-se em realidade infensa à atividade criacionista do legislador.⁹⁶⁸

Linhas atrás foi visto como, no caso da experiência processual brasileira, é equivocada essa orientação, sobretudo pela demonstração de que não há impedimentos à admissão de duas espécies de objetos litigiosos do processo, uma delas destinada à generalidade do sistema, particularmente à litispendência, e outra voltada à eficácia preclusiva que, no desiderato de consumir causas de pedir não articuladas, focaria atenção exclusivamente no pedido.

Posta nestes termos a questão, verifica-se a irreabilidade da assertiva de que a eficácia preclusiva incorreria na inconveniência – no caso brasileiro, aliás, uma ilegalidade, por conta

⁹⁶³ **Coisa julgada e preclusões dinâmicas:** entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 161-162.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, p. 163.

⁹⁶⁵ Com a ressalva de que a “consciência” não é, necessariamente, um fator de impedimento de forças estabilizantes. Recorde-se, por exemplo, que o devedor condenado não pode, após esgotado o prazo da ação rescisória, voltar a juízo e requerer a declaração de inexistência da dívida porque, após aquele marco temporal, havia encontrado o recibo que poderia provar o pagamento realizado. Isso prova que a força dos institutos estabilizantes, em especial da coisa julgada, está assentada em um viés essencialmente político.

⁹⁶⁶ Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 35.

⁹⁶⁷ Nomenclatura que é utilizada por Sérgio Gilberto Porto para se referir à eficácia preclusiva da coisa julgada. (**Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 90).

⁹⁶⁸ **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968, p. 8.

da advertência contida no artigo 504, inciso I, do CPC – de imunizar, além do pedido, também os motivos em que se baseara a decisão. Trata-se, em verdade, de um falso problema,⁹⁶⁹ que olvida da real dimensão dos limites objetivos da coisa julgada, porque, como recorda Ovídio Baptista da Silva, “os fundamentos não transitam em julgado; a *causa petendi*, sim, como parte integrante da demanda, como refere CHIOVENDA”⁹⁷⁰.

Disso tudo, portanto, escapa à relevância cogitar que uma dimensão da eficácia preclusiva da coisa julgada como aqui imaginada encontraria terreno fértil apenas em sistemas onde vicejasse a teoria da individuação.⁹⁷¹

Convém, para que se possa arrematar com fidelidade esse pensamento, perquirir sobre a proximidade que a eficácia preclusiva da coisa julgada mantém com os limites objetivos da coisa julgada. Ver-se-á que, neste ponto, particularmente no Brasil, a importância da questão é diretamente proporcional às divergências.

4.7 LIMITES OBJETIVOS E EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

Ao chegar a este ponto do trabalho, suscita-se uma vez mais a contribuição da dogmática relativa ao objeto litigioso do processo. Aventa-se, com frequência, que entre esse instituto e os limites objetivos do processo há um estreito encadeamento lógico.⁹⁷²

Essa compreensão da questão não é incorreta, mas demanda esclarecimentos. Convém situar, assim, a corretíssima assertiva de José Maria Rosa Tesheiner de que a “*res iudicata* não

⁹⁶⁹ Como oportunamente assevera Araken de Assis, a palavra “motivos” revela-se particularmente propícia para falsear resultados” em prol de uma definição adequada a respeito dos limites objetivos da coisa julgada. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.442).

⁹⁷⁰ **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 506.

⁹⁷¹ Para Araken de Assis, por exemplo, talvez o maior defensor de uma conformação ampla de eficácia preclusiva no Brasil, não há espaço para se cogitar, no ordenamento nacional, da dispensabilidade dos fatos na tarefa de bem identificar a causa de pedir. Segundo o mestre gaúcho: “Na verdade, o fluxo contínuo dos fatos, a narrativa em seu conjunto, no que se resume, ao fim e ao cabo, o episódio da vida, somente se apreende e se define graças à definição prévia do suporte fático. Das teses examinadas, a de Schwab se mostra inconciliável, totalmente, à disciplina legal vigente no direito brasileiro, face aos termos do art. 301, § 2.º. E essa objeção calha, decerto, ao direito germânico, embora o § 253 da ZPO tenha função análoga ao art. 282, III, do Código brasileiro, que reclama a exposição, na inicial, dos fatos e fundamento jurídicos do pedido, e, portanto, atua em campo diverso da regra brasileiro, específica ao objeto litigioso”. (**Cumulação de ações**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 117).

⁹⁷² Neste sentido, afirma Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes: “É corrente na doutrina a afirmação de um estreito encadeamento lógico entre objeto do processo, objeto da sentença e limites objetivos da coisa julgada. O objeto do processo é definido pela demanda do autor, podendo ser ampliado por demanda do réu ou de terceiro que apresente intervenção”. (**Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13). Essa assertiva reflete, em boa medida, o pensamento de Sérgio Menchini: “Loggeto del giudicato corresponde al contenuto della pronuncia questo, a sua volta, all’oggetto della controversia”. (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 9).

pode ser maior do que a “*res iudicanda*”⁹⁷³. Uma vez que os limites objetivos da coisa julgada, à luz do pedido formulado, se circunscrevem às questões decididas, indo até aí a sua autoridade,⁹⁷⁴ seria mesmo um grande equívoco imaginar que a *res iudicata* pudesse suplantar os limites do pedido formulado, ou que “o julgamento pudesse “exceder ou abstrair a *causa petendi*”⁹⁷⁵.

Daí que, conforme assevera Darci Guimarães Ribeiro, em ligação direta aos limites objetivos da coisa julgada, o objeto litigioso do processo, nesta perspectiva, equivale, nesta perspectiva, à conjugação do pedido com a causa de pedir.⁹⁷⁶ Afinal de contas, o juiz deverá, segundo regra já tradicional no direito brasileiro, julgar o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado o conhecimento de questões não submetidas ao debate judicial (artigo 141 do CPC), a qual, em razão da simbiose mencionada, vincula-se àquela outra descrita no artigo 492, segundo a qual “é vedado ao juiz proferir decisão diversa da pedida”^{977 978}.

Se a eficácia preclusiva da coisa julgada constitui-se em um reforço à autoridade da *res iudicata*, como compreender seu papel em relação aos limites objetivos? Poder-se-ia, pois, cogitar-se de um alargamento? Mais ainda: haveria espaço no seio dos limites objetivos para as questões efetivamente decididas? E quanto às ditas questões “implicitamente decididas”?

Essas instigantes e controversas questões, pressupostas ao equacionamento do objeto deste trabalho, serão enfrentadas nos itens seguintes.

4.7.1 A resolução de “questões”: que destino as reserva?

Para que se possa definir a relação que se estabelece entre a eficácia preclusiva da coisa julgada, tida, pois, como um reforço à proteção da regra concreta estipulada na sentença,

⁹⁷³ **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 142).

⁹⁷⁴ HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 129.

⁹⁷⁵ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.438-1.439. Isso tudo encontra correspondência no *caput* do artigo 503, do CPC, onde se lê que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decida” (BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10/02/2018).

⁹⁷⁶ Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 215, 2013, p. 82-83.

⁹⁷⁷ BRASIL, op. cit.

⁹⁷⁸ Por conta desse necessário encadeamento lógico e legal, não parece correta a assertiva de José Carlos Barbosa Moreira – também denunciada por Araken de Assis – de que a coisa julgada não poderia jamais exceder os contornos do pedido.

e os limites objetivos, é imprescindível que se defina, previamente, o modelo adotado pelo sistema quanto à pertinência da resolução de “questões”.⁹⁷⁹

Se a coisa julgada, como se viu logo acima, destina reverência aos limites do objeto litigioso existente no processo, segundo configuração a abranger o pedido e a causa de pedir, não parece adequado admitir que sua autoridade fique confinada ao primeiro elemento, como entende José Carlos Barbosa Moreira.⁹⁸⁰ Vale aqui, mais uma vez, a já citada lição de Ovídio Baptista da Silva: a causa de pedir, como parte integrante da demanda, transita em julgado.⁹⁸¹

A partir disso, fica fácil raciocinar a respeito do papel que as questões assumem em relação à regra que impõe estabilidade à norma individualizada contida na sentença. Se se pode afirmar que a res *iudicata* se vale de aptidão própria para tornar essa norma concreta indiscutível, e, por consequência, imutável, o texto do artigo 505, *caput*, do CPC, dá uma boa direção em que sentido seguir. Lá se lê que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativamente à mesma lide”⁹⁸². É necessário situar-se que a expressão “lide”, nesta passagem, para que se possa ser coerente, deve equivaler à noção de objeto litigioso.⁹⁸³

Assentadas essas premissas, abrem-se horizontes mais limpos para que se possa reduzir imprecisões quanto à disposição não tão explícita contida no artigo 503, *caput*, do CPC.

⁹⁷⁹ A razão disso é singela e coincidente com a advertência de João de Castro Mendes, segundo a qual a amplitude conferida à coisa julgada varia segundo a possibilidade ou não de se admitir, no âmbito intransponível, apenas as questões efetivamente debatidas e decididas. (**Limites objetivos do caso julgado em processo civil**. Lisboa: Ática, 1968, p. 188).

⁹⁸⁰ Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: _____. **Temas de direito processual**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 91. Como diz Araken de Assis, “(...) por óbvio, a autoridade da coisa julgada não excederá ao pedido – do contrário, a resolução sentencial mostrar-se-á inválida, porque *extra petita*. Porém, o julgamento não poderá, igualmente, exceder ou abstrair a causa petendi (...)”. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.438-1.439).

⁹⁸¹ **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 506. Em parcial sintonia com essa assertiva, cogita Ada Pellegrini Grinover que “(...) embora a autoridade da coisa julgada se limite ao dispositivo da sentença, esse comando pode e deve ser entendido – tanto mais quando exista alguma margem para dúvida – à luz das considerações feitas na motivação, ou seja, na apreciação das questões surgidas e resolvidas no processo. Assim, *da mesma forma que, para a mais perfeita determinação do objeto do processo, se conjuga o pedido à causa de pedir, para determinação do objeto do julgamento – e da coisa julgada que sobre ele se forma – conjuga-se o mesmo aos motivos da decisão*”. (Coisa julgada: considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, vol. 3, n. 16, mar./abr. 2002, p. 27). No geral, estamos de acordo com a lição da eminente professora, ressaltando-se que, para nós, os motivos da decisão não se equiparam à “apreciação das questões”, senão aos elementos de fato e de Direito que inspiraram o juiz a julgá-las.

⁹⁸² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10/02/2018.

⁹⁸³ ASSIS, op. cit., p. 1.442.

Lá se afirma que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”⁹⁸⁴. O §1º deste artigo, reduzindo em muito a utilização atual da ação declaratória incidental, admite agora a inclusão da questão incidental, observadas as condições que elenca nos seus incisos, no regime jurídico do *caput*.⁹⁸⁵ Esses indicativos, portanto, não abrem margem a dúvidas quanto à inclusão das questões decididas – ou, melhor dizendo, da resolução dessas questões – nos limites objetivos da coisa julgada.⁹⁸⁶

⁹⁸⁴ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10/02/2018.

⁹⁸⁵ No direito processual italiano, o *articolo 34* do *Codice de Procedura civile* ainda se mantém fiel a uma concepção restritiva dos limites objetivos em relação às questões prejudiciais, que são apreciadas pelo juiz apenas *incidenter tantum*. Todavia, como ressalta Francesca Locatelli, essa questão pode assumir a identidade de “causa prejudicial” – e, como tal, ser abrangida pelos limites objetivos da coisa julgada – se veiculada por ação incidental, ou, independentemente disso, ainda por imposição da lei, como nas hipóteses jurídicas envolvendo *status* de pessoa. (**L’ accertamento incidentale ex lege**: profili. Milano: Giuffrè, 2008, p. 86). A despeito disso, parcela significativa da doutrina italiana compreende possível, sob determinadas condições, a extensão da coisa julgada também às questões prejudiciais. Neste sentido, Giovanni Pugliese: “Se invece il giudice era competente e le parti legittimate, bisognerà distinguere, considerando gli elementi e le caratteristiche dei singoli casi, se egli ha deciso la questione pregiudiziale incidenter tantum (e quindi sommariamente) o se ne há avuto piena conoscenza. Per escludere una decisione incidenter tantum (...) basta che dal contegno processuale delle parti, dal modo in cui esse hanno prospettato e analizzato la questione, dallo sviluppo dato alla sua trattazione, dall’ eventuale assunzione di prove, nonché dal tenore della sentenza risulti che la questione è stata dibattuta e risolta con la serietà e il ragionevole approfondimento delle normali decisioni giurisprudenziali, e non in modo sommario e marginale”. (Giudicato civile: storia e diritto vigente. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 18, 1968, p. 25). Em sentido similar, Michele Taruffo (“Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 27, n. 2, 1972, p. 286).

⁹⁸⁶ Tese que Barbosa Moreira, no entanto, rejeitou fervorosamente. Ao cuidar do regime das questões omitidas relativas à eficácia preclusiva da coisa julgada, que segundo ele – à semelhança do que sucede com a questão principal – não se compreendiam nos lindes dos limites objetivos, o processualista dirigiu dura crítica à compreensão expansiva de eficácia preclusiva. Disse ele: “O ‘como se’ faz ressaltar desde logo que se trata, no fundo, de uma ficção – e, ousamos acrescentar sem demora, de uma ficção tão supérflua quanto inconveniente. Supérflua porque, como se exporá adiante, ao fenômeno pode dar-se, em sede dogmática, outra explicação mais própria. Inconveniente porque, se se fala de ‘julgamento implícito’ a propósito de questões não apreciadas, corre-se o risco de dar a entender que a solução de tais questões ficaria sujeita, em si mesma, à autoridade da coisa julgada, e portanto imune a nova discussão ainda em processo distinto, no qual, embora entre as mesmas partes, se tenha de compor outra lide. Na verdade, nem mesmo as questões expressamente resolvidas pelo órgão judicial como etapas lógicas do raciocínio conducente à solução do litígio se incluem na área coberta pela “*auctoritas rei iudicatae*”. A proposição é evidente no que tange às puras questões de fato e às puras questões de direito, cuja solução jamais seria apta a produzir coisa julgada. ainda, porém, quando o juiz aplica direito a fato, para afirmar ou negar a existência da relação jurídica ou ‘status’ de que logicamente depende o teor do pronunciamento sobre a lide, a questão assim resolvida – dita prejudicial – sendo estranha ao âmbito do pedido, e por conseguinte ao objeto do processo, permanece, como todos os motivos da decisão, fora dos limites objetivos da ‘*res iudicata*’. Ora, se assim é no tocante às questões (distintas da principal) efetivamente apreciadas, por mais forte razão é também assim no que concerne àquelas outras de que o órgão judicial nem sequer chegou a conhecer – relevantes que fossem, caso suscitadas pelas partes ou enfrentadas de ofício, para o julgamento da causa”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=>

Tais disposições, que em conjunto convergem à conclusão acima, põem-se em intencional contraste aos vetos previstos nos incisos do artigo 504 do CPC. A intenção não é sem propósito. Quis o Código, seguindo tradição prestigiada no diploma anterior, ressaltar categoricamente que não fazem coisa julgada (I) os motivos que determinaram o alcance da parte dispositiva da sentença,⁹⁸⁷ e (II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.⁹⁸⁸

Disso se extrai uma outra premissa: a verificação de um componente autônomo no conceito de “questão”, que de modo algum pode ser equivalente ao de “motivo” ou de simples “verdade dos fatos”. Pode-se, com segurança – porque compatível com o sistema brasileiro – tomar de empréstimo o conceito de “questão” elaborado por Carnelutti, assimilado como o ponto duvidoso de fato ou de direito que dá margem a uma lide.⁹⁸⁹

É preciso, ainda aqui, voltar os olhos ao sistema positivo. Alude-se no artigo 489, inciso III, do CPC vigente, que o dispositivo se constitui em elemento essencial da sentença – redação que agora merece encômios, uma vez que corrige a impropriedade contida no texto de disposição equivalente no CPC/73, que fazia menção a requisitos. Consta ali que o juiz, no dispositivo, resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

Essa forma de descrever tal elemento da sentença, antes de constituir um equívoco do legislador,⁹⁹⁰ traduz-se na mais eloquente prova de sua intenção de fazer descansar nas balizas

append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>.
Acesso em: 12 dez. 2017).

⁹⁸⁷ Destaca-se, aqui, o papel decisivo de Liebman na tarefa de demonstrar a necessidade de exclusão dos motivos (**Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Campinas: Bestbook, 2001, p. 129). A temática, no entanto, nunca ficou infensa a debates e controvérsias, como alegada Barbosa Moreira, que, em primoroso trabalho, elencou as correntes que se propuseram a explicar a relevância dos motivos para a coisa julgada. (**Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 80). No Brasil, conforme notícia Thereza Arruda Alvim, conferiam importância aos motivos para a determinação da coisa julgada, João Monteiro e, em menor medida, Aureliano de Gusmão (**Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 39-45). Eduardo Couture, negando validade à clássica concepção de Savigny, que concebia a sentença como um todo único e inseparável, de um modo diverso, no entanto, não negou tivessem os motivos importância para a determinação da coisa julgada: “Deve-se até mesmo admitir que a necessidade de recorrer aos motivos é absoluta em certos casos. Assim, por exemplo, nas sentenças que absolvem pura e simplesmente a instância, nunca será possível determinar o alcance e da coisa julgada, e, em especial o objeto e a *causa petendi*, sem verificar a motivação da sentença”. (**Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 249).

⁹⁸⁸ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 10/02/2018.

⁹⁸⁹ **Lezioni di diritto processuale civile**. vol. 4. Padova: Cedam, 1930, p. 442. Mais modernamente, Michele Taruffo também teceu críticas robustas à teoria restritiva (“Collateral estoppel” e *giudicato sulle questioni*). In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 27, n. 2, 1972, p. 275-282).

⁹⁹⁰ Como compreende Cândido Rangel Dinamarco: “É vital não confundir as *questões* com o próprio mérito, ou com a ação ou mesmo com o processo. Essa confusão é causa (ou será efeito?) do preconceito consistente em confinar o conceito de mérito à teoria do processo de conhecimento, excluindo-o do executivo. Por não estar atento a essas observações, o legislador de 1973 deu ao inc. III do art. 458 do Código de Processo Civil a

dos limites objetivos da coisa julgada a resolução das questões debatidas e resolvidas. Logicamente, o raciocínio lógico-dedutivo desenvolvido pelo juiz na resolução de tais questões, com a consideração das alegações que as partes lançam a sua frente, se desenvolve na fundamentação, sobretudo pela análise das provas e, quanto à questão jurídica, especialmente, da reconstrução mediante recurso mental sobre sentidos dos textos normativos.⁹⁹¹ Ninguém, realmente, poderia cogitar que tais premissas tornar-se-iam indiscutíveis.⁹⁹²

A complexidade deste problema não fica restrita às questões expressas, contudo. É necessária aqui uma volta aos primórdios da codificação processual nacional para que se apure se as bases ideológicas que inspiraram o protótipo de marco regulatório dos limites objetivos da coisa julgada ainda persistem.

O artigo 503 do CPC, em boa parte reproduzindo o que assentava o artigo 468 do CPC de 1973,⁹⁹³ encontra origem remota no artigo 287 do CPC de 1939, que dispunha, a seu turno, que “a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das

redação que ali se vê, de bastante impropriedade. Não se creia que, como ali se diz literalmente, na parte dispositiva da sentença ‘o juiz resolverá as *questões*, que as partes lhe submeterem’. Isso ele já terá feito na segunda parte, ou seja, na *motivação* da sentença; ali, sim, é que ele chegará à síntese dialética resultante do confronto entre teses e antíteses colocadas pelas partes mediante sua participação contraditória no processo. Basicamente, pode-se dizer que nos fundamentos da sentença vêm à tona as questões resultantes da controvérsia formada entre a *causa petendi* apresentada na demanda e a *causa excipiendi* que a resposta trouxe”. (O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 308-309). Como já referido, essa compreensão acerca da exclusão das questões do campo de incidência dos limites objetivos da coisa julgada reflete a orientação, agora explícita, de que o objeto litigioso do processo para o processualista paulista compreende apenas o pedido, prescindindo por completo da causa de pedir (ibid., p. 348). A manutenção, no novo CPC, de regra quase idêntica, faz indagar: teria o legislador incorrido no erro – como diz Dinamarco – ou, ao contrário, tomado um posicionamento claro pela inclusão das questões nos limites objetivos da coisa julgada? Inclinao-nos, claramente, por esta segunda opção.

⁹⁹¹ Como expõe Araken de Assis: “Definidas as questões aludidas no art. 503 [reconhecidas como sendo de fato, de direito e mistas] chamadas de principais, inclusive (e principalmente) para distingui-las das prejudiciais, impende verificar os motivos pelos quais essa regra integra a respectiva resolução no objeto material e no objeto formal da coisa julgada. quanto a este último aspecto, recorde-se a sugestiva dicção do art. 489, III. O juiz ‘resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem’ no dispositivo, objeto formal da coisa julgada. o fundamento teórico dessa sistemática consiste na circunstância de a demanda do autor traduzir-se em questões no espírito do juiz, haja vista a iniciativa do réu na defesa, e a necessidade de a autoridade judiciária, pretendendo chegar a alguma conclusão, analisar as questões na motivação (art. 489, II) e, depois, resolvê-las no dispositivo (art. 489, III). Recairá a coisa julgada – indiscutibilidade no presente e no futuro –, conseqüentemente, sobre as questões suscitadas no âmbito do mérito. Assim explica-se a categórica proposição do art. 505, *caput*: ‘Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide’”. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.445).

⁹⁹² Somente neste sentido pode ser aceita a assertiva de que ficaria ao largo da coisa julgada todo o material que precederia à conclusão. (MENCHINI, Sérgio. Regiudicata civile. In: **Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile**. Torino: Utet, vol. 16, 1997, p. 434).

⁹⁹³ “Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869/impresao.htm>. Acesso em: 11/02/2018).

questões decididas”⁹⁹⁴. Mais ainda, seu parágrafo único acrescentava que seriam consideradas decididas, também, todas as questões que constituíssem premissas necessárias da conclusão.

Esse último dispositivo revelou-se uma reprodução quase literal do artigo 290 do projeto de CPC italiano de 1926 – de inspiração carneluttiana – elaborado pela Comissão presidida por Ludovico Martara.⁹⁹⁵ Não cabe aqui repisar o que se já se explanou a respeito da noção de “lide”, mormente porque, reitere-se, a expressão coube a Carnelutti.

A despeito de a disposição ter empolgado – principalmente a jurisprudência – a compreensão de que o Código havia adotado uma noção ampla quanto aos limites objetivos da coisa julgada,⁹⁹⁶ a sugerir que, por conta de a versão brasileira ter suprimido intencionalmente a palavra “lide”, o legislador brasileiro teria almejado que a sentença extravasasse os limites da lide exposta pelo autor para abarcar as “premissas necessárias” ou “questões prejudiciais”,⁹⁹⁷ não faltou quem compreendesse de forma diversa.⁹⁹⁸

Seja como for, não parece correta essa conclusão.⁹⁹⁹ Também neste campo há de se argumentar que a conformação da amplitude dos limites objetivos convém a uma opção de ordem pragmática e política, o que não implica admitir que um determinado modelo há de ser seguido sem qualquer ressalva. Ainda ao tempo do Código de 1939, isso ficou claro porque o

⁹⁹⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **CLBR**. Rio de Janeiro, set. 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 02/02/2018.

⁹⁹⁵ A versão italiana continha a seguinte redação: “La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite há forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sai risolta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 105).

⁹⁹⁶ Neste sentido, Lopes da Costa. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 435.

⁹⁹⁷ SILVA, op. cit., p. 109.

⁹⁹⁸ A reação mais radical parece ter partido de José Carlos Barbosa Moreira. Segundo o processualista, o Código brasileiro não poderia se afastar da intenção que movera o autor do projeto italiano, que referindo-se a “questão” no singular (*questione decisa*), deixara clara a ideia quanto à irrelevância “(...) sobre questões relativas a antecedentes lógicos da principal”. (**Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 108). Não estranha, pois, assim, que, para o professor do Rio de Janeiro, o parágrafo único do artigo 287 do CPC de 1939, não dissesse respeito aos limites objetivos da coisa julgada, mas sim ao que, no futuro, viria a traduzir-se na eficácia preclusiva da coisa julgada material, com a compreensão sabidamente restrita que era por ele seguida (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-abel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017).

⁹⁹⁹ Em ponto específico, há de se destinar razão a Adroaldo Furtado Fabrício, particularmente quando alude que as soluções para o problema brasileiro não deveriam ser extraídas do Direito italiano, sobretudo porque não haveria entre os dois sistemas uma equivalência perfeita. (**Ação declaratória incidental**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62).

artigo 288 daquele diploma indicava, expressamente, o que não se achava atingido pela estabilidade da coisa julgada.¹⁰⁰⁰

Na sistemática anterior isto também restou patenteado quando, por deliberação expressa, o Código afirmou não fazer coisa julgada (artigo 469) “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (inciso I), a verdade dos fatos, estabelecida com fundamento da sentença (inciso II),¹⁰⁰¹ e apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (inciso III)”¹⁰⁰².¹⁰⁰³

Realmente não há razões de ordem lógica a admitir que a resolução das questões, sejam elas explícitas ou implícitas, fique excluída do âmbito de proteção dos limites objetivos da coisa julgada, se a decisão a respeito de tal autoridade deve recair sobre a lide submetida pelo autor ao juiz.¹⁰⁰⁴ É em razão do pedido formulado que tais “premissas necessárias” haverão de ser levadas em consideração. Deste modo, em função dos elementos objetivos da demanda, as questões se recobrem com o selo da indiscutibilidade próprio da *res iudicata*, não como fundamento da decisão, ou como verdade dos fatos que, nesta condição, claro, nunca poderão se tornar indiscutíveis se postos em análise à luz de outra demanda.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰⁰ Daí a impressão correta de Thereza Alvim de que ao abrigo da coisa julgada encontravam-se as premissas necessárias à decisão, porque “(...) a única posição aceitável é a de que o princípio dispositivo foi consagrado dentro de limites, e com o temperamento especificamente consubstanciado no art. 287 e seu parágrafo único”. (**Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 79).

¹⁰⁰¹ Assim, correta a assertiva de Daniel Mitidiero, negando tenha o artigo 287, parágrafo único, do CPC/39 se constituído no antecedente histórico do artigo 474 do CPC/73 e, logicamente, do artigo 508 do CPC/15: “Parece-nos que o art. 469, II, CPC afeiçoa-se mais ao suprimido parágrafo único do artigo 287 do Ordenamento Processual Civil anterior que propriamente o art. 474 do Estatuto Positivo, na medida em que tais ‘premissas’ aludidas no regime ab-rogado se traduzem, em realidade, por ‘motivos’, indicados em nosso sistema atual, como notou Ovídio Araújo Baptista da Silva, acompanhado, neste passo, por Araken de Assis”. (Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In: _____; JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 212).

¹⁰⁰² BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 11/02/2018.

¹⁰⁰³ E não se pode perder de vista que essa visão decorre de um modelo construído pelo próprio autor do projeto que, algum tempo antes, já intuía não ser lícito admitir que a coisa julgada ficasse limitada às questões que encontrassem na decisão uma solução expressa. Disse Alfredo Buzaid: “(...) não se olvide que a decisão é uma declaração como todas as outras a qual muitas coisas, por força lógica, se fazem entender também sem necessidade de dizê-lo; em particular se a solução de uma questão supõe, como *prius* lógico, a solução de uma outra, também esta outra é contida por implícita na decisão (julgamento implícito) A rigor são implicitamente resolvidas todas as questões, cuja solução é logicamente necessária para chegar à solução expressa na decisão”. (**Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 113).

¹⁰⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 137.

¹⁰⁰⁵ Daí a razão de considerarmos correta a lição de Eduardo Couture: “(...) pode-se afirmar que, em princípio, as premissas ou considerando da sentença não fazem coisa julgada; mas que, pro exceção, adquirem aquela autoridade quando o dispositivo a eles faça remissão expressa, ou quando constituem um antecedente lógico absolutamente inseparável (questão prejudicial) do próprio dispositivo”. (**Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 251).

A manutenção, na íntegra, deste sistema regulatório no novo Código, só reforça essa conclusão, como aliás reconhece Araken de Assis.¹⁰⁰⁶ Resta indagar, assim, o papel que é conferido à eficácia preclusiva da coisa julgada, sobretudo no trato relativo a questões ausentes no debate judicial. O âmbito de atuação da eficácia preclusiva atuaria nos lindes dos limites objetivos?

4.7.2 O papel da eficácia preclusiva

A partir das considerações acima tomadas e da regra, já milenar, de que a coisa julgada atinge o que efetivamente deduzido e aquilo que poderia ter sido deduzido no processo, vale dizer, a *res deducta* e a *res deducenda*,¹⁰⁰⁷ é intuitivo questionar se o material de apoio à eficácia preclusiva da coisa julgada se compreende, após o trânsito em julgado da decisão, no âmbito de proteção conferido pelos limites objetivos da coisa julgada.

De um ponto de vista lógico, a resposta a essa indagação não prescindiria da demonstração da natureza desse material, mas como essa função é destinada aos itens seguintes, basta que se reitere aqui que, para os propósitos deste trabalho, a conformação de eficácia preclusiva defendida não ficaria restrita à causa de pedir deduzida na petição inicial, tampouco às “defesas” articuladas pelo réu em contestação.¹⁰⁰⁸

No item anterior foi defendida a orientação de que aos limites objetivos da coisa julgada deve se agregar a resolução das questões que constituam premissas necessárias à conclusão. Daí a questão: será possível que a eficácia preclusiva venha a abranger questões que não sejam premissas necessárias à declaração contida na regra concreta formulada pelo juiz na sentença? Em outros termos: a eficácia preclusiva da coisa julgada poderia remover aos limites objetivos, além da resolução de questões expressas e implícitas tidas por premissas à decisão, outras tantas que, não o sendo, poderiam alterar o pronunciamento do juiz?

¹⁰⁰⁶ “As proposições inspiradoras do art. 503 encontram-se expostas nos seguintes termos: (a) a decisão é a resolução das questões de mérito; (b) a coisa julgada não se limita às resoluções expressas, porque na declaração há alegações subentendidas, motivo pelo qual ‘acham-se implicitamente resolvidas as questões cuja solução seja logicamente necessária para chegar à solução expressa no *decisum*’; (c) a identificação das questões resolvidas geralmente se localiza na parte dispositiva. Não há a menor dúvida de que o art. 503 seguiu fielmente essa orientação, haurida do direito anterior, pois o autor do anteprojeto resultante do CPC de 1973 advogou a correção do CPC de 1939, emprestando-lhe o sentido que o processo compreende todas as questões que constituem pressuposto ao acolhimento ou à rejeição do pedido”. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.446).

¹⁰⁰⁷ MENCHINI, Sergio. Regiudicata civile. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: sezione civile. vol. 16. Torino: Utet, 1997, p. 414.

¹⁰⁰⁸ Sem olvidar, evidentemente, da possibilidade de alterações objetivas admitidas pelo sistema, como visto previamente.

De modo peremptório, tais questões poderiam ser resumidas a duas outras: estariam os limites objetivos e a eficácia preclusiva a laborar sob bases diversas, ainda que à segunda se admitisse a possibilidade de impedir a reiteração do pedido com amparo em causa de pedir distinta, por exemplo?¹⁰⁰⁹ Ou ainda: a eficácia preclusiva da coisa julgada ampliaria o âmbito de proteção à coisa julgada, sem contudo integrar seus limites objetivos?¹⁰¹⁰

É possível afirmar que, na atual quadra, a doutrina nacional pende majoritariamente a negar correlação estrita entre os limites objetivos e a eficácia preclusiva.¹⁰¹¹ Em suma, suscita-se, *grosso modo*, que o efeito preclusivo incide fora dos limites objetivos porque atuaria em contexto suplementar,¹⁰¹² de modo a simplesmente tornar irrelevantes as alegações e defesas que foram deixadas de fora do processo.¹⁰¹³ Apesar de não mais assumirem

¹⁰⁰⁹ Responder a essas indagações pressupõe uma análise de correção à tese defendida por Barbosa Moreira quando afirma que “não há confundir coisa julgada e preclusão”, uma vez que “a coisa julgada é uma das várias situações jurídicas dotadas de eficácia preclusiva” e que “entre os efeitos da coisa julgada, figura o de produzir uma determinada modalidade de preclusão, sem que fique excluída a produção de efeito análogo por outras causas, isto é, por outras situações diferentes da ‘res iudicata’”. (A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc600000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee40008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017).

¹⁰¹⁰ Pontes de Miranda parece responder negativamente a esta última questão: “Os limites objetivos da coisa julgada (...) jamais poderão ir além do objeto litigioso do processo, sendo vedado seu alcance a questões que não se encontrem resolvidas e que não possuam pertinência com o mérito examinado (...) que por si só se constituam suficientes a suportar nova ação de direito material”. (**Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Tomo 5. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 122). Ainda assim, da lição do mestre resta a dúvida: se os limites objetivos não podem ir além do objeto litigioso do processo, como afirma, a eficácia preclusiva poderia ir? De duas, uma: ou o mestre compreendia que sim, quando então restaria pressuposta a ele a divisão entre ambos, ou, se entendesse que não, a dedução de nova causa de pedir em outra demanda não impediria que o juiz do processo subsequente conhecesse da nova ação.

¹⁰¹¹ Antônio do Passo Cabral, reconhecendo certa ligação, afirma: Tema intimamente ligado aos limites objetivos da coisa julgada, mas que com eles não pode ser confundido, é a preclusão dos argumentos e alegações que não foram trazidos ao processo pelas partes”. (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 93). Negando cientificidade ao termo “julgamento implícito”, também compreende desta forma Eduardo Talamini: Esse dispositivo [referindo-se ao artigo 474 do CPC/73] não pretende estabelecer que haja ‘julgamento implícito’ das alegações que poderiam haver sido mas não foram realizadas. (...) o artigo 474 tampouco se presta a significar que há coisa julgada acerca das alegações e defesas que poderiam ter sido suscitadas e não o foram. Mesmo porque nem sequer quando uma alegação ou defesa é efetivamente apresentada a coisa julgada estabelece-se em relação a ela: seu exame é feito na motivação da sentença e, por isso, fica alheio à coisa julgada.” (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85-86).

¹⁰¹² GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. In: _____. **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 32.

¹⁰¹³ Essa a lição de Enrico Allorio: “Non tanto la risoluzione delle questioni non sollevate in giudizio è implicita nella risoluzione di quelle effettivamente discusse; quanto l’esame delle prime e delle seconde è superfluo, como esame di cosa irrelevante dopo la sentenza passata in giudicato, che racchiude la pronuncia sulla lite”. (Critica della teoria del giudicato implícito. In: **Rivista di diritto processuale civile**, Padova: Cedam, vol. 15, part. 2, 1938, p. 244-245).

relevância a justificar a modificação daquilo que decidido previamente pelo juiz, sobre elas não se abateria a autoridade da *res iudicata*.¹⁰¹⁴

No direito nacional, em sentido contrário, quem de forma mais franca tomou partido nesse embate foi Sérgio Gilberto Porto. Para o jurista, a eficácia preclusiva e o limites objetivos da coisa julgada atuariam no mesmo plano, estando a primeira categoria incluída na segunda.¹⁰¹⁵

Antes de se tomar partido na contenda, convém de plano estabelecer que entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva se estabelece vínculo de grande proximidade,¹⁰¹⁶ menos por questões de índole técnica do que, propriamente, por um componente político. A proteção conferida pela lei à coisa julgada pode receber a moldura que a conveniência lhe inspirar.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁴ Como diz Barbosa Moreira, “(...) a imutabilidade que aí se quer assegurar é a da solução dada à própria questão principal, ou, em outras palavras, a da norma jurídica concreta formulada na sentença para disciplinar a situação litigiosa”. (A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017).

¹⁰¹⁵ Assim se manifestou o emérito processualista gaúcho: “Consiste esta [referindo-se à eficácia preclusiva da coisa julgada], exatamente, na circunstância de se considerarem certas questões, a partir de determinado momento, com julgadas, embora não debatidas expressamente, haja vista que eram pertinentes à causa e capazes de ensejar tanto o acolhimento quanto a rejeição da pretensão deduzida. Com a admissão de tal princípio e atento a ele, o legislador editou a norma constante do art. 474 do CPC vigente [a alusão aqui e ao Diploma Processual de 1973], a qual estabelece: ‘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’. Diante dessa situação, resultou consagrada a circunstância de que se deve, nas demandas, levar em conta não apenas o deduzido, mas também o dedutível, eis que ambos estão em julgamento. Frente esse quadro, vários autores se abalançam em tentar esclarecer os exatos contornos da matéria dedutível, uma vez que ela também integra os limites objetivos da coisa julgada”. (**Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 90-91) (grifo nosso).

¹⁰¹⁶ Negada, em boa medida, por José Carlos Barbosa Moreira. Em artigo escrito ainda ao tempo de vigência do Código de 1939, o processualista fluminense deixa clara essa convicção: “O que se passa com a solução de semelhantes questões [referindo-se aqui às questões “implicitamente decididas”], após o trânsito em julgado da sentença definitiva, é o mesmo que se passa com a das questões que o juiz tenha apreciado unicamente para assentar as premissas da sua conclusão: nem a umas nem a outras se estende a ‘auctoritas rei iudicatae’, mas todas se submetem à eficácia preclusiva da coisa julgada. nesse sentido, e só nele, é exato dizer que a ‘res iudicata’ ‘cobre o deduzido e o deduzível’. E, à frente, completa o raciocínio: “A essa eficácia preclusiva processual – e não aos limites objetivos da coisa julgada, como às vezes se supõe – é que o parágrafo único do art. 287 do CPC. Ao considerar ‘decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão’, não visa o dispositivo a alargar o âmbito da ‘res iudicata’, fazendo indiscutíveis, em qualquer outro processo, as questões de cuja solução dependia, no plano lógico, o julgamento da lide. A imutabilidade que aí se quer assegurar é a da solução dada à própria questão principal, ou, em outras palavras, a da norma jurídica concreta formulada na sentença para disciplinar a situação litigiosa”. (op. cit., p. 2). Para o processualista, portanto, ficam excluídas da autoridade da *res iudicata*, não só as questões ditas implícitas, como também aquelas expressamente decididas que conduziram o raciocínio do juiz.

¹⁰¹⁷ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.461. Como pondera José Ignácio Botelho de Mesquita, “(...) cada instituto tem a sua criação determinada pela necessidade que visa a satisfazer”. (A súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Teses, estudos e pareceres**

Isso permite afirmar que não apenas os limites objetivos conferem proteção à autoridade da *res iudicata*. Tal assertiva rompe, por mais curioso que possa parecer, com a ideia generalizada de que para tornar-se imune a ataques futuros, determinada situação há de situar-se dentro daqueles parâmetros. E mais: uma vez imunizados, não há necessidade de que venham a migrar para o âmbito interno desta proteção.

Com isso, não há receios a que se admita que a matéria fática ou jurídica atingida pela eficácia preclusiva da coisa julgada não integre seus limites objetivos.

A lição mais atual de Araken de Assis sobre a matéria suscita alguma reflexão a esse respeito. À certa altura, diz o mestre que a “eficácia preclusiva representaria manifestação – naturalmente, ampliativa – dos limites objetivos”,¹⁰¹⁸ e, em outra passagem, alude que ela “amplia o campo natural traçado no art. 503”.¹⁰¹⁹ Não parece que o mestre tenha tido, todavia, a intenção de afirmar que a matéria atingida pela eficácia preclusiva da coisa julgada tivesse a aptidão de integrar aquele campo restrito.

Como afirma literalmente em outra passagem, a couraça com a qual a autoridade da coisa julgada reveste o vencedor, segundo os limites objetivos, apresenta um ponto frágil, uma vez que as partes podem, à luz do princípio da demanda, não alegar e debater no processo determinadas questões com aptidão de alterar o sentido da decisão.¹⁰²⁰ Essas questões não apreciadas e decididas, afirma ele, que demandariam inclusão nos limites objetivos apenas “se tivessem sido alegadas”, ofenderiam a estabilidade oferecida pela sentença definitiva se o derrotado no processo anterior voltasse a juízo com a intenção de modificar a regra jurídica concreta formulada na decisão.¹⁰²¹

Por outro lado, conquanto reconheça que a eficácia preclusiva tenha por finalidade aumentar a área de proteção conferida à regra jurídica concreta, o mestre admite em outra passagem que os limites objetivos operam no âmbito das questões decididas em determinado objeto litigioso, e que, ao operar no âmbito das questões não decididas, a eficácia preclusiva atuaria em área distinta de cobertura.¹⁰²²

de processo civil: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. vol. 2. Apres. José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 216).

¹⁰¹⁸ **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1461.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 1.465.

¹⁰²⁰ *Ibid.*, p. 1457-1458.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 1.458.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 1460.

E, finalmente, naquilo que parece ainda mais expressivo, alude que caso julgado e eficácia preclusiva relacionam-se mutuamente, de sorte que a indiscutibilidade da sentença tanto pode resultar de alegações decididas, quanto do descumprimento do ônus de alegar.¹⁰²³

Se não há engano quanto à interpretação da obra de Araken de Assis, pode-se afirmar, com apoio em sua doutrina, que os limites objetivos da coisa julgada operam dentro daquilo que foi decidido, ainda que de forma implícita como condição necessária à conclusão havida pelo juiz. Não tendo havido julgamento quanto àquilo que não foi trazido ao processo,¹⁰²⁴ porque a isso impediria, no caso brasileiro, a regra do artigo 141 do CPC, seria impróprio cogitar-se da existência de julgamento implícito¹⁰²⁵ e, em maior extensão, de alocação da matéria não apreciada nos grilhões dos limites objetivos.¹⁰²⁶

Afirmar que os limites objetivos da coisa julgada conferem proteção àquilo que foi decidido não exclui, por óbvio, a existência de um âmbito de proteção em relação àquilo que não foi, mas que poderia ter sido julgado.¹⁰²⁷ Como será abordado na sequência, não deve a ninguém escandalizar o fato de a autoridade da coisa julgada irradiar sua força às questões que não foram objeto de julgamento.

¹⁰²³ **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1461.

¹⁰²⁴ Por isso não parece correta a tese de José Alberto dos Reis de que aquilo que chama de “efeito de extensão da coisa julgada” seria uma decorrência natural da disciplina dos limites objetivos. (**Código de Processo Civil anotado**. vol. 5. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 174).

¹⁰²⁵ Assim, Maria Teresa de Padura Ballesteros. A ressalva ficar por conta da conclusão: “(...) si non hay pronunciamiento, ni expreso, ni tácito, no puede decirse que existe cosa juzgada, ni expresa, ni tácita” (**Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada**. Valencia: Tirant lo blanch, 2002, p. 97). Se não há julgamento implícito a respeito das questões que não foram postas à análise judicial, nem por isso, segundo a tese aqui defendida, haveria impedimento a que sobre elas incidisse a proteção da coisa julgada. Em síntese, pode-se empreender apoio à compreensão de Chiovenda de que a expressão julgamento implícito corresponde a uma contradição nos termos, uma vez que o julgamento seria sempre explícito (Cosa juzgada y preclusión. In: **Ensayos de Derecho Procesal**, Buenos Aires: EJE, vol. 3, 1949, p. 275). Em reforço à crítica, também Heitor Vitor Mendonça Sica (**Preclusão processual civil**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 208-212).

¹⁰²⁶ Poder-se-ia argumentar, com Joaquín Silguero Estagnan, que a autoridade de coisa julgada conferida pela eficácia preclusiva decorreria, indiretamente, da carga extintiva da faculdade de demandar com base em determinadas alegações. (**La preclusión de alegaciones em el proceso civil**. Navarra: Civitas, 2009, p. 63).

¹⁰²⁷ Somente em parte, pois, haveria de ser aceita a compreensão de Ernesto Heintz de que a limitação objetiva da coisa julgada consistiria na apuração a respeito de quais questões se reconheceria à autoridade da coisa julgada (**I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 129). Essa assertiva não excluiria, por pressuposto, a compreensão de que a autoridade da *res iudicata* incidiria sobre questões, que por não terem sido decididas, encontrar-se-iam fora daqueles limites. Por isso não concordamos com a tese de Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes quando aduz, contrariamente ao que se defenderá na sequência, que “(...) impedir a propositura de demanda fundada em causa de pedir distinta implicaria ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, não da eficácia preclusiva, que sempre operará na exata medida dos limites objetivos”. (**Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106). Para encerrar essa questão, partimos da compreensão de que a coisa julgada confere um âmbito de proteção ao vencedor que se projeta para fora dos limites objetivos.

4.8 A EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA NO DIREITO BRASILEIRO

As considerações até aqui expendidas permitem, já agora, o ingresso no desate do problema central em torno da extensão e amplitude da eficácia preclusiva da coisa julgada no Direito brasileiro.¹⁰²⁸

Em síntese, a questão que se coloca é: a eficácia preclusiva da coisa julgada teria a aptidão de consumir causas de pedir que não foram manejadas no processo onde prolatada a decisão transitada em julgado? Da resposta a este problema central podem ser extraídos outros tantos questionamentos, assim sintetizados: uma eventual resposta positiva decorreria de uma contingência do sistema processual nacional? Por fim, admitindo-se a adoção de uma pressuposta resposta afirmativa, haveria limites e condicionantes impostas pelo ordenamento, sobretudo de ordem constitucional, a uma orientação expansiva?

Estes questionamentos, que ainda hoje atormentam os especialistas,¹⁰²⁹ só reforçam a opinião generalizada de que a *res iudicata* continua a ser um fecund, incerto e controvertido instituto do direito processual.¹⁰³⁰

¹⁰²⁸ Como referimos linhas acima, não se afigura correto identificar o fenômeno com o que, não raramente, se denomina de julgamento implícito. A adesão parcial à tese de José Carlos Barbosa Moreira, neste ponto, decorre menos da compreensão de que o material por ela alvejado não teria aptidão de ser atingido pela coisa julgada, do que, propriamente, da circunstância de a expressão constituir um contradição nos próprios termos. (A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 2. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017). Por outro lado, não enxergamos óbices a que à eficácia preclusiva se alcinhe o epíteto de princípio do deduzido e do deduzível, como aliás reconhece a grande maioria da doutrina. Em sentido contrário, afirmando se tratarem de duas realidades diversas, Teresa Arruda Alvim Wambier: “É comum que os autores tratem como se fossem sinônimas as expressões efeito preclusivo da coisa julgada e princípio do deduzível e do deduzido. Parece-nos que, embora se trate de figuras de apoio ao instituto da coisa julgada, já que, se não existissem, a coisa julgada seria um instituto mais fragilizado, não significam exatamente a mesma coisa”. Com um exemplo, explica: “A sentença em que se acolhe o pedido de despejo, com *fundamento* em que o locatário teria danificado o prédio alugado, não vincula o juiz que venha a decidir posteriormente outra ação, em que, agora, o locador pretenda obter do locatário indenização pelo dano havido. O dano pode não ser suficientemente comprovado na segunda ação e ser considerado inexistente. Nem por isso a sentença que julgou a primeira ação ficará com sua estabilidade comprometida, pois, PARA EFEITO DO DESPEJO, houve o prejuízo, ou melhor, considera-se ter havido o prejuízo. Este fenômeno parece-nos ser o efeito preclusivo da coisa julgada. Do mesmo modo, se a ação de despejo não tivesse sido julgada procedente, por não se ter demonstrado o prejuízo, o princípio do *deduzível e do deduzido* impediria que se tentasse, em ação de despejo posterior, configurar o mesmo prejuízo, descrevendo-se-lhe aspectos diferente daqueles mencionados no processo anterior”. (**Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 116-119). Em que pese a autoridade da processualista, não parece aconselhável a diferenciação. Não convém aqui expandir demasiadamente a questão que, bem compreendida, já foi examinada em tópico pretérito. A divergência que opomos reside na compreensão a respeito do conteúdo dos limites objetivos da coisa julgada e, por consequência, de sua função positiva.

¹⁰²⁹ Com reflexos diretos na jurisprudência, consoante abordagem futura.

Particularmente em relação à eficácia preclusiva, valem mais do que nunca aqui as palavras de Cândido Dinamarco, segundo quem, “ainda não há uma precisão conceitual satisfatoriamente estabelecida no linguajar dos processualistas”¹⁰³¹.

Adiantando em linha sintética a conclusão, nos tópicos que se seguem serão explicadas, segundo as premissas já delineadas nos capítulos anteriores, por que apenas uma feição ampla a respeito da eficácia preclusiva se revela compatível com o ideal de segurança jurídica que inspira o Estado Constitucional.

Ver-se-á, acima de tudo, que o sistema processual nacional, sobretudo a partir do Código de Processo Civil de 2015, encontra-se munido de instrumental adequado a exigir dos sujeitos do processo reverência irrestrita aos mais diversos ônus processuais, como a imperiosa necessidade de se pôr diante do juiz, tanto quanto possível, a lide em sua feição integral.

A resolução célere e definitiva das controvérsias, inserida em ambiente propício ao estabelecimento de um processo justo, refoge ao interesse estritamente particular, e se projeta em dinâmica direta com aquilo que Rawls nomina de “justiça como regularidade”¹⁰³², a partir de onde é viável o atendimento a expectativas legítimas, em razão da deferência às instituições formais de justiça.

4.8.1 Aspecto introdutório: em que plano se situa o problema?

A exposição do problema, consoante introito supra, revelou um claro corte metodológico que atina, bem se viu, à questão relativa às causas de pedir não deduzidas em processo onde estabelecida a norma concreta. Por fidelidade sistemática, não convém exorbitar desses limites. Isso não impede sejam consideradas, sem propósitos peremptórios, contudo, situações que embora não digam respeito a ela, mantêm com a eficácia preclusiva uma estreita ligadura.

A primeira delas, para quem não se destina fórmula legislativa expressa, diz respeito a situações jurídicas não postuladas.¹⁰³³ A questão é posta deste modo: alterado o pedido, mas

¹⁰³⁰ Não apenas restrita ao âmbito nacional, ou a sistemas de civil law, como sugerem Robert C. Casad e Kevin M. Clermont (**Res judicata**: a handbook on its theory, doctrine, and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001, p. 6).

¹⁰³¹ **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210.

¹⁰³² **Uma teoria da justiça**. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 258.

¹⁰³³ Diferentemente do que sucede com a eficácia preclusiva da coisa julgada, a temática relaciona-se ao pedido, e, como tal, mantêm vinculação com os limites objetivos. Assim, Giovanni Bonato (Algumas considerações

mantida a causa de pedir, seria admitido o ingresso de nova demanda, uma vez que seu objeto seria alheio aos limites objetivos da coisa julgada anteriormente consolidados? A coisa julgada formada na ação declarada improcedente impediria a postulação de providência diversa? Para elucidar esse problema teórico, pode ser utilizado o exemplo ilustrado por Liebman do inadimplemento de um contrato bilateral; circunstância que daria ao contratante prejudicado a escolha de desfazer a avença ou, em vez disso, de obter o abatimento do preço.¹⁰³⁴

A solução aventada pelo jurista italiano, que no geral não se desvia da maciça compreensão nacional,¹⁰³⁵ crê viável essa possibilidade. Aduz que, na hipótese de direitos alternativos, quando a lei propicia a escolha entre dois resultados possíveis e o acolhimento de um deles exclui necessariamente o outro, a improcedência de uma ação não exclui a propositura sucessiva de outra, em que pese nada impedir que ambas sejam veiculadas no mesmo processo.¹⁰³⁶ Como regra geral, opõe-se à vedação a máxima da necessária identidade das demandas à luz dos *tria eadem*.¹⁰³⁷

Essa posição não é pacífica em solo europeu, onde se vislumbra certa tendência à concentração.¹⁰³⁸

sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, ano 1, jul./dez. 2015, p. 139).

¹⁰³⁴ **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 213.

¹⁰³⁵ Assim, José Carlos Barbosa Moreira (“*Quanti minoris*”). In: _____. **Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsó, 1971, p. 204-213), e Cândido Rangel Dinamarco (“*Electa una via non datur regressus ad alteram*”). In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 507-508).

¹⁰³⁶ LIEBMAN, op. cit., p. 214.

¹⁰³⁷ Reputada insuficiente, com razão, por José Rogério Cruz e Tucci quanto a este finalidade (**Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 246). Parece-nos que, neste caso, segundo a compreensão que temos sobre o conteúdo dos limites objetivos da coisa julgada, a solução perpassa em identificar se as premissas necessárias que conduziram à improcedência do pedido anterior se revelam fiéis ao novo pedido. Havendo desconformidade, não haveria razão à negativa.

¹⁰³⁸ Na França, por exemplou, adotou-se tese radicalmente oposta, como informa Giovanni Bonato: “(...) a Corte de Cassação, com o acórdão *Prodim* de 28.05.2008, aplicou o princípio de concentração também em relação às demandas não propostas, impondo ao autor o ônus de instaurar num mesmo processo um cúmulo de demandas conexas pela causa de pedir, sob pena do impedimento de ajuizar num processo posterior as demandas não propostas no primeiro. Em outras palavras, as demandas (embasadas na mesma *causa petendi* deduzida em juízo) não propostas no primeiro processo são reputadas rejeitadas de maneira implícitas, não havendo julgamento nenhum sobre elas. Trata-se de uma extensão dos limites da coisa julgada a situações da vida não submetidas à apreciação do juiz”. (Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, ano 1, jul./dez. 2015, p. 140). Como salientado na nota acima, a adoção desta sistemática no Brasil demandaria a análise a respeito das premissas necessárias havidas no processo anterior. Se a ampliação à força da coisa julgada, nessa hipótese, repousaria no âmbito dos limites objetivos ou

Distinta situação, não menos controversa, alude à possibilidade de o autor fragmentar um direito em vários processos. Questiona-se se recairia sobre o autor o ônus de deduzir na demanda esse direito de maneira íntegra, sem que lhe afetasse a coisa julgada formada no processo precedente. Em termos práticos, indagar-se-ia: poderia o autor fracionar em várias demandas um direito de crédito, por exemplo?

Se no Direito nacional não pairam maiores divergências sobre uma propalada admissibilidade,¹⁰³⁹ no Direito europeu a situação não descansa em mansuetude. Em sede doutrinária, nega-se tal expediente suscitando-se, em primeiro lugar, a natureza pública do processo.¹⁰⁴⁰ A pertinência atinente à economia processual também é levada em consideração. No desencumbimento de um ônus, atribuir-se-ia ao autor a faculdade de incluir na demanda a totalidade do direito, sem que tal, por óbvio, se constituísse em obrigação. A resposta judicial, limitada ao pedido, por óbvio, uma vez recoberta com a autoridade da coisa julgada, não admitiria a apresentação de outra demanda com a finalidade de alcançar a parte que ficara de fora da análise anterior.¹⁰⁴¹

Na Itália, segundo informa Giovanni Bonato, a jurisprudência da Corte de Cassação sempre manifestou adesão à possibilidade de fracionamento, amparando este entendimento no princípio da demanda.¹⁰⁴² Segundo o mesmo autor, no ano de 2007, seguindo orientação doutrinária majoritária, a Corte alterou esse entendimento, passando a inadmitir o expediente, inspirada, agora, pelos princípios da economia processual e da boa-fé.¹⁰⁴³

da eficácia preclusiva, é coisa que aqui não convém investigar, muito embora pareça, a uma primeira vista, situar-se no âmbito da segunda.

¹⁰³⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

¹⁰⁴⁰ Com certa veemência, alude Sérgio Menchini que: (...) non si deve dimenticare che il processo è uno strumento di diritto pubblico, il quale deve fornire, ad entrambe le parti, tutela piena e definitiva; ciò porta con sé una duplice implicazione: innanzitutto, esigenze di certezza giuridica, di economia processuale e di ordinata regolamentazione delle relazioni intersoggettive impongono che la lite venga risolta una volta per tutte ed in modo incontrovertibile, senza lasciare adito a nuove discussioni, in ordine alle stesso bene della vita: è l'interesse pubblico, che richiede un accertamento esauriente e completo del rapporto giuridico, sottoposto alle cognizione del giudice. (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 281-282). Em termos similares, também Proto Pisani (**Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 69).

¹⁰⁴¹ Em obra diversa, ainda Sérgio Menchini: "Il concetto e l'estensione dell'oggetto de processo non sono rimessi alla discrezione delle parti private e che l'entità mínima strutturale' è costituita da un diritto soggettivo, sai puré meramente affermato, nella sua totale consistenza sostanziale, per cui non si può riconoscere all'atore il potere né di scindere l'unitaria pretesa ad una prestazione pecuniaria in piu domande parziali quanto al petitum, né di limitare l'oggetto del giudicato ad un específico titolo di acquisto". (Regiudicata civile. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: sezione civile. Torino: UTET, vol. 16, 1997, p. 12).

¹⁰⁴² Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, ano 1, jul./dez. 2015, p. 141.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, loc. cit.

Na Espanha, com a entrada em vigor da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no ano de 2000, que imprimiu gravemente um sistema rígido de preclusões no processo civil daquele país, o sistema é basicamente o mesmo, em particular por conta do sentido ampliativo conferido pelo Tribunal Supremo ao artigo 400 do diploma legal.¹⁰⁴⁴ A interpretação, que, num primeiro momento parece realmente transbordar do sentido literal contido no artigo, foi alvo de críticas por parte da doutrina, em grande medida pelo fato de a lei, em tese, não ter imposto às partes este específico ônus.¹⁰⁴⁵

A temática também encontra regramento similar no ordenamento americano, a despeito da regulamentação peculiar que a coisa julgada encontra nos ordenamentos de *common law*. Como recorda um importante jurista italiano, a ideia de *cause of action*, nestas paragens, destoa substancialmente da noção de pretensão ou de objeto litigioso do processo, que tanta influência proporcionou aos sistemas europeu-continentais e sul-americanos.¹⁰⁴⁶

Ainda que não se possa afirmar existente um parâmetro jurisprudencial ou legal seguro a respeito da noção de *cause of action*,¹⁰⁴⁷ os limites objetivos que se conferem à *claim preclusion* são demasiadamente abertos, a refletir uma tendência atual de ampliação também dos limites objetivos da coisa julgada.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁴ “Artículo 400. Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos. 1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o em distintos fundamentos o títulos jurídicos, hebrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tempo de interponela, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación. 2. De conformidad con lo dispuesto en al apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en outro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este”. (ESPAÑA. Lei n. 1/2000. Ley de Enjuiciamiento Civil. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, jan. 2000. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 08 fev. 2018).

¹⁰⁴⁵ Segundo José Luis Vasquez Sotelo: “A transcendental novidade (...) sancionada com a preclusão de que não se pode reservar para alegá-los mais tarde em processo ulterior e com a gravíssima consequência de que, mesmo não sendo alegados e mesmo que não se tenha debatido sobre eles no processo, ficarão cobertos pela coisa julgada que se siga à sentença. (...) Qualquer leitor em que admitir que os preceitos transcritos incidem sobre uma das matérias mais difíceis e contrais do processo civil como é o objeto do processo e sua delimitação, com as repercussões imediatas sobre a congruência entre o debate processual e a sentença e sobre o âmbito objeto da coisa julgada”. (“Objeto actual” y objeto “virtual” en el proceso civil español. In: JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 366). Corroborar essa crítica, ainda, Isabel Tápia Fernandes (**La cosa juzgada: estudio de jurisprudencia civil**. Madrid: Dykinson, 2010, p. 117 e ss).

¹⁰⁴⁶ TROCKER, Nicolò. Giudicato: Diritto comparato e straniero. In: **Enciclopedia giuridica treccani**, Roma: Treccani, vol. 15, 1989, p. 2-3.

¹⁰⁴⁷ Neste sentido, Antônio Gidi (**Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 229).

¹⁰⁴⁸ Neste sentido, assevera Marília Zanella Prates: “Antigamente, as regras processuais da *common law* estabeleciam ‘formas de ação’ para cada tipo de pedido. Atualmente, as *Federal Rules* 2 e 8 (d) (3) estabelecem que há uma só forma de ação, em que o autor e réu podem incluir todas as alegações e defesas (claims) pertinentes. Assim, atualmente, o sistema judiciário federal e a maioria dos sistemas estaduais adotam o conceito segundo o qual uma *claim* abrange todas as pretensões advindas do fato (ou do conjunto de fatos) que baseia a

As duas situações acima averiguadas não se deparam com o objetivo deste trabalho, muito embora com ele mantenham, insista-se, um vínculo de grande proximidade. Compreender o objeto da resposta à indagação feita aqui, vale lembrar, se a eficácia preclusiva esgota causas de pedir não articuladas na demanda após a incidência da *res iudicata* sobre a norma concreta construída na sentença, pressupõe um diagnóstico sobre o que é a eficácia preclusiva, sobre qual é sua finalidade primeira e, principalmente, sobre quais são os pressupostos a sua incidência.

4.8.2 Eficácia preclusiva da coisa julgada no Direito brasileiro: definição, finalidades e pressupostos

Sem destoar de forma significativa do regime anterior, a eficácia preclusiva da coisa julgada encontra no artigo 508 do vigente código de processo civil seu marco regulatório. Lá se aduz que “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”¹⁰⁴⁹.

Em relação ao artigo 474 do Código de 1973, com a ressalva de questões meramente terminológicas, chama a atenção apenas a inclusão do termo “decisão” em substituição ao vocábulo “sentença”, o que atende agora, naturalmente, ao espírito do legislador, que pretendeu atribuir às decisões interlocutórias que apreciam antecipadamente parcela do mérito a aptidão de constituir coisa julgada.¹⁰⁵⁰

Para por aí, a despeito, a brandura quanto à tentativa de identificar a origem histórica deste dispositivo.¹⁰⁵¹ As hipóteses margeiam os mais variados ordenamentos. Procurando

demandas. Urge ilustrar as consequências dessa definição ampla: suponha-se que *A* se envolve em um acidente de carro com *B*; *A* sofre danos pessoais (quebra uma perna e tem despesas médicas) e também danos materiais contra seu carro. Adotando-se o conceito moderno de *claim*, *A* deve requerer ressarcimento pelos danos pessoais e pelos danos materiais contra seu carro em uma só ação; se *A* entrar com uma ação requerendo apenas indenização pelos danos pessoais, posteriormente não poderá entrar com uma segunda ação para requerer indenização pelos danos materiais causados a seu carro. A segunda demanda encontra óbice na *claim preclusion*, porque os danos pessoais e os danos materiais fazem parte da mesma *claim*”. (**A coisa julgada no direito comparado**: Brasil e Estados Unidos. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 86-87).

¹⁰⁴⁹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 05/02/2018.

¹⁰⁵⁰ Daí a correspondente alteração havida no *caput* artigo 966 do novo Código, que agora alude a “decisão de mérito” e não mais a “sentença de mérito”. Sobre o tema, José Maria Rosa Tesheiner (Ação rescisória no novo Código de Processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo; RT, vol. 244, jun. 2015, p. 209-243).

¹⁰⁵¹ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre o propósito e alcance do artigo 474, do CPC. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, vol. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 43.

encontram uma origem no Direito nacional, Barbosa Moreira aduzia que o artigo 474 do CPC de 1973 encontrava correspondência no parágrafo único do artigo 287 do CPC de 1939,¹⁰⁵² em verdade uma cópia bastante fiel do artigo 290 do projeto Mortara ao Código de Processo Civil italiano, datado de 1926. Esta tese foi rechaçada, com argumentos sólidos, por Ovídio Baptista da Silva, que ligava esse último texto ao artigo 469 do CPC de 1973, vertido, no entanto, em sentido oposto.¹⁰⁵³

Dentre os que ligavam o instituto a arquétipos legais alienígenas, Egas Dirceu Moniz de Aragão, por exemplo, argumenta que o processo civil brasileiro teria se inspirado no modelo articulado no artigo 305 do Código de Processo Civil do Vaticano.¹⁰⁵⁴ A razão, contudo, parece estar com Araken de Assis. Segundo o processualista, em assertiva que coincidente com o pensamento de Ovídio, o artigo 474 do CPC/73 e o artigo 287, parágrafo único, do CPC/39 tratavam de coisas diversas, porque este último veio a dar lugar, em orientação inversa, ao artigo 469 do CPC de 1973, elencando expressamente aquilo que para o então novo Código não fazia coisa julgada.¹⁰⁵⁵

Ainda segundo o processualista, o artigo 474 do CPC/73, sucedido com ligeiras mudanças de redação pelo artigo 508 do Código vigente, proporcionou a introdução no

¹⁰⁵² A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc60000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017. “Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão”. (BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **CLBR**. Rio de Janeiro, set. 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018).

¹⁰⁵³ Segundo o processualista gaúcho: “Se quisermos identificar o antecedente legal do art. 474 do Código vigente, não poderemos filiá-lo ao suprimido parágrafo único do art. 287 do Código Revogado. A regra segundo a qual ‘considerar-se-iam decididas todas as questões que fossem *premissas necessárias* da conclusão’ que era matéria do indicado parágrafo, foi substituída pelo norma contrária do art. 469, onde se lê que tais premissas (motivos), ainda que importantes para a compreensão do julgado, não integram a decisão. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117).

¹⁰⁵⁴ Traduzido assim por ele próprio: “Art. 305. Passada em julgado a sentença que decide sobre o pedido do autor e eventualmente sobre o pedido reconvenicional e sobre os pedido incidentais, que tenham sido objeto de uma decisão específica, reputam-se deduzidas e rejeitadas todas as defesas e exceções que poderiam ter sido opostas ao acolhimento ou à rejeição desses mesmos pedidos”. (**Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 324). A tese foi acolhida por Daniel Mitidiero, que compreende ter o artigo 474 do CPC/73 uma proveniência romana: “Remotamente, o ‘veio inspirador’ da eficácia preclusiva da coisa julgada tem berço junto ao direito romano, posto que, em dito corrente naquele ordenamento, *tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debeat*. Isto é, tanto quedava afeto ao pátio da incontrastabilidade o que fora efetivamente discutido como o que, apesar de não disputado, deveria tê-lo sido”. (Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In: _____. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 213).

¹⁰⁵⁵ Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 38.

Direito nacional da *Präklusionswirkung* ou a *Ausschlusswirkung*, cujo mote não era outro senão o de proporcionar uma blindagem contra eventuais ataques por parte do litigante vencido.¹⁰⁵⁶ Em arremate, aduz que entre nós o revogado artigo 474 derivaria da imprópria noção de processo ou lide parciais.¹⁰⁵⁷

De outra parte, a substantiva divergência que se verifica quanto ao alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada não parece ter impedido que a doutrina articulasse uma definição praticamente comum a respeito do instituto. Em geral, não se nega validade à antiga definição proposta por Barbosa Moreira, que a estipula como o “impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de influir, por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz”¹⁰⁵⁸.

A compreensão do instituto, desde o início do estudo do processo civil em solo, não destoou da ideia que aqui chegou por importação, sobretudo do Direito italiano, que o interpretava como a “preclusione delle questioni non dedotte sebbene si potessero dedurre, nel giudizio che approdò alla sentenza definitiva”¹⁰⁵⁹. A indefinição que se instalou a respeito de sua amplitude derivou, como se verá à frente, muito mais do significado de conceitos indefinidos que com ela mantêm próxima vinculação, do que propriamente de seus propósitos explícitos. Em termos práticos, não há maior dissensão quanto ao fato de a eficácia preclusiva constituir um reforço à autoridade da regra concreta formulada pelo juiz na sentença. A antiga celeuma reside, entretanto, nas bases em que isso ocorre.¹⁰⁶⁰

Em tópico destacado a esse intento, será abordada a problemática relativa ao conceito de “questão”, sobretudo para esclarecer como um simples motivo seria incapaz de justificar,

¹⁰⁵⁶ **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.459.

¹⁰⁵⁷ Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 41.

¹⁰⁵⁸ A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017, p. 3. Não há, pode-se bem reparar, diferença significativa em relação à compreensão deduzida por Cândido Rangel Dinamarco, que a retrata como a “aptidão que a própria coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela”. (**Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. Tomo 3. Malheiros, 2009, p. 330).

¹⁰⁵⁹ ALLORIO, Enrico. Critica della teoria del giudicato implícito. In: **Rivista di diritto processuale civile**, Padova: Cedam, vol. 15, parte 2, 1938, p. 245).

¹⁰⁶⁰ Vale dizer: se a proteção ocorre mediante a vedação de proposição de demandas diversas que possam contrastar com o resultado objetivo no julgamento anterior, ou, como entende a maioria da doutrina, pela proibição de “reprodução de demandas já debatidas anteriormente, com pequenas diferenças de conteúdo nas alegações”. (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 94). Segundo entendemos, prestigiar essa última compreensão equivaleria a relegar o instituto à inutilidade.

em processo futuro, a frustração do gozo do resultado obtido em processo pretérito.¹⁰⁶¹ Em suma, a doutrina majoritária situa a proteção conferida pela *res iudicata* a este frágil anteparo, ignorando que “il divieto per il giudice di fare nel secondo processo una statuizione incompatibile con quella passata in giudicato, sussiste sempre, quale che sia la forma giuridica in cui ciò sia tentato”¹⁰⁶².

Finalmente, é preciso deixar claro que à incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada, não só segundo a estimativa que aqui se compreende correta, demanda a observância de pressupostos que, de regra, seguem a disciplina da própria coisa julgada. Regra geral, a autoridade derivada da *res iudicata* não se afeiçoa às hipóteses em que há caminho aberto à sumariedade de cognição, quer no que toca ao corte quanto à extensão da matéria cognoscível, quer no que alude às restrições quanto à profundidade da investigação probatória autorizada ao juiz.¹⁰⁶³

Não se compreende nos limites deste trabalho uma análise a respeito da possibilidade de formação de coisa julgada em demandas sumárias, mas em item destacado ver-se-á que essa técnica processual condiciona gravemente a eficácia preclusiva da coisa julgada, sobretudo nos padrões aqui defendidos.

No mesmo tópico, também será enfrentado o quesito da eventualidade, justamente para firmar que eficácia preclusiva da coisa julgada grava, sobremaneira, os sujeitos processuais com um dever de boa-fé objetiva, tendente a trazer ao processo toda a matéria relevante ao julgamento da “lide integral”. Por fim, também serão destinadas considerações a respeito de questões desconhecidas pelas partes. Podem elas ser manejadas em momento posterior se não houve intenção deliberada de sonegar sua cognição ao juiz?

Antes de responder a essas indagações, no propósito de se obter subsídios importantes que se haurem do Direito comparado, convém verificar como a eficácia preclusiva recebe tratamento em alguns dos mais diversos sistemas processuais civis.

4.8.3 A eficácia preclusiva da coisa julgada no Direito comparado

¹⁰⁶¹ Sergio Menchini bem situa essa problemática ao relacionar a noção de “questão” ao impedimento de discussão futura ensejar a censura ao gozo do proveito conquistado com a regra concreta obtida na sentença. Diz o mestre italiano: “(...) per mezzo della efficacia è impedito alle parti di tornare a discutere delle questioni di merito e di rito, già proposte nel corso del precedente giudizio, apurre di dedurre per la prima volta questioni, che si sarebbero potute far valere per vedere accolta o respinta la domanda ormai decisa, ove, così facendo, si finisca col rimettere in discussione il contenuto de precedente accertamento”. (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 44).

¹⁰⁶² HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 230.

¹⁰⁶³ Neste ponto, consultar a já clássica classificação empreendida por Kazuo Watanabe. (**Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005).

Sem olvidar do fato de a liberdade conferida ao legislador para a conformação de determinado instituto advir de um indiscutível componente político, fruto, pois, da soberania que é partilhada entre os diversos órgãos do Estado, não é impróprio cogitar do auxílio que a experiência advinda de ordenamentos estrangeiros pode proporcionar na tarefa de tentar compreender determinado instituto jurídico, afinal de contas “uma maneira para melhor conhecer o direito nacional e buscar inspiração para resolver nossos próprios problemas práticos é conhecer de perto a experiência estrangeira com o tema”¹⁰⁶⁴.

Essa máxima se reflete com inaudita intensidade no tratamento da eficácia preclusiva da coisa julgada, cuja complexidade, mais que sugerir, demanda com grande premência o arrimo de considerações dogmáticas advindas do Direito comparado.

Em solo europeu, sobretudo nos países cujos sistemas influenciaram de alguma maneira a construção do complexo processual nacional, verifica-se uma tendência à ampliação do aspecto da eficácia preclusiva. Em geral, a razão disso repousa nos princípios da segurança jurídica, da economia processual, e, particularmente, dos postulados da boa-fé e da lealdade que devem inspirar os litigantes.

Na Itália, em primeiro lugar, por conta até mesmo de uma propensão história e natural à teoria da individuação,¹⁰⁶⁵ o princípio do deduzido e do dedutível congrega proteção a fatos impeditivos, modificativos e extintivos relacionados a uma gama abundante de causas de pedir que poderiam embasar o pedido formulado em demanda pretérita.¹⁰⁶⁶

Visto como uma garantia de resguardo à integridade do pronunciamento realizado pelo juiz, a eficácia preclusiva laboraria em bases a proporcionar o respeito a um componente ético e pragmático do processo, em ordem a resguardar-se ao litigante vencedor instrumento hábil ao gozo da situação favorável alcançada.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶⁴ GIDI, Antônio; TESHEINER; José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RePro, vol. 194, abr. 2011, p. 4. Disponível em: [http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d6258bfec2da772e&docguid=I3f46c9007a5411e0ad2a010000000000&hitguid=I3f46c9007a5411e0ad2a0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=133&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d6258bfec2da772e&docguid=I3f46c9007a5411e0ad2a010000000000&hitguid=I3f46c9007a5411e0ad2a010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=133&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1). Acesso em: 19 dez. 2017).

¹⁰⁶⁵ BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, ano 1, jul./dez. 2015, p. 138).

¹⁰⁶⁶ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 60.

¹⁰⁶⁷ Consoante doutrina de Sérgio Menchini, “L’efficacia preclusiva rappresenta lo strumento indispensabile per impedire attentato all’integralità della precedente decisione in futuri processi, e, dall’altro lato, essa non si risolve in un vincolo positivo, che colpisce direttamente la questione, impedendone il riesame ad ogni effetto, ma

A teoria da individuação, naquele sistema jurídico empreenderia feição diversa quanto à noção de objetivo litigioso do processo, de modo a atrair por relevante tudo aquilo que diz respeito à situação jurídica invocada como fundamento do pedido. Não apenas as questões expressamente decididas no interior do processo ficariam abrangidas pela eficácia preclusiva, como também outros fatos e outras causas que dele permaneceram de fora.¹⁰⁶⁸ Ainda que haja, é bem verdade, substantiva atenuação desse regime em relação aos direitos heterodeterminados – vale recordar, aqueles que podem coexistir por mais uma de uma vez entre as mesmas partes –¹⁰⁶⁹, é notável a preocupação em território peninsular pela máxima concentração de alegações.

Esse sistema, como visto, é ainda mais radical na Espanha. A promulgação, naquele país, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* no ano de 2000, rompeu em boa medida o caráter publicista que inspirava o diploma revogado, impondo a partir de então uma visão estritamente liberal na resolução judicial dos conflitos.¹⁰⁷⁰

Esse aspecto não impediu, no entanto, que a nova lei prevísse, com respaldo na oralidade e na concentração, a adoção de um diferente arquétipo de procedimento,¹⁰⁷¹ preordenado a decidir, com definitividade, a lide em sua compreensão total. Seu artigo 440, parágrafo primeiro, dispõe que quando o pedido feito na demanda fundar-se em diferentes fatos ou em diferentes fundamentos jurídicos – leia-se, em mais de uma causa de pedir – deverá o autor trazer ao debate judicial todos eles, sob pena de preclusão. Reservam-se, segundo disposição literal, os fatos e alegações novos que, subseqüentes à apresentação da

in un vincolo negativo indireto, che la investe in via soltanto mediata, al fine di garantire al vincitore il godimento del risultato de processo”. (**Il giudicato civile**. 2. ed. Torino: Utet, 2002, p. 45).

¹⁰⁶⁸ CAPONI, Remo. **La rimessione in termini nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1996, p. 145. Ainda segundo Sergio Menchini: “La sfera di operatività della preclusione è data dall’oggetto del processo, nel senso che tutto ciò che rientra nei confiti di questo à da essa colpito. Ora, poiché l’oggetto del giudizio è costituito dalla situazione soggettiva fatta valere con la domanda giudiziale, l’intera fattispecie di questa è investita da fenômeno de quo: ne consegue che l’autorità di cosa giudicata ostacola l’ulteriore deduzione dei fatti costitutive, impeditivi, modificativi o estintivi del diritto sostanziale imperativamente accertato, siano essi stati valere oppure no nel corso del giudizio anteriore”. (Regiudicata civile. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: sezione civile. vol. 16. Torino: Utet, 1997, cit. §4º).

¹⁰⁶⁹ CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980, p. 177.

¹⁰⁷⁰ AROCA, Juan Montero. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. In: **Revista de la Facultad de Derecho - PUC Perú**, 2000, n. 53, p. 627. Diz o autor: “El sistema procesal civil encuentra su apoyo ideológico em la concepción liberal de la sociedade, que se manifesta principalmente em el aspecto econômico, ne la distinción entre intereses públicos e intereses privados”. (ibid., p. 629).

¹⁰⁷¹ Ainda segundo Juan Montero Aroca: “Partiendo de que el principio de oralidade atiende única y exclusivamente a la forma de los acto processuales, y no a la conformación del proceso y de sus principio configuradores, es necesario aludir a estos otros principios para acabar dando una idea de lo que há supuesto la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000. En ella se ha optado por los procesos plenarios rápidos, pero ello no ha supuesto alterar la base ideológica liberal, que parte de la existencia de derechos subjetivos privados que se ejercen em libertad”. (ibid., p. 628).

demanda e da contestação, não puderam evidentemente substanciar a demanda primeira. De peculiar, ainda, a referência feita a fundamentos desconhecidos.

Impressiona o grau que se extrai desse efeito preclusivo. À luz do parágrafo segundo, o regime se aplica também à constituição da litispendência. Vale dizer, os fatos e os fundamentos jurídicos aduzidos em processo subsequente se consideram os mesmos que os alegados na demanda anterior, ainda que materialmente diversos, acaso o autor tivesse, naquele momento pretérito, a oportunidade de deduzi-los.¹⁰⁷² A razão para a ampliação dessa proteção, segundo a doutrina, repousaria na tentativa de se evitar a repetição de processos e o risco de sentenças contraditórias.¹⁰⁷³

A sucessão legislativa, nos termos em que operada, suscitou incômodo em parte da doutrina, que enxergou neste dispositivo uma violação à Constituição Espanhola, por menoscabo ao devido processo legal e ao direito de ação, bem como um inconveniente, porque potencialmente hábil a gerar mais problemas do que soluções.¹⁰⁷⁴

Algo semelhante sucedeu na França, fruto, contudo, de alteração jurisprudencial. Conquanto em sede legislativa ainda se vislumbre um dever de observância ao critério da tríplice identidade para a identificação da coisa julgada (artigo 1.355 do Código Civil Francês)¹⁰⁷⁵ a Corte de Cassação francesa, em decisão paradigmática datada de 2006, deu

¹⁰⁷² Essa última regra, bem se pode perceber, revela-se absolutamente incompatível com o Direito nacional, que dispõe expressamente no artigo 55 do CPC haver conexão entre duas demandas quando entre elas houver coincidência em relação à causa de pedir. Humberto Theodoro Júnior, sem razão, a nosso sentir, aduz que o fenômeno conhecido agora no Direito espanhol é diverso da compreensão que se cultiva a respeito da eficácia preclusiva: “Convém lembrar que a coisa julgada sobre o ‘objeto virtual’ do processo, admitida pela inovação do direito espanhol, não é a mesma coisa julgada implícita’ prevista pela doutrina tradicional, e que se encontra expressa no art. 474 do CPC brasileiro (...). É que essa preclusão clássica do processo civil somente se aplica sem modificar a *causa petendi* da demanda julgada, respeitando, portanto, o *objeto* real (ou atual) do processo. Já a preclusão ampla da nova LEC alcança o *objeto atual* do processo, definido pela *causa petendi*, e vai além, para afetar *todos os fatos e fundamentos* que poderiam ter sido invocados para sustentar a demanda, mesmo que configurem outra *causa petendi*”. (Redimensionamento da coisa julgada. In: **Revista científica dos estudantes de direito da UFRGS**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, jul. 2009, p. 18).

¹⁰⁷³ Assim, José Luis Vazquez Sotelo (“Objeto actual” y objeto “virtual” en el proceso civil español. In: JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo Civil: novas tendências**, estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 371).

¹⁰⁷⁴ MORENO, Damian. **La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: comentários a la LEC 2.000**. DOMINGUEZ, Cortes Dominguez; CATENA, Moreno (coord.). Madrid: Tecnos, 2000, p. 41-42. No mesmo sentido, Isabel Tapia Fernández. (**La cosa juzgada: estudio de jurisprudencia civil**. Dykinson: Madrid, 2010, p. 117 e ss).

¹⁰⁷⁵ “L’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité”. (FRANÇA. Code Civil. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=A4D2C1F0F4F41C5804D2F5AF1A35C7C5.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032035937&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180211>. Acesso em: 03 mar. 2018).

interpretação diversa ao sentido literal do dispositivo, ao menos para determinar o alcance de sua eficácia preclusiva.¹⁰⁷⁶

A mudança de compreensão a respeito do instituto ganhou enorme repercussão em solo francês, e promoveu uma divisão de opiniões a respeito da conveniência deste novo entendimento. Os entusiastas da alteração comemoram o fortalecimento dos princípios da boa-fé, da lealdade processual e da economia processual, sobretudo pelo desestímulo, a partir de então, da litigância repetitiva.¹⁰⁷⁷

A corrente contrária realçou aquilo que, também por aqui, se levanta a invalidar a tese ampliativa: violação aos princípios constitucionais do contraditório e do acesso à justiça.¹⁰⁷⁸

Ainda em solo europeu, a regra da estrita eventualidade foi seguida com rígida disciplina no ordenamento jurídico processual alemão. Por conta disso, a doutrina tedesca, a respeito da possibilidade de formulação de novas alegações em demanda ulterior, “opina negativamente em termos até enfáticos, filiando a ampliação da eficácia preclusiva”¹⁰⁷⁹.

Pode-se mesmo argumentar, em aderência à percepção de arguto jurista italiano,¹⁰⁸⁰ que a tradição pela predileção da eventualidade foi reforçada na segunda metade do século passado, por obra e graça do nominado “modelo de Stuttgart”, que procurou introjetar na Alemanha um modelo processual mais rápido e eficaz.

¹⁰⁷⁶ Assim informa Giovanni Bonato: “Na França, a Corte de Cassação, com a decisão Cesareo de 07.07.2006, proferida pela Assembleia Plenária, introduziu um princípio de concentração dos fatos desse o primeiro processo, a saber, um ônus de alegar todas as causas de pedir passíveis de serem invocadas para fundamentar o pedido. Nesse modo, a jurisprudência francesa chegou a suprimir o requisito ‘causa’ do art. 1.351 do Código Civil [agora art. 1.355, por conta da alteração promovida pela *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 – art. 4*] que dicta a regra da tríplice identidade e mudou o precedente entendimento restritivo da eficácia preclusiva da coisa julgada, cuja abrangência era limitada aos fatos alegados”. (Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, ano 1, jul./dez. 2015, p. 137).

¹⁰⁷⁷ Assim, Giovanni Bonato, com referência ao entendimento de Loïc Cadiet (ibid., p. 138). A anuência a este entendimento, no entanto, não impediu que o processualista francês criticasse a aplicação retroativa desse sistema pela Corte de Cassação: “Mais il ne faut pas abuser de l’autorité de chose jugée, sauf à ce que cette institution pacificatrice crée plus de difficultés qu’elle est supposée en prévenir. Tel est le cas lorsque l’autorité s’attache à une chose qui n’a pas été vraiment jugée, qui ne l’a pas vraiment été à l’égard de personnes qui étaient en vérité des tiers à l’instance, qui ne l’a pas non plus été à l’égard des parties elles-mêmes sur des moyens, voire des prétentions qu’elles n’avaient pas présentées. Ce risque d’excès n’est pas hypothétique. Il s’est réalisé à plusieurs reprises depuis que la Cour de cassation a posé, dans un arrêt Césaréo, en 2006, une règle dite de concentration des moyens, aux termes de laquelle il incombe aux parties de présenter dès l’instance initiale l’ensemble des moyens qu’elles estiment de nature, soit à fonder la demande, soit à justifier son rejet total ou partiel. Une illustration de cette application excessive est notamment fournie par un arrêt dit du commodat, dans lequel la Cour de cassation a fait de façon injustifiée une application rétroactive de la règle de concentration”. (AHJUCAF. Loïc Cadiet. **Justice et paix civile**. Disponível em: <<http://www.ahjucaf.org/La-justice-dans-l-Etat-M-Loic-CADIET-professeur-a-l-Ecole-de-droit-de-la.html>>. Acesso 03 fev. 2018).

¹⁰⁷⁸ BONATO, op. cit., p. 138.

¹⁰⁷⁹ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.461.

¹⁰⁸⁰ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 88 e ss.

Esse arquétipo procedimental, que acabou por ser reconhecido legislativamente em razão de alterações promovidas na ZPO, em especial no seu § 271, com reflexos também no § 282, exige que os litigantes suscitem todos os argumentos fáticos e jurídicos em uma única oportunidade.¹⁰⁸¹ Essa imperiosa observância de concentração repele, à exceção de casos excepcionais,¹⁰⁸² menoscabo à eventualidade, no propósito claro e inequívoco de resolução célere e definitiva das demandas.

Por outro lado, no sistema de *common law* esta tendência ampliativa também tem se revelado uma tônica constante, identificada por institutos já antigos, como o *collateral estoppel*, por exemplo.¹⁰⁸³ A estabilidade que se extrai da *res iudicata* por lá decorre muito mais da ideia de que o instituto representa uma “eficácia” que advém de uma decisão já em si incapaz de sofrer modificação, do que propriamente de uma qualidade que sobre ela se instala após o transitio em julgado.¹⁰⁸⁴

Consoante já acentuado, é impróprio vincular-se no sistema norte-americano a noção de causa de pedir – tão comum entre nós – com o conceito de *cause of action* como se fossem, em realidade, sinônimos, sobretudo pela indefinição que essa última expressão assume no direito americano.¹⁰⁸⁵ A expressão, consoante entendimento mais moderno, tem sido atrelado à ideia de *claim*¹⁰⁸⁶.

Uma vez julgada a demanda, quaisquer outras pretensões que adviessem do fato deduzido estariam vinculados à mesma *claim*, e, como tal, não se constituíam material adequado a ser posto à análise em novo processo, sobretudo porque potencialmente apto a enfraquecer o teor do proveito que adviera do julgamento anterior.¹⁰⁸⁷ Em suma, “o autor é

¹⁰⁸¹ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 90 e ss.

¹⁰⁸² Grunsky, Wolfgang. Il cosiddetto “modello di Stoccarda” e l’accelerazione del processo civile tedesco. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, n. 3, 1971, p. 366.

¹⁰⁸³ A referência à antiguidade se deve à compreensão corrente no direito norte-americano de que o instituto é reconhecido, hodiernamente, como “issue preclusion”, como afirmam Geoffrey Hazard, Fleming James Jr e John Leubsdorf. (**Civil procedure**. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001, p. 703).

¹⁰⁸⁴ Como refere Michele Taruffo: “Il termine *res iudicata* venne spesso impiegato per indicare globalmente tutto il complesso di vincoli derivante del giudicato”. (“Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 27, n. 2, 1972, p. 278).

¹⁰⁸⁵ Ibid., p. 658-659.

¹⁰⁸⁶ Assim, Jason R. Richards: “The phrase ‘cause of action’ has largely been replaced by the more modern term ‘claim’ in the field of *res iudicata*. The former, older and more restrictive; the later suggests the modern, pragmatic approach”. (**Richards v. Jefferson County**: The Supreme Court stems the crimson tide of *res iudicata*. Santa Law Review, vol. 38, 1998, p. 696).

¹⁰⁸⁷ Neste sentido, David Shapiro, que ressalta o componente moderno dessa noção, já agora incorporada ao corpo da Federal Rules of Civil Procedure: “In defining claim to embrace all the remedial rights to the plaintiff against the defendant growing out the relevant transaction (or series of connected transactions), this Section responds to modern procedural ideas which have found expression in the Federal Rules of Civil Procedural and

obrigado a veicular em uma só demanda todas as pretensões (*claims*) que tenha contra o réu com relação ao mesmo fato ou conjunto de fatos”¹⁰⁸⁸.

Em suma, pode-se perceber, diante dessa explanação comparativa, uma moderna e crescente tendência dos sistemas processuais a reclamar do processo um componente pragmático voltado à resolução definitiva dos conflitos. No Brasil, infelizmente, esse pendore não tem encontrado reflexo na doutrina, à luz de argumentos que não parecem compatíveis com a dogmática técnica do sistema, tampouco com os modernos anseios por efetividade e agilidade na prestação da tutela jurisdicional.

4.8.4 A eficácia preclusiva da coisa julgada em sua perspectiva restritiva

A polêmica que rodeia a amplitude da eficácia preclusiva no Brasil não é contemporânea à promulgação do Código de Processo Civil de 1973. Como visto, ainda que sob perspectiva diversa, em ambiente nacional já se discutia, ao tempo do Código de 1939, a dimensão que o artigo 287 daquele diploma legal conferira aos limites objetivos da coisa julgada, bem como o propósito do legislador quando dissera que se consideravam decididas todas as questões que constituíam premissas necessárias da conclusão.¹⁰⁸⁹ Disso já se tratou em tópico precedente, e não convém aqui remontar à discussão, particularmente para se aferir se o instituto em análise decorre daquele dispositivo legal.

Certo é que a sistemática mais bem elaborada pelo Código de 1973, ao referir expressamente aquilo que na visão do legislador não fazia coisa julgada (art. 469), e ao determinar que a sentença de mérito ficaria imune à dedução de alegações e defesas que as

other procedural systems”. (**Civil procedure**: preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001, p. 34).

¹⁰⁸⁸ GIDI, Antônio; TESHEINER; José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RePro, vol. 194, abr. 2011, p. 5. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d6258bfec2da772e&docguid=I3f46c9007a5411e0ad2a01000000000&hitguid=I3f46c9007a5411e0ad2a01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=133&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 dez. 2017.

¹⁰⁸⁹ É possível que tal situação tenha decorrido da interpretação restritiva oposta por Liebman, que, ainda no regime do Código de 1939, aduzia que as questões tidas por premissas à conclusão do julgado se limitavam à mesma lide, empregada aqui, como se sabe, em desarmônia à concepção de Carnelutti. Disse o mestre italiano em referência ao artigo 287 daquele revogado diploma legal: “(...) quer dizer que a mesma lide não poderá ser suscitada com fundamento nessas questões, quer o juiz as tenha realmente decidido, quer não. *A contrario sensu*, as mesmas questões não se entenderão decididas, se a lide for outra”. (**Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 164).

partes poderiam ter articulado no processo para justificar a alteração do julgado, acabou por acirrar os ânimos quanto à abrangência do instituto.

A sistematização mais bem disposta do CPC, em termos até analíticos, não foi capaz de impedir a agitação que, pelos mesmos motivos, persistem em relação ao Código de 2015. Em boa medida, ver-se-á à frente, pela confusão do legislador ao não lograr deduzir um conceito unitário de objeto litigioso do processo, e, ainda mais, pelo vacilo na escolha de sentidos em relação ao termo “lide”.¹⁰⁹⁰

Justamente por conta disso, prevalece na doutrina nacional uma concepção restrita de eficácia preclusiva da coisa julgada. Em primeiro lugar, em função de uma indevida associação deste tema ao problema da identificação das demandas. Como o Código – em sintonia com regra que aqui logrou alcançar grande prestígio – prevê alterada a demanda quando modificado ao menos um de seus elementos (art. 337, § 2º), seria natural cogitar que a *res iudicata* ficasse restrita à declaração sobre a afirmação feita em juízo de um direito.¹⁰⁹¹ A opção pelos critérios dos *tria eadem* importaria, assim, uma pressuposta restrição à força da coisa julgada.¹⁰⁹²

Fica fácil perceber que, para essa doutrina, a eficácia preclusiva teria um papel diminuto, porque seu âmbito de atuação não discreparia dos lindes em que circunscritos os limites objetivos da coisa julgada.¹⁰⁹³ Vale dizer, as alegações e as defesas que as partes poderiam articular tanto ao acolhimento como à rejeição da demanda, sob essa ótica, deveriam estar confinadas na mesma causa de pedir deduzida no processo.

A questão que se põe é: seria realmente possível imaginar que alegações capazes de influenciar no julgamento fossem restritas a uma gama irrelevante de considerações, em si

¹⁰⁹⁰ Assim, Arakén de Assis (Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988).

¹⁰⁹¹ A expressão “ação de direito material” não foi utilizada no texto para preservar o sentido autonomista da “ação”.

¹⁰⁹² Isso fica particularmente claro nesta passagem da obra de Cândido Rangel Dinamarco: “O emprego da locução *mesma lide* revela a intenção de limitar essa proibição às causas versando demanda igual à já julgada, em seus elementos constitutivos (partes, causa, pedido), por expressa determinação do próprio Código, a coisa julgada material não imuniza o julgamento de questões de fato ou de direito, o qual nada tem de vinculativo para futuras decisões sobre pretensões diversas (...)”. (**Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. Tomo 3. Malheiros, 2009, p. 330-331).

¹⁰⁹³ Por isso a assertiva – com a qual não concordamos –, de Eduardo Talamini: “A regra em exame tem em vista exclusivamente resguardar a coisa julgada entre as partes e nos exatos limites objetivos acima postos. Fica vedado à parte valer-se das alegações e de defesas que poderia ter feito e não fez, a fim de tentar obter outro pronunciamento jurisdicional acerca do *mesmo pedido e causa de pedir* e em face do mesmo adversário. Se a parte possuía uma alegação que era relevante à defesa de sua posição, ele tinha o ônus de apresentá-la no momento adequado no curso do processo (em prazo específico, se se tratava de uma exceção; a todo tempo, durante o processo, se constituía uma objeção)”. (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 86).

inaptas de formar causa de pedir diversa? Poder-se-ia cogitar mera retórica, ou jogo de palavras, a fala de Eduardo Couture quando assevera que “ao julgar im procedente uma ação, o juiz repele não somente a fundamentação jurídica do autor, como também todas aquelas que, por diferentes argumentos de direito, teriam levado ao mesmo resultado?”¹⁰⁹⁴.

Ignora-se por completo essa fecunda e indispensável questão. No geral, aduz-se sem grande intuição que a eficácia preclusiva conferiria um anteparo protetivo à sentença contra “contestações juridicamente relevantes, não apenas no âmbito daquele mesmo processo em que se proferiu a decisão, mas também fora dele”¹⁰⁹⁵.

Segundo os partidários da tese restritiva, a impossibilidade de a eficácia preclusiva alcançar causas de pedir diversas proviria também da repulsa à teoria da individualização. Articulada a causa de pedir em função dos fatos deduzidos na demanda e não da relação jurídica discutida em juízo, fatos outros que não tivessem sido utilizados na demanda anterior poderiam, já agora em processo sucessivo, justificar a tentativa de desfazimento da regra concreta formulada. Afinal de contas, a lei do caso concreto não estaria imunizada contra ataques advindos de “demandas diversas”.¹⁰⁹⁶

Tudo isso é bastante peculiar porque, mesmo para quem defende com grande vigor uma tese minimalista, a eficácia preclusiva não prescindiria de abarcar, além das questões

¹⁰⁹⁴ **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 253.

¹⁰⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 1. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017. Não se concebe como isso seja possível, se a tal propósito já se predispõe a proteção da própria coisa julgada em sua dimensão objetiva. Se a omitida questão é relevante – e a relevância se dá em função de um componente jurídico, como reconhece o processualista fluminense, ao referir-se à expressão “juridicamente relevante” – como não dimensioná-la em causa de pedir própria? A complexidade diante desse raciocínio parece confirmar o desânimo de Eduardo Couture quando, reconhecendo que a causa de pedir qualifica-se como “(...) a razão da pretensão defendida no processo anterior”, nega-lhe um compreensão completamente segura e precisa, em razão mesmo da ausência de critérios de identificação objetivos. Em crítica pontual ao critério da tríplice identidade, com maestria adverte então que o “(...) princípio da identidade de objeto” dificilmente pode ser desmembrado do princípio da ‘identidade de causa’”. (**Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 251-252).

¹⁰⁹⁶ Assim, Antônio do Passo Cabral: “Essa eficácia preclusiva por vezes é compreendida como um produto da coisa julgada material ou, para outros estudiosos, da coisa julgada formal. temos que ambas as soluções são equivocadas e explicamos nossa divergência. Em primeiro lugar, existem autores que optam por justificar o instituto como decorrência da coisa julgada material. Ao adotar esta perspectiva, não haveria possibilidade de conciliar a eficácia preclusiva com a teoria da substanciação sobre a causa de pedir, pois se estaria atribuindo aos fatos alegados e aos não alegados a mesma força, olvidando a limitação da res iudicata pelo objeto do processo. A justificação da eficácia preclusiva na coisa julgada material só seria possível num ambiente em que se adotasse a teoria da individualização, porque então algumas questões jurídicas seriam incluídas no âmbito do objeto do processo, e consequentemente da coisa julgada”. (**Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 161).

fáticas, também considerações de ordem jurídica, como se se revelasse absolutamente claro, e sem risco de engano, imaginar que essa possibilidade não pudesse redundar na constituição de uma nova causa de pedir.¹⁰⁹⁷

Em adição a isso, aventa-se que a abrangência de fatos ou causas de pedir não deduzidos acabaria por comprometer a teoria da substanciação em razão do sacrifício aos princípios do dispositivo e da congruência. Cabendo ao juiz decidir a demanda segundo, estritamente, as alegações deduzidas e provadas pelas partes, a inclusão de considerações adicionais comprometeria a validade do próprio julgamento.¹⁰⁹⁸

Finalmente, também em tom crítico à orientação ampliativa, suscita-se vulneração ao direito constitucional de ação e aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Em suma, alega-se que a “efetividade do processo e a harmonia das decisões judiciais devem ser conciliadas com os princípios constitucionais que conformam o *due process of law*”¹⁰⁹⁹.

Nesta toada, a nódoa constitucional repousaria no fato de o instituto colocar sob o abrigo da coisa julgada ações que sequer teriam sido objeto de apreciação pelo Poder

¹⁰⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹⁰⁹⁸ Aduz Sérgio Gilberto Porto: “Pelo fato de a mudança de causa representar alteração dos parâmetros da demanda, resulta impossível aceitar o entendimento que admite a preclusão de todos os fundamentos no acolhimento ou na rejeição de determinado pedido, mesmo quando não postos em causa, consoante estabelecido pelo art. 128 do CPC, salvo se adotada, expressamente, a teoria da individualização, que identifica o conteúdo da causa de pedir na simples afirmação da existência de relação jurídica”. (**Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.101-102). Como teremos a oportunidade de esclarecer mais adiante, realmente é fato que o juiz não pode, sem risco à validade da decisão judicial, julgar a ação levando em conta deduções fáticas não articuladas pelas partes. Sucede, no entanto, que esse problema é contornado, segundo a adoção da teoria ampliativa aqui defendida, pelo fato de a eficácia preclusiva da coisa julgada situar seu raio de atuação fora dos limites objetivos da coisa julgada. Vale dizer, enquanto estes últimos devem espelhar fielmente o material fático e jurídico existente no processo, a eficácia preclusiva cuidaria justamente daquilo que não foi articulado. Daí nossa divergência com o insigne processualista gaúcho, cuja preferência por situar a eficácia preclusiva no âmbito dos limites objetivos é, como se viu anteriormente, claramente defendida. Pelas mesmas razões, também não concordamos com Paulo Mendes de Oliveira, quando assevera: “(...) se o julgamento do magistrado está limitado aos contornos da relação jurídica exposta em juízo (causa de pedir e pedido), devendo o pedido ser apreciado apenas em relação à causa de pedir declinada como seu fundamento, com muito mais razão a eficácia preclusiva da coisa julgada limitar-se-á à presunção do deduzido e repellido apenas em relação ao objeto litigioso sob julgamento, não abarcando quaisquer fatos jurídicos distintos da relação substancial apreciada”. (**Coisa julgada e precedente: limites temporais e relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 105). Não haveria objeções ao seu pensamento se o conceito de objeto litigioso do processo fosse, para o direito processual brasileiro, um dado prévio inequívoco. Como tal não ocorre, principalmente pelo fato de a triplíce identidade não lograr resolver todos os problemas que se apresentam ao processualista (assim, Guilherme Freire de Bastos Teixeira. **O princípio da eventualidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 283-284), convém investigar até que o ponto o sistema é coerente com a regra dos *tria eadem*.

¹⁰⁹⁹ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82.

Judiciário, e, o que seria ainda pior, sem qualquer motivação hígida a esse respeito.¹¹⁰⁰ Deste modo, uma exegese que se afinasse àquilo que contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não poderia alcançar causas de pedir diversas daquelas que articuladas no processo, porque isso importaria em alteração da demanda, de seu turno não infensa à análise judicial.¹¹⁰¹

É de acessível compreensão, portanto, que o dissenso havido entre as correntes ampliativa e restritiva encontra nos conceitos de “questões”, “defesas” e “alegações” – e, por via de consequência, de “fatos jurídicos” e “fatos simples”¹¹⁰² – um ponto-chave à compreensão do instituto. A esse tema se regressará em momento oportuno.

Por ora, é suficiente assentar que este debate está subjacente a uma corrente intermediária entre os dois opostos, que encontrou no professor José Maria Rosa Tesheiner seu mais lúcido articulista. Como refere o próprio jurista, sua doutrina fica “a meio caminho entre as duas correntes”¹¹⁰³ porque leva em consideração particularidades entre a natureza dos fatos e de efeitos jurídicos.

Para tanto, o processualista traçou um método peculiar de trabalho. Dividiu as situações possíveis em quatro esquemas diversos, a saber: a) fatos da mesma natureza que produzem o mesmo efeito jurídico; b) fatos de natureza diversa, mas que produzem o mesmo efeito jurídico; c) fatos da mesma natureza que produzem efeitos jurídicos diversos, ainda que iguais; d) fatos de natureza diversa e que produzem efeitos também diversos. Na visão do jurista, a eficácia preclusiva apanharia apenas a hipótese de fatos da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeito jurídico.¹¹⁰⁴

A tese, a despeito do brilhantismo de seu idealizador, não pode ser aceita por duas singelas razões: em primeiro lugar, o processualista não indica qual o critério jurídico seguro para determinar o que definiria a natureza de um fato, tampouco o que, na essência, acabaria por diferenciar um de outro. Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que atos ilícitos ensejadores de responsabilidade civil teriam a mesma natureza? Se não, que critério ainda mais reducionista poderia satisfazer tal metodologia?

¹¹⁰⁰ Neste compasso, assevera Eduardo Talamini: “A idéia de um ‘julgamento implícito’ é incompatível com a garantia da inafastabilidade de tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV): o jurisdicionado estaria sendo impedido de levar a juízo uma pretensão que jamais formulara antes. É também inconciliável com o dever constitucional de fundamentação das decisões (art. 93, IX): se é absolutamente nula a decisão que não traz suas razões, o que dizer da rejeição de uma alegação ou defesa sem qualquer apreciação?” (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85).

¹¹⁰¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 325.

¹¹⁰² SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. 5. ed. Trad. Pietro Castro. Barcelona: Boch, 1950, p. 167.

¹¹⁰³ **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 161.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, loc. cit.

Por outro lado, nenhum dispositivo legal parece acompanhar esse raciocínio, que se adotado poderia, quiçá, suscitar a proliferação de exegeses arbitrárias no desiderato de definir o que, em cada caso específico, poderia ser considerado atingido pela eficácia preclusiva. A liberdade que se conferiria ao julgador na tarefa de investigar, em cada caso, essa situação, poderia contribuir para a construção de situações de perplexidades.

Embora não tenha logrado articular uma teoria que explicasse essa suposta vantagem em aproximar os fatos pela natureza essencial, o professor da PUC ilustra sua teoria com exemplos. Discordando de Ovídio A. Baptista da Silva e Araken de Assis, aduz, primeiramente, que julgado improcedente o pedido de separação judicial com fundamento no adultério, nada impediria o autor de voltar a juízo para postular a mesma providência, agora com amparo na alegação de embriaguez.¹¹⁰⁵

Sabendo-se que essas duas situações estão, em regra, articuladas em função do conceito de “ato que inviabiliza a vida em comunhão” (arts. 1.572 e 1.573 do Código Civil)¹¹⁰⁶, seriam eles realmente de natureza diversa? A diversidade levaria em conta qual referencial, sua natureza transitiva a determinado resultado jurídico específico? Não seria, porventura, o adultério um fato único e específico, e os casos de infidelidade, articulados com base em tal figura jurídica (art. 1.573, inciso I, do Código Civil), episódios factuais?

Em outra situação, o mesmo professor alude que, para fins de nunciação de obra nova, a posse ou a propriedade do autor seriam considerados fatos de natureza similar. Assim, vencido o demandante quando o fundamento de sua ação fosse a posse, não poderia ele, em momento posterior, voltar a juízo para requerer a mesma providência que lhe fora negada, alegando agora a propriedade do bem.¹¹⁰⁷ Seria essa diferenciação realmente oportuna para a providência almejada?

Em suma, a ausência de um elemento específico definidor que tivesse autoridade de justificar a discriminação quanto à similitude de fatos e, pois, de questões – circunstância que, como se viu anteriormente, atormentou a doutrina europeia a respeito do conceito de “fato jurídico” – parece desaconselhar a adoção da teoria do querido professor. No mais, como se verá adiante, nada desaconselha a opção por uma teoria ampliativa; considerações de índole técnica e de conveniência constitucional, ao contrário, recomendam que à eficácia preclusiva da coisa julgada se empregue interpretação que lhe projete a maior potencialidade possível.

¹¹⁰⁵ **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 161.

¹¹⁰⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF. Disponível em: <Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 22/11/2017>. Acesso em: 15/02/2018.

¹¹⁰⁷ TESHEINER, op. cit., p. 162.

4.8.5 Por que a adoção por uma tese ampliativa?

As considerações expostas a respeito da tese restritiva acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada revelaram que essa teoria está assentada em considerações que se intitulam de personalidade técnica, dentre as quais se destaca a circunstância de o ordenamento processual brasileiro, por tradição, ter optado pelo critério da tríplice identidade quanto à tarefa de identificação das demandas.

O raciocínio é completado pela seguinte conclusão: assumindo a demanda a compleição que seus elementos lhe subordinam, não poderia o juiz decidir a respeito daquilo que não foi postulado, tampouco avaliar a regularidade do pedido e da defesa com base em fundamentos que não foram efetivamente deduzidos. A coisa julgada, em sentido bastante limitado, corresponderia então à qualidade que recairia sobre o pronunciamento judicial, à luz das considerações expressamente aventadas e decididas.

Essa compreensão do fenômeno, que se não chega a inutilizar por completo o instituto, certamente o projeta a um lugar de relevância incompatível àquele que a Constituição Federal lhe reservou. E isso, logicamente, é desdobramento direto da percepção de que a eficácia preclusiva da coisa julgada não é uma consequência natural da própria *res iudicata*.¹¹⁰⁸

Refutada, peremptoriamente, essa visão – que tem por pressuposto um embaralhamento de institutos com singularidades especiais –, não se pode sonegar a sua dinâmica a mesma potencialidade que recobre a coisa julgada, enquanto garantia constitucional de segurança jurídica.¹¹⁰⁹ Trata-se, em realidade, do mesmo fenômeno, em

¹¹⁰⁸ Bem por isso tem a doutrina majoritária uma dificuldade enorme de situar o campo de atuação do instituto, quicá impressionado pelo designativo “preclusiva”. Na tentativa de explicar-lhe a essência, deturpam-se propectas convencionais, como o é a corrente compreensão de que a preclusão firma seus propósitos no interior do processo. Na junção de duas realidades que não se compatibilizam, propõe-se, por exemplo, a construção de uma teoria segundo o qual, em situações especiais, a preclusão projetaria consequência para fora do processo. A eficácia preclusiva teria, pois, essa capacidade excepcional. Segundo Fernando Rubin: “Está-se, portanto, diante de situação especial que projeta os efeitos da preclusão, ocorrido na apresentação do tema litigioso (especialmente na fase postulatória, em face da aplicação da técnica da eventualidade), para fora do processo, ventando, em muitos casos, a propositura de nova demanda. Louvável, por isso, o seu estudo pontual, bem como a utilização da específica expressão ‘eficácia preclusiva da coisa julgada material – já que se trata de instituto autônomo (produto final ‘c’), decorrente da aplicação amalgamada dos préstimos da preclusão (produto ‘a’) e da coisa julgada material (produto ‘b’)”. (A preclusão, a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada: interpretações em torno do art. 474 do CPC. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 109, abr. 2012, p. 42). Correta, ao contrário, portanto, a compreensão de Andrea Proto Pisani, quando aduz que a essência da eficácia preclusiva da coisa julgada repousa na aptidão de fazer prevalecer a *res iudicata* contra o *ius superveniens* retroativo. (**Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 64).

¹¹⁰⁹ Como pondera Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “Como a eficácia preclusiva aqui estudada integra, de forma indissociável, o instituto mais amplo da coisa julgada, pode-se concluir ter aquela por fundamento normativo a

perspectiva diversa, porém. Dito de outro modo, reconhecendo-se no instituto uma projeção natural da coisa julgada, constituída, pois, da mesma estrutura, não haveria razão lógica alguma a subtrair-lhe o regime que a garantia constitucional acabou por herdar do sistema normativo dispensado aos direitos fundamentais.

Deste modo, é um equívoco empreender a qualquer instituto, sobretudo àqueles com assento constitucional, uma exegese que conspire suas premissas à luz de um olhar estritamente legal. Ao contrário, a qualquer conceito há de se destinar uma compreensão que tome em conta, primeiramente, o sentido que a Constituição lhe determina, vale dizer, a exegese que há de imperar à definição de determinado instituto força observação, em primeiro lugar, à Constituição e a seus propósitos. É dizer, um modelo interpretativo do tipo “de cima para baixo”, e não o inverso.¹¹¹⁰

E se assim sucede, é natural imaginar que às normas que refletem intenções constitucionais se empreenda interpretação que melhor se afeiçoe ao propósito da regra refletida na Constituição.¹¹¹¹

No caso particular da eficácia preclusiva da coisa julgada, essa exegese limitativa não atende ao propósito da Constituição, sobretudo porque ao texto inscrito no artigo 508 do Código de Processo Civil – e em especial aos elementos que lá se encontram referidos –, outorga-se um sentido redundante que, como referido acima, acaba por esvaziar quase que completamente a utilidade do instituto.¹¹¹²

própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º. XXXVI. Descendo ao nível infraconstitucional, o art. 474 do CPC é que dá o seus delineamentos”. (Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, dez. 2005, p. 51).

¹¹¹⁰ Daí a lição do saudoso Celso Ribeiro Bastos: “Na Constituição, o fenômeno hierárquico ganha um sentido próprio, evidenciado pela circunstância de que não há um conjunto de normas às quais se pudessem filiar os preceitos da Constituição. Deve-se evitar qualquer infringência dessa particularidade, reconhecendo-se que a Constituição é norma superior em qualquer ocasião. Portanto, não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis. A fórmula a adotar-se para a explicitação de conceitos opera sempre ‘de cima para baixo’, o que serve para dar segurança em suas definições. O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, proceder-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição”. (**Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 124).

¹¹¹¹ Nesse contexto se coloca a sugestiva idealização de Aharon Barak sobre a proporcionalidade. Ao lado do tradicional requisito do “propósito adequado”, que consiste na verificação se a interpretação que se opera em relação à ponderação entre valores antagônicos atende a uma razão justificável, o constitucionalista israelense acrescenta o elemento da “rational connection”, que se implementaria na correspondência entre o propósito almejado e o instrumento legislativo ou interpretativo posto à concretização daqueles propósitos: “The requirement is that the means used by the limiting law fit (or are rationally connected to) the purpose the limiting law was designed to fulfill. The requirement is that the means used by the limiting law can realize or advance the underlying purpose of that law”. (**Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Translated from the hebrew by Doron Kalir. Cambridge University Press, 2012, p. 303).

¹¹¹² Essa sistemática implica, como refere Józef Wróblewski, um inequívoco vício interpretativo, consistente na atribuição de valor redundante a um ou alguns elementos do texto a ser interpretado: “No se debería determinar

A esse tema se regressará mais adiante, mas é fundamental determinar agora que o próprio sistema processual positivo proporciona elementos cognitivos válidos que autorizam a construção de uma teoria ampliativa a respeito da eficácia preclusiva, sem que seja necessário o socorro a questões de abstrata constitucionalidade. E isso perpassa pela compreensão de que o critério da tríplice identidade, conquanto fundamental para a resolução de questões essenciais dentro do processo – como a temática da identificação das demandas, por exemplo –, não assume a mesma fundamentalidade quanto se destina a explicar a coisa julgada.¹¹¹³

Se neste último campo parece infundir a necessidade de se aferir “a coincidência de determinado relacionamento jurídico entre dois sujeitos (*eadem quaestio*)”¹¹¹⁴, não poder haver dúvidas de que a elaboração dogmática em torno do objeto litigioso do processo também dever seguir contornos diversos. Explicando melhor: se a coisa julgada visa a preservar o efeito declaratório da sentença de mérito¹¹¹⁵ – que em última análise corresponde à resposta judicial ao pedido formulado pelo autor –, a salvaguarda desse valor estaria

el significad de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes (...). Esta directiva presupone algunas propiedades de la técnica legislativa, las cuales garantizan la relevancia de cada expresión en el lenguaje legal”. (**Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1988, p. 48). Tomando-se em conta o texto do artigo 508 do Código de Processo Civil, a atribuição de sentido aos termos “alegações” e “defesas” como elementos integrantes do objeto litigioso que serviu de mote à identificação da demanda proposta, acabaria por retirar da eficácia preclusiva qualquer relevância, como se verá a seguir, do instituto como elemento auxiliar de proteção à regra concreta formulada pelo juiz na decisão de mérito.

¹¹¹³ Em abono a esse entendimento, acentua Vicente Greco Filho que “(...) a tríplice identidade é elemento perfeito de identificação da ação, mas não pode ser utilizado para limitar o âmbito do chamado efeito negativo da coisa julgada. (...) O efeito negativo da coisa julgada consiste na proibição de voltar a discutir ou decidir o que foi decidido no dispositivo de sentença de mérito irrecorrível em face das mesmas partes, qualquer que seja a ação futura” (**Direito processual civil brasileiro**. 18. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 289). Quer-se com isso acentuar que o critério dos *tria eadem* não se erige como elemento seguro a determinar o grau de proteção que se deve conferir à coisa julgada porque em razão dele, por exemplo, demandas que não coincidem quanto aos três elementos podem ensejar um contradição prática insuportável. Atentemos ao exemplo de Ovídio A. Baptista da Silva: “Variemos, momentaneamente, de exemplo para figurarmos o caso de uma ação de cobrança proposta pelo mutuante contra o mutário, em que sejam pedidos o pagamento do capital e dos juros. Em tal demanda, a questão do pagamento estará ou não estará contida no pedido inicial, de tal sorte que, sendo defesa deduzível, mas não deduzida pelo réu, a coisa julgada a abranja? Pense-se no caso em que o demandado, ignorando que seu procurador havia pago a dívida, limite-se a contestar a cobrança alegando prescrição da ação, vindo a perder. Poderá, depois, de a sentença transitar em julgado, pretender recobrar o que pagou em virtude do julgado, sob o fundamento de que a dívida objeto do primeiro processo não mais existia? Certamente não o poderá fazer, sem ofender a coisa julgada”. E isso sucede porque, como ressalta o mestre gaúcho, “não podemos olvidar que relações jurídicas e não apenas fatos poderão constituir matéria integrante da lide e, como tais abrangidas pela *eficácia preclusiva* decorrente da coisa julgada”. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 126-131).

¹¹¹⁴ TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 160.

¹¹¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 494.

seriamente ameaçada se a eficácia preclusiva da coisa julgada não imunizasse esse pronunciamento de qualquer alegação.¹¹¹⁶

Quando se afirma, com razão, que a causa de pedir transita em julgado porque parte integrante da demanda,¹¹¹⁷ é preciso tomar o cuidado de se evitar uma confusão que tem se revelado tão comum quanto prejudicial. A *causa petendi* assume dentro do processo a relevância de formatar os contornos que o juiz deve seguir na tarefa de elaboração da norma concreta.

Já se disse, exaustivamente até, que a validade da decisão judicial está condicionada à liberdade que o ordenamento confere às partes para trazer ao interior do processo as considerações de fato e de direito com que pretendem ver satisfeito o direito à tutela jurídica processual. Realmente, não se poderia nominar de democrático um sistema que obrigasse as partes, na acepção técnica do termo,¹¹¹⁸ a trazer ao debate aquilo que o julgador, previamente, considerasse como sendo a moldura adequada à resolução do conflito. As partes litigam no processo sob as alegações de fato e de direito que julgam convenientes ao amparo de suas pretensões.

É dizer: não cabe ao juiz, ainda que assim lhe pareça conveniente, amparar seu raciocínio à luz de ponderações que não foram articuladas pelas partes, tampouco responder à demanda outorgando ao vencedor algo aquém, além ou fora do pedido. A isso se opõem, como já visto, as vetustas regras inscritas nos artigos 141 e 492 do CPC, respectivamente. A causa de pedir e o princípio da congruência servem, pois, como freios à liberdade do juiz; mas uma vez prolatada a decisão de mérito e estipulada a regra concreta que vincula as partes, é a resposta ao pedido que ganha refúgio contra eventuais ataques posteriores.¹¹¹⁹

¹¹¹⁶ É irrepreensível, deste modo, a conclusão havida por Gustavo Filipe Barbosa Garcia, quando aduz que “(...) transitando em julgado o primeiro *decisum*, nenhum outro fundamento anteriormente dedutível poderá ser objeto de alegações pelas partes, com o fim de alterar o seu efeito, que se tornou imutável”. (Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, dez. 2005, p. 51).

¹¹¹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 506.

¹¹¹⁸ Como menciona Manuel A. Domingues de Andrade, o termo obrigação é impropriamente usado em sentido amplo na linguagem jurídica, como sinônimo de “dever jurídico” ou mesmo de “sujeição”. (**Teoria Geral das Obrigações**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1966, p. 1).

¹¹¹⁹ É curioso notar que essa premissa essencial à tese aqui defendida é admitida por quem, justamente, defende um entendimento restrito a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada. Como reconhece Cândido Rangel Dinamarco, “(...) o que a coisa julgada imuniza é sempre o *decisum*, que constitui resposta ao *petitum*”. (**Intervenção de terceiros**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 22). Perceba-se que o mestre das Arcadas não diz que a imunização do *decisum* ocorre à luz da causa de pedir formulada.

O fato de a regra restar imunizada juntamente com a causa de pedir que lhe deu amparo – além das premissas necessárias que configuram uma “prejudicialidade lógica”¹¹²⁰ – não significa afirmar que esteja o *decisum* imunizado em *virtude* dela e apenas *por* ela, mas sim *com* ela.¹¹²¹ Só assim se salva a regra da eficácia preclusiva da mais pura inutilidade, pois, do contrário, a proteção que se supõe necessária, conferida pelos limites objetivos à lei do caso concreto – reconhecidamente insuficiente pelo próprio sistema com o forjamento do artigo 508 do CPC –, ficaria ao desabrigo de demandas que, embora formalmente diversas, teriam por aptidão retirar todo o proveito proporcionado pelo pronunciamento anterior, gerando assim uma incompatibilidade de ordem prática.¹¹²²

Essa interpretação, que parece a única apta a resguardar a utilidade e o sentido da *res iudicata*, atende a um imperativo ético. A coisa julgada não condescende com demandas incompatíveis que possam constituir incongruências práticas,¹¹²³ e deixaria de assumir algum realce jurídico se permanecesse à mercê, incessantemente, da vontade do sucumbente que,

¹¹²⁰ À revelia da qual nenhum ordenamento poderia conviver em paz, com destaca Andrea Proto Pisani: “La limitazione dell’oggetto del processo e del giudicato alla sola coppia pretesa-obbligo dedotta in giudizio dall’attore rischia di dare luogo a giudicati nella sostanza praticamente contraddittori o comunque ad una contraddittorietà no sopportabile da alcun ordenamento che riconosca il valore del giudicato sostanziale”. (**Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999, p. 69).

¹¹²¹ Essa conclusão, bem se pode ver, impõe uma explicação à lição de José Ignácio Botelho de Mesquita, quando afirma que: “*Causa petendi e petitum*, intimamente ligados, qual verso e reverso da mesma medalha, ou alicerces e paredes do mesmo edifício, são por excelência os elementos identificadores do objeto do processo, pois o *petitum* é condição da existência da *causa petendi* e esta, por sua vez, não se limita a qualificá-lo ou restringi-lo, mas o individua plenamente”. (A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980, p. 168). Como citado acima, a coisa julgada não fica condicionada à proteção que lhe subordina a amplitude da causa de pedir. Esta, de seu turno, confere ao magistrado as balizas por onde seguir na tarefa de entregar às partes a tutela jurisdicional. No processo, como diz o emérito processualista, o pedido realmente é condição de existência da causa de pedir, mas para efeitos de proteção conferida pela eficácia preclusiva da coisa julgada, que se assenta em fatos e fundamentos não deduzidos no processo, essa condicionalidade se revela ilusória.

¹¹²² Como oportunamente observa Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “Se a segunda demanda possuir as mesmas partes e o mesmo pedido, apenas com causa de pedir diversa, ausente a tríplice identidade de elementos, poder-se-ia concluir pela possibilidade de sua propositura. Aqui, a eficácia preclusiva da *res iudicata* figurará com toda a sua força, em plena demonstração de sua importância, pois o dispositivo da sentença de mérito anterior, transitada em julgado, ficará resguardado de qualquer modificação. Ou seja, caso presente a hipótese do art. 474 do CPC, este *decisum* tem de ser observado pela sentença oriunda da segunda demanda, cujo dispositivo não poderá decidir de forma diversa do que ali consta, so pena de violação da coisa julgada. Na realidade, se tal violação ocorresse, seria da própria *res iudicata* material, concretizada no dispositivo. No entanto, é a eficácia preclusiva da coisa julgada que evita esta transgressão”. E, à frente, vai ao âmago da questão: “O art. 474 do CPC, ao mencionar o termo ‘alegações’ não as restringe a meros ‘fatos simples’ que não constituem causa de pedir, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não o faz. Se as novas ‘alegações’ nem sequer constituíssem causa de pedir diversa, todo o problema já estaria resolvido pelo art. 301, VI e §§ 1º. A 3º, do CPC, retirando a utilidade do que dispõe o referido art. 474 do mesmo diploma legal”. (Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, dez. 2005, p. 55).

¹¹²³ Consoante Heinitz, o recanto proporcionado pela coisa julgada impõe ao juiz do segundo processo um claro dever de abstenção: “Il divieto per il giudice di fare nel secondo processo una statuizione incompatibile con quella passata in giudicato, sussiste sempre, quale che sai la forma giuridica in cui ciò sai tentato”. (**I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937, p. 230).

guardando uma “carta na manga”, pudesse retornar a juízo e, por seu exclusivo alvedrio, tentar alterar a regra concreta anteriormente formulada.¹¹²⁴

A regra da eventualidade e o correspondente elemento temporal que lhe subjaz assumem perante o direito nacional um bom fundamento no intuito de determinar a unicidade ou não de uma dada situação jurídica. A isso se retornará em momento adequado para que se possa compreender que limites são esses, dentro do quais não há espaço a decisões que representem pedidos incompatíveis.¹¹²⁵

É necessário regressar aqui a um ponto fundamental que assume lugar de destaque na teoria ampliativa da eficácia preclusiva da coisa julgada: a aparente diversidade que se extrai das regras contidas nos artigos 337, § 2º e 508, ambas do CPC, decorre da impertinência de uma idealização unitária quanto ao objeto litigioso do processo, como supôs possível Schwab.¹¹²⁶

Mas daí se levanta um questionamento fundamental: de que forma teria o Código de Processo Civil¹¹²⁷ formatado, em termos práticos, o objetivo litigioso do processo? O problema não é de fácil equacionamento, já que o legislador, como referido, parece não ter se valido do mesmo critério em todas as situações em que se exige exame.

No Código revogado, por obra de seu idealizador, a palavra “lide” equivalia à ideia de “mérito”, forjada, contudo, em acepção diversa àquela articulada por Carnelutti.¹¹²⁸ Seguindo

¹¹²⁴ Daí a perplexidade de Ovídio A. Baptista da Silva: “(...) até que ponto pode o autor limitar a demanda, com a simples operação de omitir, na inicial, certa parte do *conflito de interesses*, deduzindo apenas algumas circunstâncias, e, pois, limitando-a, transformá-la em outra? Parece evidente que não poderá ficar ao exclusivo critério do autor o estabelecimento desses limites e é, justamente, essa finalidade de evitar a atomização da demanda que acabaria por destruir o próprio conceito de coisa julgada, que inspirou o legislador ao redigir o art. 474”. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 133).

¹¹²⁵ Segundo Sergio Menchini, a vedação de desprezo ao gozo de um bem da vida conferido ao litigante vencedor pelo manejo de demanda incompatível à situação de vantagem alcança quaisquer fatos, sejam constitutivos, impeditivos ou modificativos, direta ou indiretamente: “L’*autorità della cosa giudicata rende incontestabile, in ogni futuro processo, l’attribuzione del bene della vita compiuta dalla sentenza; quesa non può essere successivamente posta in discussione, né in via diretta, ossia chiedendo una decisione uguale a quella negata dalla prima pronuncia, né in via indireta, ossia avanzando un petitum, che rappresenti l’esatto contraio di quanto dichiarato dalla precedente statuizione: ‘con ogni accertamento, positivo o negativo che sia, è escluso insieme anche l’opposto che vi acontraddice’*. La intangibilità de bene della vita attribuito è attuata mediante la preclusione delle questioni, *rectius* tramite la preclusione del dodotto e del deducibile; il giudicato impedisce, cioè, di far valere fondamenti costitutivi oppure fatti impeditivi, modificativi od estintivi no soltanto già allegati ne primo processo e respinti, ma anche, benché deducibili, no dedotti, al fine di ottenere una nuova statuizione sulla situazione soggettiva già decisa”. E à frente completa: “La dottrina maggioritaria si esprime a favore della preclusione di tutti fatti costitutivi, impeditivi, modificativi od estintivi vuoi dedotti in giudizio, vuoi non allegati, benché deducibili”. (**I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 330-331).

¹¹²⁶ ASSIS, Araken. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 29.

¹¹²⁷ A referência se estende também ao Código revogado, dada a similitude de tratamentos.

¹¹²⁸ BUZAID, Alfredo. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 102.

a crítica desenvolvida por Liebman,¹¹²⁹ Alfredo Buzaid compreendia que a lide, ou o mérito, correspondia ao pedido formulado pelo autor, reconhecendo que o objeto litigioso do processo equivalia, então, àquele pedido, ou, por outros termos, às “aspirações em conflito de ambos os litigantes”.¹¹³⁰ Particularmente expressiva, nesse sentido, era a dicção do artigo 269, inciso I do CPC/73¹¹³¹ – reproduzida quase que na integralidade, agora, no artigo 487, inciso I, do CPC de 2015.

Como conciliar essa compreensão com a literal exigência pela tríplice identidade escrita no artigo 301, § 2º, do CPC/73 e, agora, no artigo 337, § 2º do Código em vigor? Só há, pois, uma resposta lógica e possível a essa intrincada questão: admitir que o raio de atuação da eficácia preclusiva da coisa julgada ultrapassa as fronteiras delimitadas pelos limites objetivos da coisa julgada, que encontra na resolução da questão principal seu objetivo central.¹¹³²

Considerado o patrimônio histórico de nossa legislação, haurido do gênio de pensadores simpáticos às premissas agora expostas, essa construção deveria se traduzir numa conclusão suave. Convém examinar, primeiramente, o pensamento de Liebman, em quem, sabidamente, Alfredo Buzaid se inspirou para tracejar alguns dos institutos centrais do Código de 1973.

Segundo o jurista italiano, a *ratio* da coisa julgada se assenta na imperiosa necessidade de se resguardar o resultado prático do processo. Sendo, pois, a sentença a resposta do juiz aos pedidos formulados, e considerando-se ter ela – quando válida – os mesmos limites destes

¹¹²⁹ Que aceitava a teorização de Carnelutti “(...) com alguns importantes reparos”, uma vez que para ele “(...) o processo e a lide têm sempre medidas que se correspondem e sobrepõem exatamente”. (O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017).

¹¹³⁰ **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 104.

¹¹³¹ É curioso notar, como percebeu Araken de Assis, que quando de seu retorno à Itália, Liebman alterou seu entendimento a respeito do mérito, passando a conceituá-lo como toda a matéria que influi, direta ou indiretamente, na resolução da procedência do pedido. Assim, segundo o processualista gaúcho: “No fim, como observa Cândido Rangel Dinamarco, o CPC terminou por se divorciar da lição de Liebman, não acompanhando, tudo pesado, a renovada definição de mérito proclamada pelo processualista italiano”. (Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 33).

¹¹³² Daí a arguta conclusão de Araken de Assis: “(...) a eficácia preclusiva vai *além* do que, de regra, se encontra abrangido na resolução do conflito de interesses e das correspectivas questões trazidas pelas partes. Nenhuma outra interpretação, salvo engano, preserva o sentido da cláusula examinada. Qual o sentido da regra se os limites objetivos ‘naturais’ da coisa julgada resolvem integralmente o problema?” (ibid., p. 39-40).

pedidos, esse elemento de correspondência seria “o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada”.¹¹³³

A eficácia preclusiva, por seu turno, compreenderia o modo mais confiável de se resguardar esse resultado, normalmente incompreendido porque, segundo o mestre, frequentemente se incorria no perigoso equívoco de admitir que a coisa julgada estenderia seus tentáculos a todas as questões debatidas e decididas. Haveria aí um duplo equívoco: o de supor que a coisa julgada ficaria restrita às questões expressamente debatidas e decididas, e o de imaginar que todas estas, somente por essa razão, estariam a escapar de sua força.¹¹³⁴

A referência feita a tais questões é primorosa: não fazendo coisa julgada, poderiam pacificamente substanciar outra demanda, desde que seu resultado não colidisse com a norma formulada pelo juiz no processo anterior, havida então como resposta ao pedido formulado pelo demandante.

Outra referência a se fazer diz respeito à contribuição de Carnelutti ao sistema processual nacional, particularmente a partir do Código de 1973. Embora tenha feito alusão, como salientado, a uma dimensão diversa daquela imaginada pelo jurista italiano, Alfredo Buzaid centrou a noção de objeto litigioso do processo em torno do conceito de lide, embora nem sempre essa sistemática tenha se revelado coerente. Convém que se estabeleça, pois, a noção de questão à luz de seu pensamento.¹¹³⁵

¹¹³³ **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 63.

¹¹³⁴ Convém transcrever-lhe o pensamento: “Importa realçar que a afirmação frequente, segundo a qual se estenderia a coisa julgada a todas as questões debatidas e decididas, é duplamente inexata. Em primeiro lugar, porque se estende também a questões não debatidas e decididas: se uma questão pudesse ser discutida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende, não obstante, a coisa julgada, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. Por exemplo, o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e foi condenado. Não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. A finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser. (...) Em segundo lugar, pelo contrário, não se abrangem na coisa julgada, ainda que discutidas e decididas, as questões que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, o juiz deverá examinar, como premissa da questão principal (questões prejudiciais em sentido estrito): foram elas conhecidas, mas não decididas, porque sobre elas o juiz não sentenciou, e por isso podem ser julgadas livremente em outro processo, mas para fim diverso do objetivado no processo anterior; e o resultado desse processo deve permanecer intangível, mas para qualquer outro efeito subsistem as questões prejudiciais (...). Por essa razão, ao invés de estabelecer os limites da coisa julgada com fundamento nas questões discutidas, convém lembrar que o que a coisa julgada deve assegurar, é o resultado prático e concreto do processo (ou, em outras palavras, o seu efeito), e nada mais que isso”. (ibid., p. 62) (grifou-se).

¹¹³⁵ Como reconhece Ovídio A. Baptista da Silva, seria um contrassenso não avocar nessa tarefa as ideias do mestre italiano, sobretudo para se aferir se o conceito de “lide parcial” por ele cogitado encontraria terreno fértil entre nós. Daí a afirmar: “No que diz respeito, especificamente, a nosso tema, parece que o conceito de questão com que teremos de lidar, para compreender nosso direito positivo, não pode ser desvinculado do conceito de

Com razão dizia Carnelutti que as partes são soberanas ao decidir qual matéria deveria ser trazida à consideração judicial para a análise do pedido, mas se equivocava quanto aludia ter feito parcial a lide quando o autor, podendo expor em juízo todas as causas possíveis ao acolhimento deste pedido, resolvesse deduzir apenas uma ou algumas delas.¹¹³⁶ Como bem refere Ovídio A. Baptista da Silva, a parcela da controvérsia que ficara de fora do processo não representava ao juiz mais que um simples boato, que dele poderia tomar conhecimento, sem qualquer repercussão para o processo.¹¹³⁷

Deste modo, como diz Liebman, se o pedido do autor é o objeto do processo e, assim, não poderia haver processo parcial,¹¹³⁸ não se pode ignorar que algum destino se há de designar à parcela da controvérsia que, propositadamente, o autor deixara de fora do processo.

Se o problema, à luz do Código de 1939, não suscitava questionamentos de maior monta, como reconhecia o próprio Buzaid – por conta da regra prática disposta no parágrafo único, do artigo 287 –,¹¹³⁹ nos sistemas que lhe sucederam, a eficácia preclusiva da coisa julgada teve de atuar justamente naquele flanco deixado então a descoberto. Vale dizer, a eficácia preclusiva passaria a atuar para impedir que as partes voltassem a juízo e, por intermédio de outra demanda, suscitasse aquela parcela da lide deixada de fora do primeiro processo.¹¹⁴⁰

Não pode haver dúvidas, portanto, de que o material de apoio conferido pela eficácia preclusiva opera, se se pretende conferir alguma logicidade ao sistema – sobretudo se levada

lide, como a define Carnelutti”. (Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 125).

¹¹³⁶ Tem razão, assim, Liebman quando, em crítica aberta ao conceito de lide proposto por Carnelutti, assevera que o “(...) mérito da causa não é (...) o conflito existente entre as partes fora do processo e sim o pedido feito ao Juiz em relação àquele conflito”. (O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999, p. 5. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 16 dez. 2017).

¹¹³⁷ SILVA, op. cit., p. 114.

¹¹³⁸ LIEBMAN, op. cit., p. 6.

¹¹³⁹ Como refere, neste sentido, Ovídio A. Baptista da Silva: “O processo ‘compreende todas as questões cuja solução constitua um pressuposto necessário para o julgamento da lide’; contudo essas questões integram a demanda, quer sejam debatidas, quer não, contanto que sejam um *prius* em relação à conclusão, como diz o professor Buzaid, ou seja, um pressuposto para a solução de demanda, como afirma Carnelutti. Reduzindo à expressão mais simples o problema, encontramos-nos ante a seguinte proposição: a coisa julgada envolve todas as questões cuja solução seja um pressuposto da decisão final da causa, estejam elas expressas ou não na petição inicial, mas as questões que não forem invocadas pelo autor ficarão fora da demanda, embora pertençam à lide”. (op. cit., p. 125).

¹¹⁴⁰ Essa, pois, a conclusão a que chegou Araken de Assis: “(...) fica claro o espírito que presidiu ao nascimento do art. 474 do CPC, vale dizer, a necessidade prática de afastar, no futuro, um novo processo tendo por causa aquela porção da lide pré-processual excluída, voluntariamente, da primeira relação processual”. (Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 39).

em conta a função dos limites objetivos –, “na intenção de ampliar o contexto e os limites da coisa julgada para o fito de resguardar a imutabilidade da resposta judicial ao ‘pedido’”¹¹⁴¹. Do contrário, não faria qualquer sentido a parte final do artigo 508 do Código de Processo Civil, que alude a circunstâncias que, por si sós, seriam capazes de justificar tanto o acolhimento quanto a rejeição do pedido.¹¹⁴²

Que material, pois, seria esse que não o arcabouçou que dá amparo à causa de pedir, no que se refere ao autor, e à própria razão que dá sustentação à defesa enquanto pedido de tutela jurídica formulada pelo réu?¹¹⁴³ A *ratio* do instituto, assim, como *longa manus* da coisa julgada, importa na consumação de toda a lide pré-excluída,¹¹⁴⁴ que, se não julgada implicitamente, por certo se torna absolutamente inoperante a modificar a regra concreta formulada pelo juiz no primeiro processo.

Desde aqui já é possível aferir que o aparato referido no artigo 508 do CPC, ao contrário do que faz sugerir a doutrina mais conservadora, não se limita aos fatos que se encontram na causa de pedir efetivamente articulada em juízo,¹¹⁴⁵ ou, se assim se preferir, nos “parâmetros da lide deduzida”.¹¹⁴⁶

¹¹⁴¹ ASSIS, Araken de. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 40.

¹¹⁴² Deste modo, não parece correta a lição de Ernane Fidélis dos Santos quando aduz que o legislador foi prudente ao se referir a “alegações” e não a “causas” quando pretendeu moldar o instituto em tela. (**Comentários ao CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 342). Esse modo de encarar o fenômeno parte do pressuposto de que as alegações e defesas diriam respeito, quanto à matéria não jurídica, a “fatos simples”. Como bem acentua Celso Agrícola Barbi, apenas os fatos jurídicos projetam relevância para o processo porque destinam consequências aos direitos: “Sabidamente, os fatos, sob o ponto de vista processual, podem ser jurídicos ou simples. Aqueles são os que criam, modificam, conservam ou extinguem direitos. Os simples são os que não têm essas características, mas servem para demonstrar a existência dos fatos jurídicos”. (**Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 401-402).

¹¹⁴³ Daí a pertinência da lição de Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “Quanto às alegações de fato e de direito que não tenham status de constituir causa de pedir diversa, nem sequer é preciso invocar a eficácia preclusiva da coisa julgada para evitar sua violação. Neste caso, se o mesmo pedido, já objeto de decisão de mérito transitada em julgado, for renovado, em demanda entre as mesmas partes, havendo identidade de *causa petendi*, a própria *res judicata*, diante da tríplice identidade de elementos, obstará o seu ajuizamento. Tal ocorre se os fatos jurídicos que fundamentam a pretensão forem os mesmos, apenas havendo alegação de outros fatos simples, acrescidos com o intuito de demonstrar a existência dos fatos principais que, estes sim, integraram e novamente figuraram como causa de pedir. Não constituindo os fatos simples qualquer causa de pedir autônoma, este elemento da ação também será idêntico, obstando o julgamento de mérito da nova demanda (...)”. (Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, dez. 2005, p. 56).

¹¹⁴⁴ FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. Tomo 3. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974, p. 46.

¹¹⁴⁵ LANCELOTTI, Franco. Variazioni dell’implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, n. 6, 1980, p. 483.

¹¹⁴⁶ RUBIN, Fernando. A preclusão, a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada: interpretações em torno do art. 474 do CPC. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 109, abr. 2012, p. 43.

Sendo pressuposta a compreensão de que são os “fatos jurídicos” que conferem consequências jurídicas¹¹⁴⁷ – e isso está na base do propósito central do artigo 508 do CPC, porque justificar a procedência ou a improcedência do pedido é, sem dúvida, a maior das consequências dentro do processo –, não há como negar que a alusão a “alegações” e “defesas” se relaciona a causas de pedir que poderiam ter sido alegadas e não o foram.¹¹⁴⁸

E isso, por óbvio, diz respeito a fatos com potencialidade constitutiva, modificativa, impeditiva ou extintiva¹¹⁴⁹ que poderiam, vencido o óbice legal, substanciar demandas incompatíveis com a coisa julgada formada no processo anterior.¹¹⁵⁰ Neste passo, convém à eficácia preclusiva que as partes se valham do processo para, mediante o atendimento a um ônus específico,¹¹⁵¹ instrumentalizar a lide por inteiro – aqui referida na concepção sociológica idealizada por Carnelutti.

Não se opõem maiores dificuldades, deste modo, para se deduzir que o Código em vigor, à semelhança do que já fizera o Diploma revogado, erigiu a tríplice identidade como

¹¹⁴⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 161.

¹¹⁴⁸ Como pondera mais uma vez Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “A importância da eficácia preclusiva da coisa julgada acentua-se quando fatos (principais) e fundamentos jurídicos diferentes, aptos a formarem causa petendi, sejam alegados em nova demanda, entre as mesmas partes e com o mesmo pedido de ação anterior, cuja sentença de mérito transitou em julgado. Diante da ausência de tríplice identidade de elementos, pode parecer inexistir o efeito negativo da coisa julgada, o que possibilitaria a decisão meritória desta segunda demanda. Mesmo assim, caso tais alegações fáticas e jurídicas pudessem ter sido opostas pelo demandante, no processo anterior, para o acolhimento da pretensão, preclusa estará a oportunidade de apresentá-las em processo posterior (...). Assim, com fundamento na *res judicata*, em particular, de sua eficácia preclusiva, o processo decorrente de uma nova ação deverá ser extinto sem julgamento do mérito”. (Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, dez. 2005, p. 56-57).

¹¹⁴⁹ Por isso reputamos correta a assertiva de Marcelo Pacheco Machado segundo a qual “(...) as alegações de fato somente serão essenciais se se adequarem à fattispecie da norma usada pelo juiz ao decidir(...)”. (Causa de pedir e teoria da relatividade do fato essencial. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 237, nov. 2014, p. 12. Disponível em:

<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6adc600000161d62ad09dd79cf637&docguid=I650670e059ae11e4adcb010000000000&hitguid=I650670e059ae11e4adcb010000000000&spos=3&epos=3&td=4&context=173&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 14 dez. 2017).

¹¹⁵⁰ CONSOLO, Claudio. Oggetto del giudicato e principio dispositivo: dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo. In: **Revista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, 1991, p. 287-288; MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1987, p. 300-304. É preciso referir, por outro lado, que há quem compreenda que a impossibilidade de ajuizamento de demandas incompatíveis com a coisa julgada formada em processo anterior não decorre da eficácia preclusiva da coisa julgada. Assim, por exemplo, Elena Merlin: “(...) diversamente da quanto è a dirsi se la preclusione c.d. del dedotto e del deducibile è riferita alle semplici ‘nuove ragioni, nuovi dati di fatto o nuove accezioni e nuove reliche’ che il soccombente volesse far falere per contrastare direttamente il tenore della statuizione passata in giudicato, e analogamente, invece, a quanto si è visto potersi dire a proposito della preclusione per ‘assorbimento’, vi è qui veramente il riconoscimento di un effetto *preclusivo* della pronuncia, distinto dall’effetto dichiarativo ed operante anche oltre i limiti della *res in judicium deducta*”. (**Compensazione e processo**. vol. 2. Milano: Giuffrè, 1994, p. 123-124).

¹¹⁵¹ Aqui compreendido, como faz Eros Roberto Grau sustentado em Carnelutti, como “o vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse”. (Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 77, 1982, p. 181).

medida de conformação de inúmeros institutos – como a modificação da demanda e a litispendência¹¹⁵² –, mas dela não se valeu para forjar a amplitude conferida à eficácia preclusiva da coisa julgada.¹¹⁵³

Já após a entrada em vigor do CPC de 2015, chegou-se a sustentar que a tese ampliativa teria sido abertamente rejeitada em razão da revogação expressa do § 4º, do artigo 98 da Lei n.º 12.529/2011,¹¹⁵⁴ pelo artigo 1.072, inciso VI, do novo Diploma legal. Teria o novo Código, por isso, seguido outra concepção.¹¹⁵⁵ Essa circunstância, isoladamente considerada, diz pouca coisa, uma vez que a revogação operada bem poderia representar a compreensão do legislador acerca da redundância quanto à cláusula final do artigo. O legislador, concebendo que o sistema fizera uma escolha genérica pela tese ampliativa da eficácia preclusiva da coisa julgada, por certo não via sentido em manter referência explícita a apenas uma espécie de demanda.

Evidentemente, essa é uma hipótese que se pode sustentar sem que se faça uso de uma interpretação histórica, porque nem sempre é viável atribuir a um dispositivo legal a mesma *ratio* que inspirara o legislador quando dos trabalhos legislativos; afinal, como asseverava

¹¹⁵² ASSIS, Araken. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 42.

¹¹⁵³ Como assevera Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa, a compulsão da doutrina majoritária em imaginar interdita uma visão ampliativa encontra assento no equívoco de confundir a coisa julgada com a objeção desta circunstância, mormente quando fulcrada na própria eficácia preclusiva: “(...) a concepção doutrinária de que a objeção de coisa julgada demanda a identidade entre as ações (partes, causa de pedir e pedido) não está em questão, vez que a presente discussão não diz respeito à coisa julgada, propriamente dita, mas à sua eficácia preclusiva. Não há que se confundir coisa julgada com objeção de coisa julgada, e muito menos a objeção fundada na existência da coisa julgada com a sua eficácia preclusiva. Caso a eficácia preclusiva dependesse da tríplice identidade (...) para incidir, não seria ela algo distinto, que se soma à coisa julgada (= imutabilidade), vez que o efeito e a causa não podem, logicamente, ser uma mesma coisa”. (A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4.º, da nova lei do Cade (Lei 12.529/2011). In: Revista dos Tribunais, São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 222, ago. 2013, p. 7. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d6243e51b6a9fd1d&docguid=I3c9d5b00f5b411e280ea01000000000&hitguid=I3c9d5b00f5b411e280ea01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 dez. 2017)

¹¹⁵⁴ “§ 4.º Na ação que tenha por objeto decisão do Cade, o autor deverá deduzir todas as questões de fato e de direito, sob pena de preclusão consumativa, reputando-se deduzidas todas as alegações que poderia deduzir em favor do acolhimento do pedido, não podendo o mesmo pedido ser deduzido sob diferentes causas de pedir em ações distintas, salvo em relação a fatos supervenientes” (BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018).

¹¹⁵⁵ Assim, Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. (**Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 548).

erudito jurista, “o pensamento não se mantém escravo da vontade; conserva sua independência própria”¹¹⁵⁶.

Independentemente disso, ainda que se trilhasse caminho oposto, poder-se-ia sustentar que a intenção do legislador foi sim a de ampliar o campo de atuação da eficácia preclusiva, pois do contrário teria mantido intacta a redação que figurava no artigo 495 do Projeto do novo CPC aprovado no Senado Federal, que expressamente fazia alusão a “causa de pedir diversa”.¹¹⁵⁷ Se um e outro método, isoladamente, não se revelam aptos a proporcionar respostas adequadas ao problema, parece mais seguro e apropriado que se empregue exegese sistemática.¹¹⁵⁸

Esta, em suma, a conclusão que se pode extrair das premissas proporcionadas pelo próprio sistema, que conferem subsídios plenos à admissão de uma tese ampliativa a respeito da eficácia preclusiva da coisa julgada.¹¹⁵⁹

¹¹⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 16.

¹¹⁵⁷ “Art. 495. Transitada em julgado a sentença de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, ressalvada a hipótese de ação fundada em causa de pedir diversa”. (Cassio Scarpinella Bueno. **Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados**: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 260).

¹¹⁵⁸ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 82.

¹¹⁵⁹ A compreensão do instituto como aqui defendida encontra respaldo na jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que vislumbra na eficácia preclusiva uma forma de se evitar a proliferação de julgamentos incompatíveis com a coisa julgada anteriormente formada: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO NOBRE DA PARTE AUTORA. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ. 1. Nos termos do art. 474 do CPC/73, 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. Destaca-se ser a coisa julgada tutelada pelo ordenamento jurídico não só pelo impedimento à repositura de ação idêntica após o trânsito em julgado da decisão, mas também por força da denominada 'eficácia preclusiva do julgado' (artigo 474, do CPC/73), que impede seja infirmado o resultado a que se chegou em processo anterior com decisão transitada em julgado, ainda que a ação repetida seja outra, mas que, por via oblíqua, desrespeita o julgado adremente proferido” (REsp 1.039.079/MG, 1ª Turma, Rel.Min. Luiz Fux, DJe de 17.12.2010). 2. Agravo regimental desprovido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1212100/RJ**, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma. Brasília, out. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1212100&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 12 fev. 2018). Em sentido contrário, entendendo que o instituto alcança apenas alegações e defesas relativas à mesma causa de pedir: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ANÁLISE DE TEMAS NÃO ACOBERTADOS PELA PRECLUSÃO. PROVIMENTO NEGADO. 1. Eficácia preclusiva da coisa julgada reconhecida pela Corte de origem em relação às alegações que poderiam ser discutidas em mandado de segurança anteriormente impetrado. 2. Embora coincidentes os objetos das ações propostas, ao menos quanto ao resultado pretendido (nulidade do processo administrativo disciplinar), estava a causa de pedir da primeira demanda atrelada apenas à suposta incompetência da autoridade impetrada para a prática do ato demissionário. 3. A preclusão a que alude o art. 474 do CPC não alcança as causas de pedir estranhas ao processo em que transitada em julgado a sentença de mérito, as quais podem ser deduzidas em demandas posteriores. 4. É possível a análise dos demais aspectos formais do procedimento disciplinar - nulidade da citação e ausência de contraditório -, porquanto suscitados como causa de pedir somente nesta ação ordinária. 5. Situação fática perfeitamente delineada no acórdão proferido pela Corte

Revelam-se insubsistentes, por outro lado, considerações outras que apontam nesta tese um componente inconstitucional.

São de várias linhagens as inconsistências constitucionais que se apontam ao fato de a eficácia preclusiva abarcar causas de pedir autônomas, mas as que merecem alguma atenção dizem respeito à propalada vulneração ao direito de ação e, a partir daí, do contraditório e do devido processo legal.¹¹⁶⁰ Ao julgar implicitamente demanda que não fora expressamente proposta, estaria o juiz extrapolando, além de tudo, a regra da inércia,¹¹⁶¹ acabando por comprometer, em último nível, sua própria imparcialidade.

Os argumentos que se levantam a sustentar tal opinião não se sustentam. Não há malferimento ao direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, em primeiro lugar, porque já se viu que de julgamento implícito, em realidade, não se trata a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Quando se alude que a parcela da lide deixada de fora do processo não tem aptidão de infirmar a regra concreta formulada pelo juiz na primeira demanda, o que se quer afirmar, em realidade, é que “a solução dada ao litígio se torna imune a contestações juridicamente relevantes”¹¹⁶². Vale aqui rememorar a lição de Liebman segundo a qual este material só se

Estadual, não havendo necessidade de se reexaminar o contexto fático-probatório dos autos. 6. Agravo regimental não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1269111/SP**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma. Brasília, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1269111&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 12 fev. 2018).

¹¹⁶⁰ Neste sentido, Daniel Mitidiero (Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In: _____; JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 220); Eduardo Talamini (**Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85); Sérgio Gilberto Porto (**Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 101); Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (**Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 549); Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes (**Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 82); Egas Dirceu Moniz de Aragão (**Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 326). No Direito espanhol, José Luiz Vásques Sotelo (“Objeto actual” y objeto “virtual” en el proceso civil español. In: JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo Civil**: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 374-375).

¹¹⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____. **Causa de pedir e pedido no processo civil**: questões polêmicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

¹¹⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 1. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

torna indiscutível em face do resultado daquele processo, não para “fim diverso do objetivado no processo anterior”.¹¹⁶³

Em segundo lugar, a regra constitucional que garante dignidade à coisa julgada não se restringe à proibição de rejuízo da demanda à luz de seus três elementos constitutivos. A errônea interpretativa decorre, reitera-se, da dificuldade de enxergar a eficácia preclusiva como um fenômeno ínsito à própria coisa julgada. De qualquer sorte, é preciso reforçar uma circunstância elementar: uma coisa é a *res iudicata*, outra bem diversa é a objeção fundada em sua existência.¹¹⁶⁴

Na conformação de um determinado instituto, atua o legislador com certa margem de liberdade, limitada, no entanto, pelo recato que as balizas constitucionais lhe predeterminam. Que se diz, pois, a respeito dos direitos fundamentais? O artigo 60, § 4º, da Constituição Federal assevera que proposta de emenda não poderá tender a abolir direitos e garantias fundamentais.

Boa exegese vê nesse dispositivo uma regra que merece interpretação extensiva a alcançar outras espécies normativas, pois se proposta de emenda não pode laborar em desconformidade ao veto constitucional, por muito mais razão tal óbice se impõe a normas de menor hierarquia. Deste modo, constitui papel do legislador ordinário dar à coisa julgada uma atuação orgânico-sistemática conforme a dignidade conferida pelo Texto Magno.

A Constituição Federal não previu reservas à coisa julgada. Se isso não significa que o legislador não possa talhar o instituto segundo as necessidades e as bases ideológicas que inspiram o sistema processual – o que, aliás, tem-se visto desde sempre –, as restrições que se enviam à coisa julgada hão de encontrar limites no âmbito de proteção conferido constitucionalmente à regra.¹¹⁶⁵ Nem se poderia cogitar que os ideias a essas restrições tivessem por mote o etéreo e abstrato argumento da busca pela efetiva justiça.¹¹⁶⁶

¹¹⁶³ **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada.** Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62.

¹¹⁶⁴ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4º, da nova lei do Cade (Lei 12.529/2011). In: Revista dos Tribunais, São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 222, ago. 2013, p. 7. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc60000161d6243e51b6a9fd1d&docguid=I3c9d5b00f5b411e280ea01000000000&hitguid=I3c9d5b00f5b411e280ea01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 dez. 2017).

¹¹⁶⁵ A Constituição Federal, ao prover a natureza fundamental da coisa julgada, não reservou ao legislador uma margem de discricionariedade no propósito de limitá-la. Cuida-se, pois, de um direito fundamental que não admite reserva legal expressa. Tem-se admitido, por longa tradição, a possibilidade de manejo da ação rescisória no desiderato de desconstituí-la, nas hipóteses taxativas previstas na lei. Ninguém duvida da constitucionalidade e da conveniência deste instrumento processual ao equilíbrio do sistema, mas fora daí não pode haver outra

Ou, ainda, poder-se-ia argumentar, diante da máxima de que não há direitos absolutos, que a coisa julgada entraria em rota de ponderação com outros valores fundamentais descritos na Constituição Federal, o que também se revela falso. Regra formal do discurso jurídico, a coisa julgada não se sujeita a essa condição, mas acaso se sujeitasse, ter-se-ia de admitir que esse raciocínio relativista já fora previamente estabelecido pelo constituinte quando da previsão do próprio instituto.¹¹⁶⁷

Como adverte José Carlos Barbosa Moreira, a coisa julgada é apenas uma das várias situações jurídicas dotadas de eficácia preclusiva,¹¹⁶⁸ embora as críticas que lhe são opostas não sejam dirigidas a outros institutos que, por caminhos diversos, procuram prestigiar a segurança jurídica. Como indaga, sugestivamente, prestigiado processualista nacional, “não se convive tranquilamente com a prescrição e com a decadência, que, em última análise, provocam consequências nefastas aos direitos nefastos?”¹¹⁶⁹.

forma de afronta à sua autoridade, pois do contrário o próprio âmbito de proteção conferido pelo constituinte restaria comprometido. Segundo Gilmar Ferreira Mendes: “No caso de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não prevê a Constituição, explicitamente, a possibilidade de intervenção legislativa. Também nesses direitos vislumbra-se o perigo de conflitos em razão de abusos perpetrados ou de desenvolvimento de situações singulares, todavia, no caso dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa não pode o legislador, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção”. (**Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54).

¹¹⁶⁶ Uma vez que o sentimento de justiça é contingencial e cambiante segundo as inconstantes variáveis sociais, seria possível argumentar que a segunda decisão seja sempre mais justa que a primeira? A essa questão respondeu, com a costumeira lucidez, Ovídio A. Baptista da Silva: “Suponho desnecessário sustentar que ‘a injustiça da sentença’ nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser, fundamento para afastar o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim ad aeternum, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e ‘pluralista’ quanto a valores”. (Coisa julgada inconstitucional? In: JUNIOR, Fredie Didier (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodivm, 2004, p. 219).

¹¹⁶⁷ Daí a compreensão de Luiz Guilherme Marinoni: “A coisa julgada não integra o discurso [jurídico] propriamente dito, mas a parte formal da argumentação. Ela é uma regra indispensável à existência do discurso jurídico. De modo que a coisa julgada não pode ser ‘relativizada’ pela ponderação de princípios, pois só existe ponderação em discurso jurídico, para cuja existência é imprescindível o respeito a determinadas regras formais, aí incluída a coisa julgada. A coisa julgada não pode ser objeto de ‘ponderação por não constituir um princípio cujo fundamento axiológico possa ser mensurado e comparado com os outros. Ela é uma regra formal do próprio discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental. (...) Aliás, se a coisa julgada pudesse ser objeto de ponderação, não haveria como escapar da conclusão de que esta ponderação já teria sido feito pelo próprio legislador constitucional.” (**Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 185-186).

¹¹⁶⁸ A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

¹¹⁶⁹ ASSIS, Araken. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 41. Como adverte Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho, “(...) tanto quanto a

Em verdade, a vertente interpretativa que confere limites mais amplos à eficácia preclusiva reforça a coisa julgada e, assim, confere maior deferência à constitucionalidade do dispositivo, “na medida em que reduz a possibilidade de impugnação (direta ou indireta) das decisões de mérito transitadas em julgado”¹¹⁷⁰.

De maior relevância ainda é o fato de a tese ampliativa imunizar o processo contra grave atentado ao princípio da igualdade. A compreensão de que ao autor é lícito ingressar com nova ação, postulando o mesmo pedido antes rejeitado, amparado em diferente causa de pedir, constitui flagrante atentado à isonomia porque pressupõe a ideia de que a resposta judicial ao pedido de tutela jurídica – posto à disposição tanto do autor quanto do réu – assume em relação ao primeiro, quando negada a pretensão deduzida, uma autoridade de menor grau,¹¹⁷¹ uma vez que em relação ao demandado impor-se-ia um ônus de maior peso e envergadura.¹¹⁷²

Como ao réu, por força do artigo 336 do CPC, atribui-se o ônus de deduzir na contestação toda a matéria de defesa apta à impugnação do pedido – sem qualquer ressalvas ao tipo de defesa articulada, vale dizer, se de natureza direta ou indireta –¹¹⁷³, “ônus análogo

prescrição, a coisa julgada visa a paz jurídica, obstando a que os litígios se eternizem, envenenando as paixões e tornando instáveis as relações jurídicas. (**Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1951, p. 55).

¹¹⁷⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4.º, da nova lei do Cade (Lei 12.529/2011). In: Revista dos Tribunais, São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 222, ago. 2013, p. 8. Disponível em:

<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d6243e51b6a9fd1d&docguid=I3c9d5b00f5b411e280ea01000000000&hitguid=I3c9d5b00f5b411e280ea01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 dez. 2017).

¹¹⁷¹ Sem ingressarmos, ainda, no delicado tema da ampliação do objeto litigioso do processo em razão do comportamento do réu, é possível afirmar que sob o ângulo processual isso constitui um grave equívoco, porque, como bem reconhece Fredie Didier Jr, “(...) pode-se afirmar (...) que toda a demanda é, essencialmente, ‘dúplice por contraditoriedade’” (Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015. In: MARINHO, Rodrigo Saraiva; MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Blecaute Oliveira (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: improcedência**. vol. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 62).

¹¹⁷² Segundo Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa: “No tocante à eficácia preclusiva da coisa julgada a desigualdade de tratamento entre demandante e demandado não decorre de necessidade imposta pela técnica processual, razão pelo qual deveria se afastada, por inconstitucional, interpretação do art. 474 do CPC que permita àquele extrair da coisa julgada material, em caso de decisão favorável, maior utilidade do que aquela que seria obtida pelo adversário em caso de improcedência do pedido”. (op. cit., p. 2).

¹¹⁷³ Deste modo, não deduzida na contestação exceção substancial – que poderia, evidentemente, aparelhar demanda autônoma - apta a infirmar o pedido deduzido pelo autor, preclusa está tal faculdade. Assim compreende o egrégio Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 468 DO CPC. EFEITOS DA COISA JULGADA. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL TRANSITADA EM JULGADO. NOVA PRETENSÃO ATRAVÉS DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS. QUESTÕES JÁ DEBATIDAS OU QUE PODERIAM TER SIDO SUSCITADAS NA PRIMEIRA AÇÃO. MESMA CAUSA DE PEDIR, MAS SOB OUTRA ALEGAÇÃO. EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA. INCIDÊNCIA DO ART. 474 DO CPC. PRECEDENTES. 1. Hipótese em que se alega violação ao art. 468 do CPC, ao argumento de que os efeitos da

não embarçaria o autor na sua demanda”, consagrando, assim, “solução inconciliável ao direito fundamental processual da igualdade”.¹¹⁷⁴

A adoção da tese restritiva, levada em conta esse contraste de tratamento, franquearia ao autor uma situação de vantagem – advinda exclusivamente de sua posição processual – que se extrairia da premissa segundo a qual uma sentença de improcedência permitiria ao vencedor uma situação de gozo mais restrita que aquela proporcionada por uma decisão de carga contrária.¹¹⁷⁵ Não são necessários grandes esforços para se perceber que essa ideologia parte do duvidoso pressuposto de que ao opor considerações substanciais, particularmente um contradireito, o réu não ampliaria o objeto do processo.¹¹⁷⁶

Esse tratamento heterogêneo não atende ao postulado normativo da proporcionalidade. Como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, o reconhecimento de diferenciações, sem menoscabo à isonomia, pressupõe a eleição de um critério discriminatório hígido, a existência de uma justificativa racional à vista do traço diferenciador acolhido e, finalmente, a afinação

coisa julgada referentes à ação de embargos à execução não podem ser extensíveis à presente ação declaratória de inexistência de débitos atinentes à contribuições previdenciárias. (...) 3. Após a formação da coisa julgada material, as alegações que já sofreram a análise do juízo ou foram desconsideradas, por desinfluentes à época do exame de mérito, ou que ainda nem sequer fizeram parte daquele julgamento, por omissão da parte a quem supostamente interessavam, não podem mais ser discutidas em outro processo, salvo nos estritos limites da ação rescisória. 4. A propósito: A desconstituição do título executivo pretendida resta protegida pelo manto da coisa julgada em face do julgamento dos embargos à execução. É evidente que a eficácia preclusiva da coisa julgada (*tantum judicatum quantum disputatum vel quantum disputari debebat*) impede que julgados os embargos à execução, com decisão trânsita, possa a parte, em ação anulatória, tentar infirmar o título executivo, sem rescindir a sentença proferida na oposição do executado (REsp 469.211/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.9.2003). 5. Não há violação ao art. 468 do CPC, uma vez que a hipótese desborda desse dispositivo processual. Aplica-se aos autos o art. 474 do CPC, como feito pela Corte a quo, o qual trata da eficácia preclusiva da coisa julgada material. 6. Recurso especial não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1109421/SC**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma. Brasília, out. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1109421&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 fev. 2018).

¹¹⁷⁴ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.463-1.465.

¹¹⁷⁵ Essa compreensão, que a nós não parece correta, está na base do pensamento de José Ignácio Botelho de Mesquita, quando nega a natureza dúplice de uma ação declaratória: “Daí resulta que o julgamento de improcedência de uma ação declaratória negativa não produz o efeito de uma sentença declaratória positiva a favor do réu”. E, momento antes, explicara a razão: “(...) não fora assim, todas as ações seriam dúpliques porque, se julgadas improcedentes, todas elas confeririam ao réu a tutela declaratória implicitamente pleiteada na sua contestação. Ao contrário do disposto no artigo 459 do CPC, a defesa do réu ampliaria sempre o objeto da demanda e caberia ao juiz, rejeitando no todo ou em parte o pedido do autor, acolher no todo ou em parte o pedido do réu implícito na sua contestação”. (**A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 82-83).

¹¹⁷⁶ Tem razão Fredie Didier Jr. quando assevera: “Quando, em sua defesa, exerce um contradireito, como nos casos de compensação, exceção de contrato não cumprido e direito de retenção, o réu acrescenta ao processo a afirmação de um direito que comporá o objeto litigioso da decisão. O juiz decidirá sobre a existência deste contradireito como uma questão principal” (Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015. In: MARINHO, Rodrigo Saraiva; MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Blecaute Oliveira (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC: improcedência**. vol. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 66).

do fundamento racional abstratamente existente com os valores prestigiados pelo sistema constitucional.¹¹⁷⁷

A discriminação proporcionada pela tese restritiva, se adotada, não venceria a primeira etapa, porque não se vislumbra qualquer razão juridicamente idônea ao discrimine. O que justificaria o autor a formular *n* vezes a mesma pretensão, baseada em *n* causas de pedir? Calharia à racionalidade admitir que o autor, ao contrário do demandado, pudesse demandar quando quisesse, escolhendo o momento mais propício para a iniciativa?¹¹⁷⁸ Não pode haver dúvida de que esse expediente, à revelia de qualquer fundamento lógico, constitui-se em motivo de perplexidade, por violação ao paradigma de coerência,¹¹⁷⁹ ou mesmo por ausência de conexão racional.¹¹⁸⁰

O desdobramento dessa questão deságua em questionamento que expõe ainda maior perplexidade: atenderia ao sentimento de equidade admitir que o réu dispusesse de exíguo prazo para implementar na contestação aquilo que o demandante poderia, fracionadamente, articular em inúmeras demandas?¹¹⁸¹

Se essas considerações não revelassem tão claramente a impropriedade, calharia, por certo, o exercício judicial de controle sobre o merecimento da classificação normativa,¹¹⁸² porque não é suficiente ao devido processo legal, em sua matriz material, a singela observância do processo legislativo constitucional para a validade das normas.¹¹⁸³

Vê-se, portanto, que a tese ampliativa da eficácia preclusiva da coisa julgada lobora em auxílio à construção de um processo justo. Em sintonia com o devido processo legal, tem o condão de propiciar, pois, um reequilíbrio de posição entre as partes pelo processo, dentro do qual, à luz de necessidades técnicas, deve a lei propiciar ao autor e ao réu uma atuação em plano de igualdade.¹¹⁸⁴

¹¹⁷⁷ **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21-22.

¹¹⁷⁸ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.464.

¹¹⁷⁹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 146-147.

¹¹⁸⁰ BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Translated from the hebrew by Doron Kalir. Cambridge University Press, 2012, p. 303.

¹¹⁸¹ ASSIS, op. cit., loc. cit.

¹¹⁸² CASTRO, op. cit., p. 148.

¹¹⁸³ Em lição lapidar, San Tiago Dantas asseverara: “Não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do ‘due process of law’. Se assim fosse, a cláusula seria inoperante como limite ao arbítrio legislativo, pois o requisitos constitucional estaria atendido com a simples existência da lei formal. Seria o mesmo que o legislador constituinte dizer ao legislador ordinário: you shall not do the wrong, unless you choose to do (Cooley)”. (Igualdade perante a Lei e “Due Process of Law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder legislativo. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 116, abr. 1948, p. 360).

¹¹⁸⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 97).

Em harmonia com os mais modernos desejos sociais, a compreensão do instituto como potencialmente hábil a consumir causas de pedir não articuladas pelo autor no processo, incentiva o litigante a deduzir na demanda a lide em sua expressão sociológica. Assiste-se, deste modo, à concretização de uma promessa constitucional relativa à razoável duração do processo e, em maior medida, à necessidade cada vez mais presente nas sociedades de massa de se prestigiarem os métodos hermenêuticos que propiciem uma tutela jurisdicional efetiva,¹¹⁸⁵ com o menor sacrifício de energia e de recursos financeiros.¹¹⁸⁶

Sem embargo de todas as considerações já expendidas, é certo que o argumento de maior peso que conspira em favor da compreensão da eficácia preclusiva da coisa julgada como aqui defendida repousa no dever de boa-fé objetiva que se atribui aos litigantes. Se não se pode negar que esse argumento advém de um imperativo constitucional,¹¹⁸⁷ não é menos verdadeiro que o ambiente proporcionado pela aprovação do novo Código de Processo Civil contribuiu decisivamente para a construção de um novo paradigma deontológico.

Assume invulgar relevância, a partir deste notável marco regulatório, a regra da colaboração e, a partir dela, o princípio do contraditório, já agora avigorado pelo influxo de uma irreversível tendência de constitucionalização do processo. Cuidam-se, é bem de ver, de elementos estruturantes do direito ao processo justo.¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁵ Por isso a importância, na jurisdição do Estado Constitucional, da “interpretação de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva” como método exegético democrático. É dizer, deparando-se o juiz diante de duas situações processuais possíveis, deverá, por certo, eleger aquela que diretamente atende à vontade do constituinte. Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: “A interpretação *de acordo* pressupõe que a interpretação da lei segundo os métodos apropriados tenha conduzido a duas ou mais interpretações viáveis. Nesse caso, deve-se buscar a interpretação que permita a efetiva tutela do direito – identificado no caso concreto. É nesses termos que se diz que a interpretação é feita *de acordo* com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. (**Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 131).

¹¹⁸⁶ Conquanto esse ideal possa parecer um truísmo, na verdade o que sucede na prática, não raro, é a predisposição pouco altruísta de algumas das partes de reavivar a controvérsia, mediante fundamento propositadamente deixado de fora do processo. Calha entre nós a lição de Peter Wilbert Arbour em relação ao processo nos Estados Unidos: “It encourages an unsuccessful party to relitigate on an alternative basis, thereby prolonging the eventual determination of the rights. This allows the harassment of the successful party increases the caseload of the courts. Although in most cases a party will assert all of his in order to avoid the time and expense of multiple litigation, this is not always true”. (The Louisiana concept of *res judicata*. In: **Louisiana Law Review**, vol. 34, n. 4, 1974, p. 770).

¹¹⁸⁷ Para isso basta reparar na redação do artigo 6º do novo Código de Processo civil, que expressamente faz alusão ao direito fundamental da duração razoável do processo e da tutela jurídica justa e efetiva.

¹¹⁸⁸ GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista de Processo, n. 226, 2013, p. 115 Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62d95fd2698c2af&docguid=I51a7e3f04cf611e3a402010000000000&hitguid=I51a7e3f04cf611e3a402010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=211&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 dez. 2017.

A partir disso, a todos os sujeitos do processo são cometidos o dever de agir lealmente¹¹⁸⁹ e de pautar suas condutas segundo estrita probidade processual,¹¹⁹⁰ contribuindo para que o processo possa atingir sua máxima potencialidade, e assim se constituir em instrumento adequado à eliminação do conflito em sua concepção maior,¹¹⁹¹ evitando-se a manutenção, com isso, de resquícios de litigiosidade contida.¹¹⁹²

Se é verdade que em razão da regra da colaboração ao processo se confere um adensamento do componente democrático, isto em razão do estabelecimento de um plano de atuação processual que proporciona ao princípio do contraditório atuar como “centro do fenômeno processual”,¹¹⁹³ é certo que deve ser concebida como pressuposta às partes uma plêiade de responsabilidades equivalentes. Seria um enorme contrassenso o estabelecimento de meios adequados a uma determinada finalidade sem a devida correspondência de objetivos de mesma natureza,¹¹⁹⁴ mormente se incapazes de evitar, à custa de regras deontológicas, o estímulo a comportamentos prodivitórios.¹¹⁹⁵

¹¹⁸⁹ Consoante adverte Daniel Mitidiero: “No modelo do processo legal cooperativo, que é necessariamente um *devido proceso leal*, além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo. É como está, aliás, no art. 5.º do CPC/2015, e como reconhece tranquilamente a doutrina francesa a propósito do art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile*. Há, em suma, dever de recíproca correção de ‘todos os intervenientes’ do processo (art. 9.º do CPC português; art. 247, *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola). A boa-fé é um dos elementos constitutivos do modelo cooperativo de processo civil”. (**Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2015, p. 91-92).

¹¹⁹⁰ MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 291.

¹¹⁹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 81.

¹¹⁹² Tal colabora, como bem assenta Eduardo Henrique de Oliveveira Yoshikawa, a resguardar a utilidade do próprio processo como mecanismo idôneo à resolução integral da lide, e “a afastar a possibilidade de que para tanto sejam necessários vários e sucessivos processos (como se a lide fosse uma espécie de *Rasputin*, somente eliminada depois de muitas tentativas”. (A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4.º, da nova lei do Cade (Lei 12.529/2011). In: Revista dos Tribunais, São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 222, ago. 2013, p. 8. Disponível em: [http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d6243e51b6a9fd1d&docguid=I3c9d5b00f5b411e280ea010000000000&hitguid=I3c9d5b00f5b411e280ea0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d6243e51b6a9fd1d&docguid=I3c9d5b00f5b411e280ea01000000000&hitguid=I3c9d5b00f5b411e280ea010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)>. Acesso em: 19 dez. 2017).

¹¹⁹³ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, n. 3, 1988, p. 680.

¹¹⁹⁴ Segundo Antônio do Passo Cabral: “Certamente que, até quando exercitado, vale dizer, até o momento em que a parte se pronuncia no processo, o contraditório representa o direito (ou garantia) de ter ciência dos atos processuais e ver suas considerações apreciadas pelo órgão judicial. No entanto, uma vez provocada a jurisdição, a garantia ultrapassa tais fronteiras e cede espaço para um objetivo maior, que é a participação colaborativa nas decisões estatais, fato que justifica a repressão às condutas de litigância de má-fé e atos atentatórios à dignidade da justiça (...). Se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição”. (O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, ago. 2005, p. 3. Disponível em: [http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62e8631cf2a9d11d&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&cr](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62e8631cf2a9d11d&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&cr)

Estas responsabilidades se materializam já no limiar do processo, na fase postulatória, com a adequada fixação do objeto litigioso do processo.¹¹⁹⁶ Cabendo às partes o dever ético de contribuir para que a jurisdição se constitua em instrumento hábil à resolução dos conflitos em sua forma plena, convém acentuar que o ônus que lhes grava suscita a conveniência de que tragam ao processo a lide em sua expressão completa,¹¹⁹⁷ porque a perpetuação do litígio, quando implementada deliberadamente, constitui sintoma claro de deslealdade processual.¹¹⁹⁸

umb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 15 dez. 2017).

¹¹⁹⁵ VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**. 7. ed. vol. 2. Napoli: Jovene, 2008, p. 313.

¹¹⁹⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 108-112.

¹¹⁹⁷ Por óbvio, quando essa circunstância não é possível – e isso se deduz de uma interpretação a *contrario sensu* do texto contido no artigo 508 do CPC, que fala em alegações e defesas que a parte “poderia opor” – não se cogita possível a aplicação da tese ampliativa. Por vezes, o próprio sistema, em nome de interesses diversos, impede a configuração de um *processo integral*. Assim, Ovídio A. Baptista da Silva (O contraditório nas ações sumárias. In: _____. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.255-260). Este o caso, em primeiro lugar, das demandas que preveem algum tipo de restrição quanto à cognição. Como assevera Araken de Assis: “A eficácia preclusiva pressupõe cognição plenária do órgão judicial. As causas processadas e decididas segundo cognição sumária (v.g., pretensão à segurança) não comportam essa extensão, pois a parte até pode alegar matéria estranha ao objeto litigioso restrito, mas ao juiz não é dado decidi-las, e, portanto, a eficácia preclusiva não pode atingi-las”. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.463). Da mesma forma, escapa ao raio de atração da eficácia preclusiva da coisa julgada as causas de pedir munidas de fatos que refogem à regra da eventualidade. Cogita-se não apenas dos fatos posteriores ao trânsito em julgado da decisão de mérito – recorde-se que a coisa julgada não imuniza a regra concreta contra eventos supervenientes – mas também daqueles advindos à última oportunidade dentro do processo em que a parte poderia suscitá-los. Por força da regra disposta no artigo 493 do CPC – réplica quase que fiel do artigo 462 do Diploma revogado – esse instante coincide com “(...) o último momento em que era possível o conhecimento, dentro do processo, dos fatos supervenientes constituirá o marco temporal relevante. A norma do art. 462 define esse marco: se houver algum fato superveniente relevante para o julgamento da causa, ‘caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença’. Mais precisamente, o ponto processual relevante é a *conclusão dos autos para a sentença*, que é o último momento útil para a adução de fatos novos pela parte. Porém, resta ainda uma indagação: o art. 462 refere-se a ‘sentença’ exclusivamente como ato de primeiro grau de jurisdição, ou o termo abrange pronunciamentos em sede recursal que equivalham à sentença? Reconhece-se que o art. 462 aplica-se também aos recursos de caráter ordinário, cabendo também ao tribunal conhecer de fatos supervenientes à sentença de primeiro grau. Não há dúvidas de que a fase recursal ordinária permite o reexame e consideração direta de fatos, admitindo até mesmo instrução probatória. Apenas depois disso, em sede de recurso especial e extraordinário (recursos extraordinários *lato sensu*), é que não será possível o exame de matéria fática. Portanto, são abrangidos pela coisa julgada todos os fatos ocorridos até o momento da conclusão dos autos antes da decisão da fase recursal ordinária (apelação, reexame necessário, recurso ordinário em sentido estrito...) (...)”. (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 88-89). É importante ressaltar que há doutrina, a nosso sentir sem razão, que compreende que a regra do artigo 493 do CPC se aplica apenas aos fatos expressamente incluídos na causa de pedir deduzida na inicial. Assim, além do próprio Eduardo Talamini (*ibid.*, p. 89), Antônio Cláudio da Costa Machado (**Código de Processo Civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 476). Também há, neste sentido, referência jurisprudencial: “A aplicação do art. 462 do CPC só é possível se observados os limites impostos no art. 128 do mesmo diploma legal: o ‘fato novo’ estranho à *causa petendi* exige contraditório regular em outra ação”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n.º 222.312/RJ**, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma. Brasília, mai. 2000.

Disponível

em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=222312&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&=10&i=14>>. Acesso em: 15 fev. 2018). Não parece correta essa limitação. Em primeiro lugar porque a regra não faz qualquer diferenciação nesse sentido; pelo contrário, há referência expressa naquele dispositivo aos designativos

Fora desses moldes colaborativos, não se cogitar de um processo verdadeiramente justo. As partes, por isso mesmo, não se socorrem do uso de processo subsequente para alterar a regra concreta formulada na demanda já julgada, quando não interdita, por qualquer obstáculo intransponível, a faculdade que portavam de deduzir todo o material possível ao acolhimento de suas respectivas pretensões.

Imaginar o inverso é anuir ao estratagema púnico do uso predatório da jurisdição, um autêntico “assédio”, como se cogita no Direito norte-americano, quando se logra conduzir o réu a juízo, sucessivas vezes, para o pleito de direito já anteriormente recusado.¹¹⁹⁹ Convêm à

“constitutivo”, modificativo” e “extintivo”, a sugerir que os fatos assim classificados não seriam meros “fatos simples”. Por outro lado, se o óbice atina à possibilidade de vulneração ao contraditório, é preciso lembrar que mesmo os fatos que dizem respeito à mesma causa de pedir deduzida na inicial não dispensam se, necessário, instrução probatória – normalmente delegada ao juízo de primeiro grau – e a manifestação da parte contrária, justamente para que não se desprestigie aquele princípio fundamental. Tudo recomenda, portanto, a admissibilidade de análise nos recursos ordinários de quaisquer espécies de fatos supervenientes. Em interpretação liberta dos grilhões acima referidos é a lição de Araken de Assis: “O enorme potencial da regra [referindo-se ao artigo 493 do CPC/2015], a par de inutilizar a pregação por limites mais largos para a estabilização da demanda, nos termos do art. 329 c/c art. 357, § 2.º, porque a recepção dos fatos supervenientes vai até o julgamento da apelação - o tribunal de segundo grau, em princípio restrito a trabalhar com os materiais do primeiro grau, pode conhecer diretamente dos fatos supervenientes – , aguarda exploração produtiva. (...) entre nós, o art. 493 permite estender o conhecimento dos fatos novos até o julgamento do segundo grau. É a partir daí que os fatos preexistentes mas não alegados, debatidos e apreciados, submetem-se à eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508). Não há dúvida quanto ao sentido dessas disposições: fatos sobrevivendo ao trânsito em julgado podem ser objeto do segundo processo e, com maiores razões, sucedendo no curso do processo, são levados em conta na sentença”. (**Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.473). O professor Araken de Assis, em artigo já provento, cogitou de uma terceira hipótese em que a eficácia preclusiva, segundo o modelo aqui referendado, não teria aplicabilidade. Segundo ele, “(...) não incide o art. 474 se da causa não tiver conhecimento o autor (...)” (Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988, p. 43). Temos relativa dificuldade em aceitar essa hipótese, porque tal compreensão poderia dar margem à desconsideração da coisa julgada com fundamento na injustiça da sentença. Não nos parece viável admitir, por exemplo, que o réu, condenado em prévia ação de cobrança de dívida pecuniária – na qual suscitara apenas a ocorrência de prescrição – possa voltar a juízo posteriormente e, mediante ação declaratória negativa, postular pelo reconhecimento de inexistência da obrigação, alegando e provando que após o trânsito em julgado encontrara o recibo do pagamento realizado ao tempo do vencimento da obrigação por seu procurador. A sentença, por certo, é injusta, mas se impõe hígida em prol de um garantir um bem maior, que é a segurança jurídica. Valendo-se deste mesmo exemplo, Ovídio A. Baptista da Silva assevera que “(...) teria havido, neste caso, uma evidente injustiça, pois o devedor acabara obrigado a pagar duas vezes o mesmo débito. Mas a estabilidade do resultado do primeiro processo, como uma exigência de certeza e segurança nas relações jurídicas, atendida justamente pela coisa julgada, impõe que o direito se desinteresse da sorte do litigante que, por negligência, podendo suscitar outras defesas, se tenha limitado a alegar apenas uma ou algumas delas. A coisa julgada deve, portanto, cobrir tanto as questões controvertidas no processo quanto as demais a respeito das quais os litigantes hajam guardado silêncio, não obstante pudessem ser objeto de controvérsia (...)”. (**Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. rev., e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 512).

¹¹⁹⁸ ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

¹¹⁹⁹ ARBOUR, Peter Wilbert. The Louisiana concept of *res judicata*. In: **Louisiana Law Review**, vol. 34, n. 4, 1974, p. 771.

jurisdição o repúdio a tais atitudes e a boa-vontade na criação de medidas moralizantes, rompendo-se, pois, “la timidez de los jueces para aplicarlas”¹²⁰⁰.

É um equívoco imaginar que essa postura emancipatória implica sacrifício ao princípio dispositivo. Com efeito, o que cabe ao magistrado, no atendimento a este propósito legitimador, é a censura, em processo subsequente, à tentativa de reiteração de pedido com base em causa de pedir diversa, não o conhecimento de matérias que as partes, legitimamente, resolveram deixar de fora da apreciação judicial.¹²⁰¹

Essa liberdade, por certo, cobra um preço que lhe é proporcional. A exigência de boa-fé na jurisdição do Estado Constitucional converte o contraditório em um autêntico dever,¹²⁰² que, por seu turno, caracteriza de forma bastante particular o ônus enquanto categorial processual. Vale dizer: enquanto o menoscabo ao dever de boa-fé implica responsabilidades das partes perante o Estado, o descumprimento do ônus de dedução na processo de todas as causas de pedir suficientes ao acolhimento da pretensão projeta consequências negativas às partes. Ao fim e ao cabo, a despeito destas dissimilaridades, não se pode afirmar que uma e outra realidade não seja uma coisa só.

¹²⁰⁰ QUIJANO, Jairo Parra. Abuso de derechos procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 91.

¹²⁰¹ Como bem alude Antônio do Passo Cabral, “(...) o princípio dispositivo não impede que o juiz conduza a marcha processual dentro dos trilhos procedimentais forjados pelo legislador”. (O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, ago. 2005, p. 6. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d62e8631cf2a9d11&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017). No mesmo sentido, Juan Montero Aroca (Los poderes del juez en el proceso civil: las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad. In: BENABENTOS, Omar Abel (org.). **Teoría general unitaria del derecho procesal**. Rosário: Editora Júris, 2001, p. 228).

¹²⁰² Sem que se vislumbre nessa assertiva uma contradição, pois com adverte Antônio do Passo Cabral, “(...) a formulação do contraditório como ‘direito’ ou ‘garantia’, não impede que, deste princípio, derivem deveres objetivamente considerados na tela publicista em que hoje é desenhado o processo”. (op. cit., p. 4.).

CONCLUSÃO

As considerações havidas no presente trabalho puderam evidenciar que a segurança jurídica representa, no Estado Constitucional, a garantia maior de racionalidade do discurso jurídico.

Bem compreendida essa ideia, fica fácil intuir que não pode haver pacificação social pelo Direito se o Estado, fiador das promessas que anunciam respeito à intangibilidade da vida e da liberdade, falhar neste propósito capital. Garantir a segurança e, naquilo que aqui importa, proteção às situações e posições jurídicas que os indivíduos protagonizam no cenário social, constitui fator de manutenção do Estado enquanto ente dotado de soberania.

E o Estado, por seu Estatuto Maior, se mune de instrumentos hábeis a proporcionar essa preservação de sentidos. No Brasil, em particular, a Constituição Federal de 1988, destacando a coisa julgada perfil fundamental, expressamente reconheceu esse compromisso. Vedou-se à lei – em verdade, como se viu, a toda espécie normativa – a possibilidade de desconsiderar a norma concreta formulada pelo juiz quando já não dispostos, pelo processo, os instrumentos hábeis de impugnação das decisões judiciais. A isso se opõe, com severo rigor, a coisa julgada.

Mas pôde-se verificar também que a simples proclamação desta promessa constitui pouco mais que um inconsequente juramento se não se destinar à coisa julgada um tratamento condizente a sua dignidade constitucional também no plano legislativo.

Constatou-se, pois, que a eficácia preclusiva da coisa julgada constitui, a despeito de graves, contundentes e majoritárias resistências, um ponto de apoio a essa grandeza estabilizadora, que, por mais paradoxo que possa parecer, compõe-se do mesmo conteúdo constitucional. Dizer, pois, que a eficácia preclusiva serve de anteparo à coisa julgada, bem visto o respeito que por ela é conferido à lei do caso concreto, não importa afirmar que seu conteúdo dissinta do conteúdo do objeto protegido. Convém rememorar: a eficácia preclusiva é da essência da coisa julgada.

A partir disso, é lícito que a ela se atribua, como *longa manus* da *res iudicata*, todos os predicados que são conferidos a este última, inclusive o privilégio da interpretação que confere aos direitos fundamentais a maior utilidade possível. Uma norma materialmente constitucional repele exegese que possa lhe retirar potencialidades.

Na espécie, a hipótese cogitada na introdução do trabalho logrou confirmação; não se cogita à eficácia preclusiva da coisa julgada o óbice de imunizar a regra concreta em face

apenas da causa de pedir articulada no processo de onde proveio a decisão transitada em julgado.

Para o alcance dessa conclusão parcial foram construídas algumas premissas: a) o critério da tríplice identidade, tão fundamental no direito processual nacional à identificação da demanda e, a partir daí, de numerosos institutos como a litispendência, por exemplo, não se credita a pautar a tônica da eficácia preclusiva da coisa julgada; b) o objeto litigioso do processo – que Schwab imaginava tratar-se de um fenômeno unitário por sua própria natureza – ganhou no processo brasileiro conformação binária, que em relação à coisa julgada leva em consideração apenas o pedido formulado; c) a admissão de uma tese ampliativa em relação à eficácia preclusiva da coisa julgada, por conta da premissa anterior, não pressupõe a adoção da teoria da individuação, como imagina premente a maioria da doutrina nacional.

Quanto a este último ponto convém um arremate enfático, de resto refletido no texto em várias passagens: restrita a coisa julgada à causa de pedir deduzida no processo, destinar-se-ia a sua eficácia preclusiva utilidade alguma, porque a proteção contra esse tipo de ataque, jungida à tríplice identidade, repousaria em seus limites objetivos.

A concepção ampliativa defendida no trabalho não apresenta, por outro lado, aptidão alguma para violar a Constituição Federal. Como bem se verificou, a ótica adotada, antes de representar um atentado ao direito de ação, e, em alguma medida, ao contraditório e ao devido processo legal, revela, pelo contrário, um recrudescimento normativo destes direitos.

No Estado Constitucional, a atividade jurisdicional está voltada a resultados. Significa dizer com isso que, se é imprescindível que os litígios sejam julgados com justiça, não é menos verdadeiro que este sentimento ombreia em grau de igualdade com a efetividade. Disso decorre, pois, uma potencialidade do devido processo legal.

Explica-se, assim, por que, em uma ordem jurídica justa, o princípio democrático projeta consequências decisivas para o processo, sentidas agora, com força inaudita, com a elaboração do novo Código de Processo Civil no Brasil, que erigiu a regra da colaboração ao patamar de projeto fundamental de trabalho a ser observado pelo juiz. Mais que nunca, o processo passa a ser encarado como mecanismo legítimo de eliminação do litígio.

A alteração de panorama também conduziu a uma releitura do princípio do contraditório. Ao tempo em que franqueia direitos às partes, esta garantia fundamental delas também cobra deveres que se expressam por condutas deontológicas no plano objetivo, uma vez que também os sujeitos parciais têm responsabilidade pela extinção do conflito em seu prisma sociológico.

Na jurisdição do Estado Constitucional, portanto, as partes têm o dever moral de deduzir no processo a expressão integral da lide, e tal se evidencia no ônus de deduzir, no seio da relação processual, as suas alegações em correspondência àquele compromisso. Atende-se, desta forma, o programa constitucional por segurança jurídica, traduzido na necessidade, cada vez mais imperiosa, de se evitar a permanência de focos ou resquícios de litigiosidade.

Pôde-se concluir, assim, que no Direito Brasileiro a eficácia preclusiva da coisa julgada material não opera nos limites da lide proposta pelo autor, tendo, por isso, aptidão de impedir a reiteração de pedido já rejeitado com fundamento em causa de pedir diversa.

As meditações aqui desenvolvidas pelo autor representam, por profissão de fé, uma homenagem à segurança jurídica, sem a qual, reiterar-se por fim, não há condições para o desenvolvimento de uma convivência social minimamente civilizada.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **The rational as reasonable: a treatise on legal justification**. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: **Revista e Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: FGV, vol. 217, jul./set. 1999.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALLORIO, Enrico. Critica della teoria del giudicato implícito. In: **Rivista di diritto processuale civile**, Padova: Cedam, vol. 15, parte 2, 1938.

_____. Natura della cosa giudicata. In: **Problemi di diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 2, 1957.

_____. **Problemas de derecho procesal**. Trad. Santiago Sentis Melendo. vol. 2. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

_____. **Significato della storia nello studio del diritto processuale civile: problemi di diritto**. vol. 3. Milano: Giuffrè, 1957.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALVIM, José Manoel Arruda. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Direito processual civil**. vol. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ALVIM, Thereza Arruda. **Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral das Obrigações**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1966.

ANDRIOLLI, Virgilio. Preclusione (diritto processuale civile). In: **Novíssimo digesto italiano**, Napoli: Utet, 1966.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Las acciones en el derecho privado romano. In: **Revista de Derecho Privado**. Madrid, 1945.

ARBOUR, Peter Wilbert. The Louisiana concept of *res judicata*. In: **Louisiana Law Review**, vol. 34, n. 4, 1974.

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

AROCA, Juan Montero. **El nuevo proceso civil: Ley 1/2000**. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.

_____. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidade. In: **Revista de la Facultad de Derecho - PUC Perú**, n. 53, 2000.

_____. Los poderes del juez en el proceso civil: las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad. In: BENABENTOS, Omar Abel (org.). **Teoría general unitaria del derecho procesal**. Rosário: Editora Júris, 2001.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Processo civil brasileiro**, volume 3: parte especial: procedimento comum (da demanda à coisa julgada). 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 44, nov. 1988.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria da Segurança jurídica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAGOLINI, Luigi. **Visioni della giustizia e senso comune**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1972.

BALLESTEROS, Maria Teresa de Padura. **Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada**. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

BAPTISTA, Francisco de Paulo. **Compendio de teoria e pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica**. 7. ed. Lisboa: Livraria Classica, 1910.

BARAK, Aharon. **Proportionality: constitutional rights and their limitations**. Translated from the hebrew by Doron Kalir. Cambridge University Press, 2012.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Da preclusão no processo civil. In: **Revista Forense**, vol. 158, mar./abr. 1955.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; _____. **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BELLAVITIS, Mario. **L'identificazione delle azione**. 2. ed. Padova: Litotipo, 1924.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdade en el Derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005.

BESSO, Chiara. **La sentenza civile inesistente**. Torino: G. Giappichelli, 1997.

BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1936.

BIONDI, Biondo. Appunti intorno all sentenza nel processo civil romano. In: **Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento**, Milano: Fratelli Treves, vol. 4, 1930.

BOBBIO, Norberto. La certezza del Diritto é un mito? In: **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Roma, n. 28, 1951.

_____. **O futuro da democracia.** Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **O Positivismo Jurídico:** lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Teoria da norma jurídica.** Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. Bauru: Edipro, 2008.

BOMFIM, Daniela Santos. A causa de pedir nas demandas meramente declaratórias. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista de Processo, vol. 217, mar. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d6286b05608ac7c0&docguid=I2810bfd07bf011e28448010000000000&hitguid=I2810bfd07bf011e28448010000000000&spos=1&epos=1&td=2&context=148&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017.

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: **Revista de Processo Comparado**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 2, ano 1, jul./dez. 2015.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di diritto romano.** 10. ed. Roma: R. Università, 1934.

BÖTTICHER, Eduard. **Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozes.** Beiträge zum Zivilprozessrecht. Festgabe zum Siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenber. München: Beck'sche, 1949.

BRASIL. Decreto n. 59.566, de 14 de novembro de 1966. Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei n° 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, o Capítulo III da Lei n° 4.947, de 6 de abril de 1966, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d59566.htm. Acesso em: 28 dez. 2017.

_____. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. **CLBR**, Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm. Acesso em: 08 jan. 2018

_____. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. **CLBR**. Rio de Janeiro, set. 1939 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 29 jan. 2018

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 22/11/2017>. Acesso em: 15/02/2018.

_____. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 02 fev. 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 11/02/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1269111/SP**, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma. Brasília, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1269111&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1212100/RJ**, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma. Brasília, out. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1212100&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1109421/SC**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma. Brasília, out. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1109421&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resp n.º 222.312/RJ**, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma. Brasília, mai. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=222312&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=14>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados**: Senado Federal (PLS n. 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL n. 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014.

BÜLOW, Oskar Von. **Excepciones procesales y presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUZAID, Alfredo. **Da ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. **Estudos e pareceres de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 126, ago. 2005. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000161d62e8631cf2a9d11&docguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib08d6550f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=224&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios de derecho procesal civil: límites entre jurisdicción y administración en la sentencia civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961.

_____. Il concetto di 'lite' nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: **Opere Giuridiche**, Napoli: Morano, vol. 1, 1976.

_____. **Instituzioni di diritto processuale civile**. 2. ed. Padova: Cedam, 1943

_____. La genesi logica della sentenza civile. In: **Opere Giuridiche**, Napoli: Morano, vol. 1, 1973.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, vol. 1, 1955.

CALASSO, Francesco. **Medioevo del diritto**. Milano: Giuffrè, 1954.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMPITELLI, Adriana. Processo civile (diritto intermediario). In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 36, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOVA, Augusto Cerino. **La domanda giudiziale ed il suo contenuto**. Torino: UTET, 1980.

CAPONI, Remo. **L'efficacia del giudicato civile nel tempo**. Milano: Giuffrè, 1991.

_____. **La rimessione in termini nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1996.

_____. La Rimessione in termine nel processo civile. In: **Digesto delle discipline privastiche**: sezione civile. Torino: Utet, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de massa. In: **Proceso, ideologias, sociedade**. Buenos Aires: Ejea, 1974.

_____. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Tomo 1. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabril Editor, 1984.

CARELLUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. vol. 4. Padova: Cedam, 1930.

_____. Lite e processo. In: **Rivista di Diritto Processuale Civile**, vol. 5, n. 1, 1928.

_____. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 15, 1960.

_____. **Sistema di diritto processuale civile**. vol. 1. Padova: Cedam, 1936.

CARVALHO José Orlando Rocha de. **Alimentos e coisa julgada**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

CARVALHO, Milton Paulo de. **Do pedido no processo civil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. **Res judicata**: a handbook on tis theory, doctrine and practice. Durham: Carolina Academic Press, 2001.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano. In: **Estudios de teoria general e historia del processo**, México: UNAM, 1974.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CHIARLONI, Sergio. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1975.

_____. Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie". In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, 1987.

CHIASSONI, Pierluigi. **Tecnica dell'interpretazione**. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. Cosa juzgada y preclusión. Trad. Santiago Sentís Melendo. In: **Ensayos de Derecho Procesal**, Buenos Aires: EJEJA, vol. 3, 1949.

_____. Identificazione delle azioni: sulla regola “ne eat iudex ultra petita partium”. In: **Saggi di diritto processuale civile**, Milano: Giuffrè, vol. 1, 1993.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. vol. 1. Trad. G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. _____. vol. 1. Trad. G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1942.

_____. _____. 2. ed. vol. 1. Trad. G. Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Instituzioni di diritto processuale civile**. vol. 1. Napoli: Jovene, 1957.

_____. L'azioni nel sistema dei diritti. In: **Saggi di diritto processuale civile**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. **L'idea romana nel processo civile moderno**. 3. ed. vol. 3. Milão: Giuffrè, 1993.

_____. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1965.

_____. Romanesimo e germanesimo nel processo civile. In: **Saggi di diritto processuale civile**, Milano: Giuffrè, vol. 1, 1993.

_____. Sulla cosa giudicata. In: **Saggi di diritto processuale civile**, Milano: Giuffrè, vol. 2, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del'giusto processo**. Torino: Giappichelli, 2004.

_____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1998.

CONSOLO, Claudio. Domanda giudiziale. In: **Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile**. Torino: UTET, vol. 7, 1991.

COSTA, Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COSTA, Sergio. Domanda giudiziale. In: **Novissimo digesto italiano**, Torino: UTET, 3. ed. vol. 6, 1957.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. La cosa Juzgada como presunción legal. In: **Revista Jurídica**, ano 3, vol. 17, 1955.

_____. Las garantías constitucionales de processo civil. In: **Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina**. Buenos Aires: Ediar, 1946.

CRUZ, Guilherme Braga. O “jurisconsultus” romano. In: **Obras esparsas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1979.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Opinião 50**: o art. 1º do novo CPC. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-50-o-art-1o-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 22/11/2017.

DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a Lei e “Due Process of Law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder legislativo. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro, vol. 116, abr. 1948.

DENTI, Vittorio. **Processo civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Electa una via non datur regressus ad alteram”. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. Tomo 1. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. _____. 6. ed. vol. 2. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Intervenção de terceiros**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. 100 anos de Liebman. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Aceleração dos procedimentos. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Causa de pedir e ônus de afirmar. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Nova era do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O conceito de mérito em processo civil. In: _____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 109, jan/mar. 2003.

_____. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura novit cúria e a causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHANDÍA, Devis. **Teoría general de proceso.** 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.

ENGELMANN, Arthur. **The roman procedure: a history of continental civil procedure.** Boston: Little, Brown and Company, 1927.

ESPANHA. Lei n. 1/2000. Ley de Enjuiciamiento Civil. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, jan. 2000. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 08 fev. 2018

ESTAGNAN, Joaquín Silguero. **La preclusión de alegaciones em el proceso civil.** Navarra: Civitas, 2009.

ESTELLITA, Guilherme. **Da coisa julgada.** Rio de Janeiro: S. Ed., 1936.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. In: **Revista de Processo**, vol. 13, n. 49, jan./mar. 1998.

_____. **Ação declaratória incidental.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Embargos à execução. Alegação de inexistência da pessoa jurídica exequente: improcedência. Coisa julgada. Legitimação para o processo de execução. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 360, mar./abr. 2002.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado.** Tomo 3. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1974.

FALZEA, Angelo. **Introduzione alle Scienze Giuridiche: Il Concetto di Diritto.** 5. ed. Milano: Giuffrè, 1996, p. 492.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo.** Milano: Giuffrè, 1957

FENOLL, Jordi Nieva. **La cosa juzgada: el fin de un mito.** Problemas actuales del proceso ibero-americano. Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación Provincial, 2006.

FERNÁNDEZ, Isabel Tapia. **La cosa juzgada: estudio de jurisprudencia civil.** Dykinson: Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ, José Luis Palma. **La seguridad jurídica ante la abundancia de normas.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria geral do garantismo penal**. Trad. Fauzi Choukr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Corrado. **Struttura del processo e modificazione della domanda**. Padova: Cedam, 1975

FILHO, Gabriel José Rodrigues de Rezende. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1951.

FILHO, Theophilo Cavalcanti. **O problema da segurança no Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1964.

FILHO, Vicente Greco. **Direito processual civil brasileiro**. 18. ed. vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. _____. 19. ed., rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANCHI, Giuseppe. **La litispendenza**. Padova: Cedam, 1963.

FRANCOS, Maria Victoria Berzosa. **Demanda, causa petendi y objeto del proceso**. Cordoba: Almendro, 1984

FRANÇA. Code Civil. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=A4D2C1F0F4F41C5804D2F5AF1A35C7C5.tplgfr29s_3?idSectionTA=LEGISCTA000032035937&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180211>. Acesso em: 03 mar. 2018.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **“Iura novit curia” y aplicación jurídica del derecho**. Valladolid: Lex Nova, 2000.

GARBAGNATI, Edoardo. Preclusione ‘pro iudicato’ e titolo ingiuntivo. In: **Revista de diritto processuale**, vol. 4, 1949.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Considerações sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 130, dez. 2005.

GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil**. 2. ed. vol. 1. Coimbra: Almedina, 1999.

GIANOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda**. Milano: Giuffrè, 1958.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio; TESHEINER; José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de Código de Processo Civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RePro, vol. 194, abr. 2011. Disponível

em:

<http://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc500000161d6258bfec2da772e&docguid=I3f46c9007a5411e0ad2a010000000000&hitguid=I3f46c9007a5411e0ad2a010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=133&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 dez. 2017.

GIULIANI, Alessandro. **Presentazione**. In: PEREMAN, Chaim. Logica giuridica e nuova retorica. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. Prova (filosofia del diritto). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, vol. 37, 1988.

_____. L'ordo judiciarius medioevale: riflessioni su un modelo puro di ordine isonômico. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, vol. 43, 1988.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Buenos Aires: Labor, 1936.

GOMETZ, Gianmarco. **La certeza giuridica come prevedibilità**. Torino: Giappichelli, 2005.

GONÇALVES, Willian Couto. **Uma introdução à filosofia do direito processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRANWELL, Ricardo E.. **Las legis acciones según el jurisconsulto Gayo**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1929.

GRASSO, Eduardo. Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, n. 3, 1993.

_____. La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 20, 1965.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, vol. 77, 1982, p. 181.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. Refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada: considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, vol. 3, n. 16, mar./abr. 2002.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. In: **Revista**

dos Tribunais, São Paulo: Revista de Processo, n. 226, 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d62d95fd2698c2af&docguid=I51a7e3f04cf611e3a402010000000000&hitguid=I51a7e3f04cf611e3a402010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=211&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 dez. 2017.

GROSSI, Paolo. **Mitologie Giuridiche della modernità**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. **L'ordine giuridico medievale**. 6. ed. Bari: Laterza, 2011.

GRUNSKY, Wolfgang. Il cosiddetto “modelo di Stoccarda” el’accelerazione del processo civile tedesco. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, n. 3, 1971.

GUARNERI, Giuseppe. Preclusione (diritto processuale penale). In: **Novíssimo digesto italiano**, Napoli: Utet, 1966.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

GUILLÉN, Víctor Fairen. **La transformación de la demanda en el proceso civil**. Santiago de Compostela: Porto, 1949.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada e efeito preclusivo. In: _____. **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HABSCHEID, Walter. L’oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. In: **Rivista di diritto processuale Civile**, Padova: Cedam, vol. 35, n. 3, 1980.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HAWKING, Stephen; MLODINOW, Leonard. **The Grand Design: new answers to the ultimate questions of life**. London: Transworld Publishers, 2010.

HAZARD, Geoffrey; JUNIOR, Fleming James; LEUBSDORF, John. **Civil procedure**. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001.

HEINITZ, Ernesto. **I limiti oggettivi della cosa giudicata**. Padova: Cedam, 1937.

JARDIM, Augusto Tanger. **A causa de pedir no direito processual civil**. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

JIMÉNEZ, Ansejo. **Nueva enciclopédia jurídica**. Barcelona: Francisco Seix, 1951.

JOBIM, Marco Félix; JÚNIOR, Lírio Hoffmann. A justificação como elemento da sentença. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 42, n. 274, 2017.

_____. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo.** 3. ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

JÚNIOR, Fredie Didier, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência no CPC-2015. In: MARINHO, Rodrigo Saraiva; MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Blecaute Oliveira (Org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC:** improcedência. vol. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil:** introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. vol. 1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

_____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: _____; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual.** Salvador: JusPodivm, 2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Redimensionamento da coisa julgada. In: **Revista científica dos estudantes de direito da UFRGS,** Porto Alegre, vol. 1, n. 1, jul. 2009.

JÚNIOR, José Cretella. **Curso de direito romano:** o direito romano e o direito civil brasileiro. 27. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JÚNIOR, Nelson Nery. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudo em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005.

_____. **Princípios do processo na Constituição Federal:** processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Estudos de filosocia do direito:** reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura.** Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco, São Paulo: Ícone Editora, 2011.

KASER, Max. **Direito privado romano.** Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Mämmerle. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

_____. Gli inizi della “cognitio extra ordinem”. In: **Ontologia giuridica romanistica**, Milano: Antiquaria, vol. 1.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LACERDA, Galeno. O código e o formalismo processual. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 28, 1983.

LANCELLOTTI, Franco. Variazioni dell’implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, n. 6, 1980.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LENT, Friederich. Contributo alla dottrina dell’oggetto del proceso. Trad. C. Mandriolli. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Napoli: JUS, vol. n. 4, 1953.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Causa de pedir e pedido: o direito superveniente**. São Paulo: Método, 2006.

LEVY, Philipe. La formation de la théorie romaine des preuves. In: **Studi in onore di Siro Solazzi**, Napoli: Jovene, 1948.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Azioni concorrenti. In: **Problemi del processo civile**, Napoli: Morano, 1962

_____. Decisão e coisa julgada. In: **Revista Forense**, ano 54, n. 523, jan. 1947.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. dos texto posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Campinas: Bestbook, 2001.

_____. _____. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

_____. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**. 4. ed. Milão. Giuffrè, 1980.

_____. O despacho saneador e o julgamento de mérito. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 767, set./1999. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb->

action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. Qualche osservazioni sullo studio della storia del processo civile. In: **Problemi del processo civile**, Napoli: Morano, 1962.

LIMA, Alcides de Mendonça. O princípio da probidade no Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, n. 16, out./dez. 1979.

LOCATELLI, Francesca. **L'accertamento incidentale ex lege: profili**. Milano: Giuffrè, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo GAllego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÓPES, Sônia Calaza. **La cosa juzgada**. Madrid: La Ley, 2009

LUÑO, Antônio Henrique Péres. **La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

MACEDO, Elaine Harzheim. Jurisdição e processo: soberania popular e processo democrático como espaço de construção do direito do caso concreto. In: _____; HIDALGO; Daniela Boito Maurmann (Org.). **Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana e seu reflexos na aplicação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015,

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Tutela Antecipada**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MACHADO, João Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Causa de pedir e teoria da relatividade do fato essencial. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 237, nov. 2014. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d62ad09dd79cf637&docguid=I650670e059ae11e4adcb010000000000&hitguid=I650670e059ae11e4adcb010000000000&spos=3&epos=3&td=4&context=173&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 14 dez. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto processuale civile**. 13. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000.

_____. Riflessioni in tema di petitum e di causa petendi. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, vol. 29, n. 3, 1984.

MANZANARES, Raquel Castillejo. **Hecho nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

MARELLI, Fabio. **La trattazione della causa nel regime delle preclusioni**. Padova: Cedam, 1996.

MARICONDA, Vincenzo. **La preclusioni (de) qualificante: la riforma de processo civile**. Padova: Cedam, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Il diritto alla tutela giurisdizionale efetiva nella prospettiva della teoria dei diritti fondamentali. In: **Studi di diritto processuale civile in onere di Giuseppe Tarzia**. Milano: Giuffrè, vol. 1, 2005.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARMOR, Andrei. **Law in the age of pluralism**. Oxford: OUP, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. _____. 4. ed. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1974.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELENDO, Santiago Santis. **La prueba**: lLos grandes temas del derecho probatório. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENCHINI, Sergio. **I limiti oggettivi del giudicato civile**. Milano: Giuffrè, 1987.

_____. **Il giudicato civile**. 2. ed. Torino: Utet, 2002.

_____. Regiudicata civile. In: **Digesto delle discipline privatistiche**: sezione civile. Torino: UTET, vol. 16, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, João de Castro. **Limites objetivos do caso julgado em processo civil**. Lisboa: Ática, 1968.

MERLIN, Elena. **Compensazione e processo**. vol. 2. Milano: Giuffrè, 1994.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 20, 1980.

_____. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. A súmula da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal. In: _____. **Teses, estudos e pareceres de processo civil**: jurisdição e competência, sentença e coisa julgada, recursos e processos de competência originária dos tribunais. vol. 2. Apres. José Rogério Cruz e Tucci, Walter Piva Rodrigues, Paulo Henrique dos Santos Lucon. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MICHELI, Gian Antonio. **Corso de diritto processuale civile**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1959.

MIGALHAS. **STJ fixa dia 18 de março como entrada em vigor do novo CPC**. Mar. 2016. Disponível em: <www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI235062,11049STJ+fixa+dia+18+de+marco+como+en+trada+em+vigor+do+novo+CPC>. Acesso em: 05 dez. 2017.

MIGLIORE, Rodolfo Pablo. **Autoridad de la cosa juzgada**. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

MILMAN, Fábio. **Improbidade processual – comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. _____. 2. ed. Tomo 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. _____. 3. ed. Tomo 5. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. _____. Tomo 4. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. **Tratado das ações**. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

_____. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Tomo 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva. In: _____. JÚNIOR, Hermes Zaneti. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

_____. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo 3. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. JÚNIOR, Hermes Zaneti. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil. In: _____. _____. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

_____. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. vol. 2. São Paulo: ATLAS, 2012.

MONTEIRO, João. **Theoria do processo civil e commercial**. 5. ed. Rio de Janeiro: Tipografia Acadêmica, 1936.

MONTESANO, Luigi. Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giffre, vol. 47, n. 1, 1993.

_____. ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile**. 3. ed. vol 1. Torino: G. Giappichelli, 1999.

_____. ARIETA, Giovanni. **Trattado di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. In: **Revista dos Tribunais**, 416/9, jun. 1970. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000161d825dbd05b9af2b2&docguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9f25cd106dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=6&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. “Quanti minoris”. In: _____. **Direito processual civil: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsói, 1971.

_____. A eficácia preclusiva da coisa julgada material. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 441/14, jul. 1972. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d61c695c56d7cf03&docguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&hitguid=I9e8288306dad11e1bee400008517971a&spos=2&epos=2&td=5&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973)**. 17. ed. vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 102, abr./jun. 2001. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000161d62ba3a6c45f01e2&docguid=I83378f90f25611dfab6f010000000000&hitguid=I83378f90f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=186&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 25 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. O problema da “divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: **Revista de Processo**, vol. 41, 1986.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. In: _____. **Temas de direito processual**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsói, 1967.

MORENO, Damian. **La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: comentários a la LEC 2.000**. DOMINGUEZ, Cortes Dominguez; CATENA, Moreno (coord.). Madrid: Tecnos, 2000.

MURGA, José Gener. **Derecho romano clásico: el proceso**. 3. ed. vol. 2. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1989.

NETTO, José Manoel de Arruda Alvim. Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, jan./mar. 1976.

NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. vol. 2. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

_____. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Ed, 1983.

NIKISCH, Arthur. **Der Streitgegenstand im Zivilprozess**. Tübingen: Mohr, 1935.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. **Conexidade e efetividade processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre: UFRGS, vol. 15, 1998.

_____. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. e acres. de apêndice. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, vol. 4, n. 21, nov./dez. 2007.

_____. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. In: **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 33, 1985.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**: limites temporais e relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ORESTANO, Riccardo. Azione. I – L’azione in generale: a) storia del problema. In: **Enciclopédia del Diritto**. Milano: Giuffrè, vol. 4, 1959.

_____. **L’appello civile in diritto romano**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1953.

PASSARELLI, Francesco Santoro. Diritti soggettivi: diritti assoluti e relativi. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 12, 1964.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Enciclopedia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, vol. 14, 1977.

PECZENIK, Alexander. **On law and reason**. Lexington: Springer, 2009.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: Cedam, n. 3, 1988.

_____. **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Processo civile (diritto moderno). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 36, 1987.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

_____. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilidade da demanda. In: TUCCI, José Rogério Cruz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.). **Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. 5. ed. Napoli: Jovene, 2006.

_____. Dell'esercizio dell'azione. In: ALORRIO, Enrico (coord.). **Commentario del Codice di Procedura Civile**. Torino: UTET, 1973.

_____. **La trascrizione delle domanda giudiziale**. Napoli: Jovene, 1968.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

PORTALES, David Peláez. **I processo judicial em la España muçulmana**. Córdoba: Al Almendro, 2000.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 4. ed. rev., atual. e ampl. com notas do Projeto de Lei do novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Sobre o propósito e alcance do artigo 474, do CPC. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Síntese, vol. 1, n. 1, set./out. 1999.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las obligaciones**. Trad. M. C. de las Cuevas. Buenos Aires: Editorial Heliastira S.R.L., 1978.

PRATES, Marília Zanella. **A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos**. Salvador: JusPodivm, 2013.

PROVINCIALI, Renzo. **Norme di diritto processuale nella costituzione**. Milano: Giuffrè, 1959.

PUGLIESE, Giovanni. Giudicato civile: storia e diritto vigente. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 18, 1968.

_____. **Il processo civile romano**. vol. 1. Milano: Giuffrè, 1963.

_____. **Istituzioni di diritto romano**. 3. ed. Torino: Giappicheli, 1991.

_____. Res iudicata pro veritate accipitur. In: **Scritti giuridici scelti**. vol. 2. Napoli: Jovene, 1985.

QUIJANO, Jairo Parra. Abuso de derechos procesales. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. El futuro del proceso civil. In: **XV Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal**. Bogotá: Departamento de Publicacione de la Universidad Extremado de Colombia, set. 1996.

RAMÍREZ, Federico Arcos. **La seguridad jurídica**: una teoría formal. Madrid: Dykinson, 2000.

RAMOS, Manuel Ortells. **Derecho procesal civil**. Navarra: Aranzandi, 2000

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 4. ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

RECCHIONI, Stefano. **Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinária**. Padova: Cedam, 1999.

REDENDI, Enrico. Breve storia semântica di causa in giudizio. In: **Revista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Ed. Italia, 1961.

REICHELTL, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

REIS, José Alberto dos. **Código de Processo Civil anotado**. vol. 5. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 215, 2013.

_____. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia una teoría procesal de derecho. Barcelona: J. M. Bosch, 2004.

RICCI, Gian Franco. “Individuazione” o “sostanziazione” nella riforma de del processo civile. In: **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, vol. 4, 1995.

_____. L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano: Giuffrè, 1995.

RICHARDS, Jason R. **Richards v. Jefferson County**: The Supreme Court stems the crimson tide of *res judicata*. Santa Law Review, vol. 38, 1998.

RISPOLI, Arturo. Ancora sul concetto di causa petendi. In: **Archivio di ricerche Giuridiche**, Roma: Studio di Ricerche Giuridiche Degli Avvocati, 1954.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

ROCCO, Ugo. **L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. Roma: Athenaeum, 1917.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa e a exclusão social. In: **Interesse Público**, n. 4, 1999.

_____. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES José Marcos Rodrigues Vieira A singularidade interruptiva da prescrição civil. In: DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord. e co-autores). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RUBIN, Fernando. A preclusão, a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada: interpretações em torno do art. 474 do CPC. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 109, abr. 2012.

SÁ, Renato Montans. **Eficácia preclusiva da coisa julgada**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 13, jan./mar. 1979. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d62c9bc17bd3b5f6&docguid=Ib6396c10f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ib6396c10f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=198&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017.

SÁNCHEZ, Guillermo Ormazabal. **Iura novit curia**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

SANDULLI, Aldo. Fusione pubbliche neutral e giurisdizione. In: **Rivista de diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 1, 1964.

SANTOS, Andrés de la Oliva. **Objeto del proceso y cosa juzgada em el proceso civil**. Madrid: Ed. Thompson-Civitas, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 13. ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Comentários ao CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 8. ed. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 57, out. dez/2006. Disponível em: <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d62f5700c45f022e&docguid=I7a21d850f25311dfab6f010000000000&hitguid=I7a21d850f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=236&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SATTA, Salvatore. Domanda giudiziale: diritto processuale civile. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano: Giuffrè, vol. 13, 1964

SAVIGNY, Friedrich von. **Sistema del derecho romano actual**. 2. ed. Tomo 5. Trad. M. CH. GUENOUX. Madrid: F. Góndora y Compañía Editores, 1879.

SCHÖNKE, Adolf. **Derecho procesal civil**. 5. ed. Tradução de Pietro Castro. Barcelona: Boch, 1950.

SCHWAB, Karl Heinz. **El objeto litigioso en el proceso civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.

_____. **La teoria dell'oggetto del processo nell'attuale dottrina tedesca: studi in onore di Antonio Segni**. vol. 4. Milano: Giuffrè, 1967.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Trad. Santiago Santis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEJA, 1954.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHAPIRO, David. **Civil procedure**: preclusion in civil actions. New York: Foundation Press, 2001.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **O direito de defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Preclusão processual civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do Direito Português**. vol. 1. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

SILVA, Almiro do Couto. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, vol. 13, 1997.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, vol. 6, n. 59, jan. 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada inconstitucional? In: JUNIOR, Fredie Didier (Org.). **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. Salvador: Juspodivm, 2004.

_____. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. e atual. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Limites objetivos da coisa julgada no atual direito brasileiro. In: _____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007.

_____. O contraditório nas ações sumárias. In: _____. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOBRINHO, Elício de Cresci. Objeto litigioso: de Lent a Habscheid e Jauernig (breve estudo em homenagem a Jacy de Assis). In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, v. 19, 1979.

SOTELO, José Luis Vasquez. “Objeto actual” y objeto “virtual” en el processo civil español. In: JAYME, Fernando; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). **Processo Civil**: novas tendências: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. O objeto da sentença e o caso julgado material: estudo sobre a funcionalidade processual. In: **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol. 292, out./dez. 1985.

_____. **Sobre o processo declarativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

TALAMANCA, Mario. Processo civile (diritto romano). In: **Enciclopédia del diritto**. Milano: Giuffrè, vol. 36, 1987.

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

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questioni. In: **Rivista di diritto processuale**, Padova: Cedam, vol. 27, n. 2, 1972.

_____. **A motivação da sentença civil**. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano: Giuffrè, mar. 1997.

_____. _____. In: **Sui confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. **La prova dei fatti giuridici**: nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. **La semplice verità**. Bari: Laterza, 2009.

_____. Verdade e processo. In: MITIDIERO, Daniel Francisco (Org. e Trad.). **Processo civil comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARZIA, Giuseppe. Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo. In: **Rivista di Scienze Giuridiche**, Milano: Vita e Pensiero, n. 2, 1956.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **O princípio da eventualidade no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ação rescisória no novo Código de Processo. In: **Revista de Processo**, São Paulo; RT, vol. 244, jun. 2015.

_____. Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 774, abr. 2000. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d6298fdcded3e551&docguid=Id49cba60f25411dfab6f010000000000&hitguid=Id49cba60f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=161&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

_____. **Elementos para uma teoria geral do processo.** São Paulo: Saraiva, 1993.

TESORIERE, Giovanni. **Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile.** Padova: Cedam, 1983.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TROCKER, Nicolò. Giudicato: diritto comparato e straniero. In: **Enciclopedia giuridica treccani**, Roma: Treccani, vol. 15, 1989.

_____. **Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano.** Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi na ação de usucapião extraordinária: processo civil, evolução, 20 anos de vigência.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **A causa petendi no processo civil.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

_____. A denominada “situação substancial” como objeto do processo na obra de Fazzalari. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista de Processo, vol. 68, 1992, p. 2. Disponível em:

<<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000161d61eda41440bc7de&docguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&hitguid=I5d370e50f25711dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=93&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 15 dez. 2017).

_____. Breves anotações sobre a “restitutio in integrum” e o processo acusatório romano. In: **Revista Justitia**, São Paulo, n. 45, jul./set., 1983.

_____. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos. **Lições de história do processo civil romano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VELLANE, Mário. **Naturaleza de la cosa juzgada.** Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1963.

VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile.** 7. ed. vol. 2. Napoli: Jovene, 2008.

_____. **Profili del processo civile: parte generale.** 4. ed. Napoli: Jovene, 1994.

VESCOVI, Enrique. La modificación de la demanda. In: **Revista de Processo**, São Paulo: RT, vol. 30, abr./ jun. 1983

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965.

VILLA, Vittorio. **Uma teoria pragmaticamente orientada dell'interpretazione giuridica**. Torino: Giappichelli, 2012.

VILLATA, Riccardo. **L'esecuzione delle decisione del Consiglio di Stato**. Milano: Giuffrè, 1971.

VILLEGAS, Héctor. Principio de seguridad jurídica em la creación y aplicación del tributo: el contenido de la seguridad jurídica. In: **Revista de Direito Tributário**, São Paulo: Malheiros, vol. 66, 1995.

WACH, Adolf. **La pretensión de declaración**. Buenos Aires: EJEa, 1962.

_____. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1977.

_____. **Oralidad y escritura**: conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana. Trad. Ernesto Krotoshin. Buenos Aires: Ejea, 1958.

WALLERSTEN, Immanuel. **The end of world as we know it: social Science for the twenty-first century**. Minneapolis: University fo Minnesota Press, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Vinculação do juiz aos pedidos e o princípio do iura novit cúria. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.). **Processo civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**: participação e processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Perfil, 2005.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da Sociologia Compreensiva. vol. 1. Brasília: UNB, 1999.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. Antônio Manuel Botelho Hespanha. 4. ed. Lisboa: Caloustre Gulbenkian, 2010.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. vol. 1. Torino: UTET, 1902.

WRÓBLEWSKI, Jérzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1988.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A expansão da eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria de direito da concorrência: considerações a respeito do art. 98, § 4.º, da nova lei do Cade (Lei 12.529/2011). In: Revista dos Tribunais, São Paulo: **Revista de Processo**, vol. 222, ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc600000161d6243e51b6a9fd1d&docguid=I3c9d5b00f5b411e280ea010000000000&hitguid=I3c9d5b00f5b411e280ea010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=120&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. 13. ed. Torino: Einaudi, 2005.

ZANZUCCHI, Marco Tullio; GIANOZZI, Giancarlo. **La modificazione della domanda nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1958.

_____. **Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello** (art. 490-491 CPC). Milano: Società Editrice Libreria, 1916.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ZILLETTI, Ugo. **Studi sul processo civil giustiniano**. Milano: Giuffrè, 1965.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br