

LIDE PREJUDICIAL CONSTITUCIONAL NÃO DECIDIDA E COISA JULGADA

*José Marcos Rodrigues Vieira**

SUMÁRIO: 1) Lide prejudicial. 2) Prejudicial de inconstitucionalidade. 3) Coisa julgada, eficácia preclusiva e revisão. 4) Pretensão e prescrição. 5) Natureza e objeto da coisa julgada. 6) Coisa julgada inconstitucional e o problema da chamada “flexibilização”. 7) Conexão por prejudicialidade.

RESUMO

O autor avalia a “coisa julgada” à luz das posições de Chiovenda e de Carnelutte referentes à finalidade do processo. Chama atenção para a diversidade ontológica entre o objeto litigioso e a relação jurídica material. Destaca a finalidade processual da “sentença justa” a respeito da qual se faz necessário o conhecimento da idéia de lide integral como fenômeno pré-processual. Lembra Pugliese quanto a falta de uma análise dos “modos como o julgado opere”. A partir dessas considerações, analisa a prejudicial de inconstitucionalidade, a eficácia preclusiva e a revisão da coisa julgada, a pretensão e a prescrição, a natureza e o objeto da coisa julgada, a sua flexibilidade e a sua prejudicialidade. Conclui por afirmar que a essência da coisa julgada é o contraditório que a produz, servindo a todas as eficácias, e qualificadamente às declaratórias.

ABSTRACT

The author evaluates the judged matter under the influence of Chiovenda and Carnelutte concerning to the aim of the process. It attracts attention for the ontological diversity that exists between the litigious object and the material juridical relation. It highlights the procedural finality of the

* Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFMG e da Faculdade Mineira de Direito da PUC-MG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Advogado.

fair sentence and the necessity to have the knowledge of the entire controversy as a pre-procedural phenomenon. It reminds Pugliesi concerning to the lack of analysis of how the judged stuffs are managed. From this considerations, it analyses the prejudicial matter of unconstitutionality, the plosivity efficiency and the revision of the judged matter, the pretension and the prescription, the nature and the object of the judged matter, its flexibility and prejudiciality. In its conclusion, it affirms that the essence of the judged matter is produced by the contradictory, serving to all kinds of efficiency and to the declaratory concerning to their quality.

1) LIDE PREJUDICIAL.

Quanto mais se estuda o tema da coisa julgada, mais se tem necessidade de investigar seu objetivo, em confronto das visões chiovendiana (atuação do direito) e carneluttiana (composição da lide), relacionadas à finalidade do processo.

E, embora discutível a idéia carneluttiana de lide parcial, impõe-se a advertência da diversidade ontológica entre o objeto litigioso e a relação jurídica material.

Assim, porque a *litis contestatio* é equívoca, podendo traduzir a relação substancial e podendo dela discrepar, no todo ou em parte, a *res iudicata* põe à doutrina o problema da sentença injusta.

Não justificaria tal resultado a teoria material da coisa julgada: produtora de direito, com força legal substancial, tornar-se-ia revogadora de lei; todavia, não a justifica a teoria processual, senão com o esforço de admitir-se a produção de efeito substancial apenas de fato (para não se lhe admitir exclusivamente o efeito processual, de sua função negativa, do *ne bis in idem*).

O processo, para afastar ou minorar o risco da sentença injusta, deve encarecer a cognição do fenômeno pré-processual (a idéia de lide integral, já teria, então, algum sentido útil).

Da sentença inconstitucional já existe, em nosso direito positivo, a regra do Parágrafo único, recentemente acrescentado ao Art. 741, CPC (em revivescência do direito anterior ao Código de 1939, com seus embargos de nulidade e infringentes do julgado): regra fundada em recuperação da lide extra-autos.

Ora, a porção de lide que remanesceu extra-autos pode conter questão prejudicial. O referido Parágrafo trata de questão prejudicial constitucional.

Conveniente, antes de tudo, lembrarmos que, no nosso direito, não há julgado em ação declaratória incidente de inconstitucionalidade. E, de tal sorte, não existente opção de suscitar o tema, senão *incidenter tantum*, não decorre a preclusão *principaliter*.

A tese sentencial pode estar pré-excluída pela incidência de regra constitucional interferente no fato constitutivo do direito reconhecido. Ora, regras constitucionais interferentes na disciplina de fatos jurídicos são garantias constitucionais e, como tais, de aplicabilidade obrigatória – do que decorre possa ser falso o recorte apresentado para a relação jurídica material, a partir do fundamento jurídico declinado e até mesmo das objeções e das exceções substanciais argüidas.

Eis, em seus contornos, a lide prejudicial constitucional, lide impreclusa, por constituída de questão(ões) fundamental(is) às formuladas.

Estamos atentos à cuidadosa observação de PUGLIESE¹ de que faltaria à doutrina e jurisprudência italianas (e diríamos, à doutrina e jurisprudência brasileiras) uma análise acurada dos **modos** como o julgado opere, vale dizer, das relações entre o juízo em que emitido o julgado e aquele em que seja feito valer.

Avança PUGLIESE², para confirmar o vazio doutrinário e jurisprudencial, aos casos examinados: 1) a lide do primeiro juízo se apresenta como ponto fundamental de nova lide do segundo juízo (reivindicatória procedente, seguida de possessória de servidão, contra o mesmo réu); 2) as lides, no primeiro e no segundo juízos, se vinculam a um mesmo ponto fundamental (suscitando o julgado implícito, do Art. 34, CPC italiano, ou a eficácia preclusiva da coisa julgada, do Art. 474, CPC brasileiro); 3) a questão decidida *incidenter* no primeiro juízo é posta *principaliter*, no segundo, não havendo obstáculo a decisão contrária (reconhecimento incidente de domínio, como fundamento de nova lide, agora reivindicatória do mesmo bem, contra o mesmo réu).

1 PUGLIESE, Giovanni – *Relazione fra il processo in cui si è formato il giudicato e quello in cui lo si fa valere*, verbete *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 871.

2 PUGLIESE, Giovanni – ob. cit., pág. 872-3.

Note-se que o grande jurista versa a prejudicialidade. Cuidamos de uma quarta hipótese (a preencher o vazio reclamado): a da prejudicial constitucional não versada, nem *incidenter tantum*, no primeiro juízo, exercitado sobre relação jurídica dela dependente. Prejudicial posta como objeto principal (e mesmo único) do segundo juízo.

2) PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE.

É verdade que o tema é mais vasto do que o que aqui nos vai ocupar. Cuidamos tão-somente da prejudicial conexa, isto é, por questão comum à da lide julgada.

E, neste passo, é indispensável lembrar que a conexão não se dá tão-somente pelo pedido ou pela causa de pedir, no direito brasileiro (que, por um lado, teria aderido à vontade concreta de lei chiovendiana, ao tratar da identificação das ações, a exemplo da regra do Parágrafo 2º, do Art. 301, CPC). Pode dar-se, também, pelas questões, no sentido do que estabelece, a sua vez, a regra do Art. 471, CPC (suposta não a mesma lide, mas lide diversa).

E queremos, mais uma vez, estabelecer raciocínio paralelo, considerando a *pregiudiziale d'incostituzionalità*, sob seu caráter formativo de processo constitucional³ na pendência da causa prejudicada, portanto depois de instaurada esta.

Não é só a competência (donde a *rimessione alla Corte*) a razão da suspensão da causa prejudicanda. Há justificativas outras, que nos remeteriam ao estudo que lhes dedica CAPPELLETTI⁴: 1) a de ser a suspensão no próprio ato criativo do processo constitucional; 2) a de não sujeição à teoria do julgado implícito (para nós, à eficácia preclusiva); 3) a relevância da norma de lei no processo prejudicado.

Aí está: regra constitucional que exclua o fato jurídico acolhido pela lei invocada na *causa petendi* do processo prejudicado remeterá a tema de garantia constitucional. Contraponível, pois, à – garantia constitucional – da coisa julgada.

3 CAPPELLETTI, Mauro – *La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile*, Univ. Firenze, Fondazione Piero Calamandrei, Soc. Tip. Multa Paucis, Varese, 1972, pág. 97.

4 CAPPELLETTI, Mauro – *idem-idem*, *ibidem*.

Aqui se revela a relação preclusiva – porventura constitucional, a exigir univocidade, sob redução a fundamento jurídico único – que se passa da *res in iudicium deducta* para a *res iudicata*: aquilo que PUGLIESE⁵ intitula de **modo** como opera o juízo, relação entre o feito em que é emitido e aquele em que deve ser feito valer (de que é apenas uma das situações, a do §ún., Art. 741, CPC brasileiro, inserível em contexto que cumpre ser deduzido).

A esta altura, será de grande valia a lembrança dos dois conceitos de *causa petendí*, alternados no CPC brasileiro (à maneira do que observa, quanto ao CPC português, ARTUR ANSELMO DE CASTRO ⁶) - o fato simples e o fundamento legal puro, daquele abstraído - os quais ARAKEN DE ASSIS ⁷ vê abrangidos, indistinta e mesmo isoladamente, no efeito radical do Art. 474, CPC.

Vamos chegar à dupla repercussão, constitucional e infraconstitucional do fato. Mas, por ora, atentemos à regra do Art. 474, CPC, sobre a qual pouco se escreveu e muito pouco se resolveu.

3) COISA JULGADA, EFICÁCIA PRECLUSIVA E REVISÃO

Ao aludir exatamente ao efeito radical do Art. 474, CPC, insinuando que a eficácia preclusiva, por recobrir o deduzido e o dedutível, eliminaria renovação da instância sob qualquer nova causa de pedir, ARAKEN DE ASSIS ⁸ acrescenta que a vedação, ante o julgado, à ação com causa de pedir autônoma não deveria escandalizar a ninguém, pois a prescrição e a decadência produzem efeitos muito mais nefastos aos direitos litigiosos e, no entanto, indiscutidos.

Data venia, não é tão simples o problema da causa de pedir (fundamento jurídico) que esbarre em contra-fundamento constitucional, e pois, autônomo e imprecluso – como demonstraremos.

Por ora, vejamos a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Falávamos da possível discrepância entre a relação jurídica material e o objeto litigioso. Há algo, sem dúvida, da *res in iudicium deducta*, da

5 PUGLIESE, Giovanni – ob. cit., pág. 871.

6 CASTRO, Artur Anselmo de – *Lições de Processo Civil*, I, Almedina, Coimbra, 1967, pág. 356.

7 ASSIS, Araken de – *Cumulação de Ações*, RT, São Paulo, 4a. ed., 2002, pág. 145.

8 ASSIS, Araken de – *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*, RT, pág. 231-2.

litis contestatio, que a emancipa conceitualmente do direito subjetivo material. E que faz com que a *res in iudicium deducta* se torne *res iudicata*.

A preclusão envolve a faculdade (de suscitar questões, evidentemente vinculadas às *causae petendi*), bem como, com as próprias questões decididas, as não suscitadas e não conhecidas, delas dependentes ou mesmo independentes. Mas não as não decididas, nem alegadas (das quais, reversamente, dependentes as deduzidas - questões sem cuja solução favorável não poderiam existir as *causae petendi* apreciadas).

O direito processual não se contenta, na matéria, com o instituto da preclusão. Dita, como visto, a eficácia preclusiva, abrangendo o *dedotto* e o *deducibile*. Mas, mesmo ante ela, pergunta-se: poderia o Art. 474, CPC, levar a preclusão lógica ao ponto máximo? Isto é, *ad instar* do pensamento de KARL POPPER⁹ e, por sua aplicação, superadas as teorias da individuação e da substanciação, a causa de pedir afirmada já valeria por negação das não afirmadas e a causa de pedir negada já valeria por afirmação das não negadas?

A resposta dependeria do contexto completo de cada afirmação e de cada negação: outra vez, o reclamo de cognição em profundidade. É que tal tratamento dialético da *causa petendi* não é exauriente de sua abrangência. E, para que se possa falar em eficácia preclusiva, supõe-se a indagação do conteúdo da coisa julgada.

Adotaremos o escólio desenvolvido por PUGLIESE¹⁰, ao sugerir a relação qualificada que deve existir entre o juízo em que produzida a coisa julgada e aquele outro em que ela seja feita valer: cabe ao juiz estabelecer, em concreto, se (tal relação) concerne a questão 1) constitutiva de ponto fundamental de ambos os juízos e 2) se discutida e decidida de **modo** aprofundado (*approfondito*) o bastante para poder, ainda no juízo outro em que não produzida, valer como julgado.

Ora, a coisa julgada, se bem que se produza nos autos, irradia sua força para fora dos autos e, assim, interfere com elementos pré-processuais: o bem jurídico, objeto da coisa julgada, se tem pela eliminação da violação ocorrida (cessação, reposição) ou pelo impedimento da violação iminente

⁹ POPPER, Karl – *Autobiografia*, trad. brasileira, Cultrix, São Paulo, 1977, pág. 46.

¹⁰ PUGLIESE, Giovanni – *Ciudicato civile*, cit. pág. 873.

(inibição) - comportamentos do réu, **modos**, buscados pelo autor, em que se traduzem as pretensões deste último.

Quer-nos parecer que o problema dos vícios da sentença não pode ter sua solução buscada tão-somente no processo em que proferida. A coisa julgada, diversamente da preclusão, opera fora dos autos, irradiando-se aos pressupostos pré-processuais.

O **modo** de produção da coisa julgada, isto é, o seu conteúdo¹¹, traduz a pretensão. Aí se vê demonstrada a insuficiência (ou equivocidade) do conceito de relação jurídica, para o que nos valem das construções de Carnelutti, justamente chamado de “talvez o mais profundo processualista de todos os tempos”¹². Sua dinâmica da relação jurídica, que se expressa em sucessão de eficácias, no devir constante dos atos e fatos jurídicos (sendo o direito, também, um processo), demonstra que a função, o **modo**, o como opera a coisa julgada é o restabelecer a eficácia daqueles ou de algum dentre aqueles.

Ora, exatamente a idéia de remoção do obstáculo à atuação do direito, que teria servido a ALLORIO¹³ para conciliar as concepções carneluttiana e chiovendiana da finalidade do processo – como entrevisto por esse mesmo processualista – pode conciliar, também, pelo **modo** (conteúdo) da coisa julgada, suas teorias material e processual, resolvendo, pela exaustão de uma contradição, o magno problema de seus efeitos.

A lide é obstáculo à eficácia do ato ou fato jurídico. Compô-la é remover tal obstáculo. E a produção de eficácia do ato ou fato jurídico é a atuação do direito. Eis a dinâmica carneluttiana, a impor a univocidade como eficácia de ambas as causas, próxima e remota – no que se pode superar o embate entre as teorias da individuação e da substanciação da *causa petendi*. A dinâmica da relação revela-a sempre como situação, como estado, unidos antecedente e conseqüente. A isto corresponde também a locução “estado do processo”.

Creemos possível derivar para uma premissa: o julgado de improcedência de uma ação (como julgado de mérito, que é) é o encontro

11 BONACCORSO, Liborio Ciffo – *Il giudicato Civile*, Doot.Eugenio Jovene, Napoli, 1955, pág. 47: ...ciò che forma il contenuto della sentenza [é] la materia controversa sulla quale cadde la decisione.

12 PRATA, Edson – *História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno*, Forense, Rio, 1987, pág. 177.

13 ALLORIO, Enrico – *La Cosa Giudicata Rispetto ai Terzi*, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 15.

de ato ou fato jurídico antecedente-impeditivo do fato constitutivo afirmado pelo autor. Ou o encontro de ato ou fato jurídico subsequente-extintivo do mesmo direito.

A contradição teórica, habilmente conciliada, reproduz-se na prática. Mas, por sua exaustão, é perfeitamente superável, justificando a estrutura jurídica de revisão da coisa julgada: os elementos, pois, da pretensão (que, como visto é **modo** de produção, é conteúdo da coisa julgada), na busca desse antecedente-impeditivo ou subsequente-extintivo, são o ato (comissivo ou omissivo) da restauração da situação violada e o ato (comissivo ou omissivo) da situação violadora. Este, o critério de profundidade necessária e intransponível, aplicável à pesquisa regressiva aos pressupostos pré-processuais, hábil a identificar PRESSUPOSTO CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA DO FATO CONSTITUTIVO (causa de pedir) do direito reconhecido na coisa julgada.

Os exemplos retirados, indutiva e instintivamente, pela doutrina casuística de flexibilização e que, a nosso ver, reclama melhor nomenclatura, atenta ao caráter de - garantia constitucional - da coisa julgada, apenas podem justificar-se sob tal critério.

4) PRETENSÃO E PRESCRIÇÃO

É de cessação da violação, a pretensão. E é sobre esta última (e a contar da violação do direito), conforme ditame expresso (Art. 189, do Código Civil de 2002), que recai (extinguindo-a) a prescrição.

Posto como a sentença que reconheça prescrição é de mérito (Art. 269, IV, CPC), tem-se um resultado de enorme relevo – resgatado e atualizado o *Anspruch*, de WINDSCHEID, desde quando elevado de proposição doutrinária a instituto jurídico, sancionado pela regra, alusiva ao *âmbito da prescrição*, constante do §194, do BGB¹⁴.

A cognição, pois, em profundidade, sobre o mérito (a pretensão), como tal o direito a exigir ato ou omissão, que exsurge da violação do direito, envolve aqueles elementos – ato ou omissão – de recuperação da situação violada.

14 ENCINAS, Emilio Eiranova – *Código Civil Alemán Comentado* – BGB – Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 103: *El derecho a exigir un ato o una omisión a otro se extingue por prescripción.*

Um parêntese. A doutrina brasileira evitou, até hoje, comentar o Art. 202, do Código Civil de 2002, quanto ao aspecto de que a prescrição (ora visto que da pretensão material) se interrompe uma única vez.

Voltando ao item “3”, deste estudo, rediscutimos, agora justificadamente, a assertiva de ARAKEN DE ASSIS, ali citada, de que o efeito da prescrição é muito mais devastador que o da eficácia preclusiva da coisa julgada e, no entanto, pacificamente admitido. Ora, a prescrição não extinguiria o direito, por todas as causas de pedir, como crê que o faça (o douto jurista) a eficácia preclusiva da coisa julgada. A prescrição extingue a(s) pretensão(ões) deduzida(s) e julgada(s). Não outra pretensão (óbvio, se verdadeiramente outra).

O pronunciamento que acolhe a invocação da eficácia preclusiva da coisa julgada (ao dizer do exame que impõe da assimilação de umas a outras *causae petendi*) impõe cognição exauriente em profundidade. Trabalho de igual porte, analisando, a fundo, a pretensão, impõe o tratamento da *exceptio rei iudicatae*, como iremos demonstrar, a partir da justificativa extraída do tratamento legal da prescrição.

A força de lei – nos limites da lide e das questões decididas – em que se traduz a coisa julgada (Art. 468, CPC) é, em última análise, força obtida do acolhimento da pretensão, traduzida, pois, naquilo em que se materialize a realização da pretensão. A análise do sistema juspositivo empreendida preenche o silêncio metodológico do Art. 469, CPC, de dizer o que não faz coisa julgada.

Dissemos dos elementos da pretensão, os atos ou omissões exigíveis (a partir dos atos e omissões constitutivos da situação violada). Não cuidamos, aí, do fundamento jurídico. A razão é simples. Não integraria, ele, a pretensão. A pretensão pode ser fundada ou infundada. A fundabilidade (*le bien fondé de la prétension*, de que fala o Art. 30, do NCPFC francês) não se integra ontologicamente àquela.

Queremos evitar o conhecido desvio ontológico da alusão à qualidade, com que Liebman terminou por identificar a coisa julgada com a imutabilidade das eficácias.

Tanto quanto a sentença (de mérito) de prescrição não extingue pretensão diversa, não deduzida; tanto quanto a improcedência ou procedência se referem, por juízo de fundabilidade, sobre a pretensão

deduzida; a coisa julgada, com a imutabilidade, se dirige à mesma e inconfundível pretensão.

Justificamos nosso ponto de vista. CÂMARA LEAL¹⁵ (um dos raríssimos autores que enfrentam tema omitido pelos teóricos da prescrição) assinala que, no direito brasileiro, ao inverso do que ocorre no direito francês, no italiano, no alemão e no chileno, mesmo se a demanda é rejeitada - por qualquer motivo, mesmo de mérito, e não se diria que, pela improcedência da ação, extinto esteja o direito - subsiste, até o último ato do processo relativo à relação jurídica material, a interrupção da prescrição operada ao início do processo.

O Art. 474, CPC corta cerce o abuso de direito processual do autor, que renove a instância sobre mera aparência de diversa pretensão. É, neste sentido, corretíssimo ARAKEN DE ASSIS, ao verberar os reingressos em juízo. É patente que, por exemplo, o réu que se limitou a alegar novação e perca a ação não possa voltar a juízo para pedir repetição de indébito, sob alegação de inexistência da obrigação, porque para ter alegado novação, dera por admitida e incontroversa a existência da dívida novada. Eis aí a eficácia preclusiva. A *res in iudicium deducta* pode (não raro) diferir da pretensão acionável. E, no entanto, o direito vitimar-se pela deficiente escolha da pretensão (ou da resistência à pretensão), que tornaria prejudicada a não exercida. A se supor que a interrupção ocorreria uma única vez, para qualquer pretensão relativa ao direito, seria um exercício de velocidade a tentativa de remediar, com a ação adequada, a ação incorretamente proposta. E, certamente o novo processo não terminaria a tempo.

A pretensão extinta pela (eficácia de) preclusão ou pela prescrição, asserção agora feita em linha de generalidade sobre os fatos processuais extintivos, não é sinônima – pelo menos não o é sempre – de direito extinto, de extinção de todas as pretensões nascidas do direito.

5) NATUREZA E OBJETO DA COISA JULGADA

Se tratamos do conteúdo da coisa julgada (a pretensão, o **modo** como se realiza a recuperação da situação jurídica violada), não descartamos que seu objeto é o bem jurídico (a *res*), reiterando apenas

15 CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da – *Da Prescrição e da Decadência*, Forense, Rio, 2a. ed., 1959, pág. 197.

que, por aquele **modo**, a *res in iudicium deducta* se torna (e às vezes, modificada) *res iudicata*.

A coisa julgada não se confunde mais, jusromanisticamente, com a *litis contestatio* (quer das *legis actiones*, quer do *per formulas*), mas se torna (*diventa*, diriam os italianos) algo diverso, com explicações que transcendem o direito processual e raíam por inserir-se no direito político.

É pelo menos certo dizer-se: a coisa julgada se dá juntamente com a eficácia preclusiva. Do que deriva que não se pode dar onde não se possa verificar a eficácia preclusiva.

Há, portanto, uma peculiaridade acerca da natureza jurídica da coisa julgada. Perder-se-iam eternamente os juristas, com suas teorias materiais ou processuais. É que sabido, como dissemos, que a coisa julgada se irradia para fora dos autos. Seu aspecto negativo (a que vêm as indagações da natureza jurídica) só pode explicar-se – por ser ela um fenômeno de reflexão – conforme (**modo**) seu aspecto positivo.

ALLORIO¹⁶ tentou reduzir a extensão do julgado a terceiros a problema decorrente dos próprios limites objetivos da coisa julgada. Conexão de fatispécies. Tentando resolver um problema¹⁷, esteve a um passo de resolver outro. A reflexão da sentença, com limites extraídos da natureza jurídica da coisa julgada, como pretendia, apesar de ser tese criticada no seu alcance subjetivo, é inarredável do ponto de vista objetivo e nos consente resolver o problema da revisão do julgado, após mesmo esgotado o prazo de ação rescisória. Revelada a incidência de garantia constitucional a ser associada à do contraditório, o problema, vertido em prejudicialidade constitucional impreclusa, se resolve na conexão por prejudicialidade.

Não se perca de vista que a questão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade (já advertíamos a incompletude do conceito de relação jurídica, ora aplicado à ação declaratória, destinada a aferir-lhe a existência

16 ALLORIO, Enrico, ob. cit, pág. 3.

17 ALLORIO, Enrico, idem-idem, pág. 109, com as seguintes palavras: "relações jurídicas de terceiros podem ser *dependentes* da relação decidida, e esta ser sua *prejudicial*, porque a sua existência (ou, por vezes, a sua inexistência) adentre a fatispécie daquelas relações. As relações dependentes sofrem as conseqüências do novo regulamento que o julgado dá da relação prejudicial; aquelas são, por isso, sujeitas à coisa julgada, que sobre elas se reflete.

ou a inexistência daquela) tem foros de autonomia, justifica discussão *principaliter*.

Resta saber da admissibilidade de pretensões constitucionais não deduzidas.

Examinemos a eficácia preclusiva, porque percorre a análise das pretensões, trata exatamente daquilo que se tem chamado *a eficácia em um novo juízo do julgado sobre um ponto fundamental comum a esse e ao primeiro*¹⁸. O aspecto material é que mostra como deva ser tratado, em cognição completa, o aspecto processual da coisa julgada, o *ne bis in idem*, distinguindo: 1) a pretensão que, verdadeiramente diversa, tiver fundamento em correção da repercussão jurídica atribuída ao mesmo fato (por exemplo, a coisa julgada não extinguiria, embora a improcedência da pretensão de passagem forçada, pela existência de saída de pedestres no prédio - a pretensão possessória de servidão de passagem, antes evitada pela suposição, depois excluída, de encravamento – ante a prova do caráter não divisório de cerca que viera fechar a estrada, outra, de veículos); 2) a pretensão que, só aparentemente diversa, tiver por fundamento a correção da conotação jurídica do mesmo fato simples (a coisa julgada extingue a pretensão anulatória fundada no erro – com que se queira convalescer a pretensão anulatória por dolo). O obstáculo, no primeiro caso, é de ato alheio; no segundo, é de ato próprio. O primeiro salva a (verdadeira) pretensão; o segundo a sepulta.

Um pouco mais de progresso em nossas indagações: o Obstáculo à atuação do direito pode ser unívoco, efetivo, essencial, ou, pelo contrário, equívoco, aparente, acidental – no que a lide intra-autos pode discrepar da lide extra-autos: há, no processo, afirmações de direito. A eficácia preclusiva afasta todos os obstáculos acidentais. Guarda, pois, a essência da coisa julgada (a exaustão do contraditório).

Só que o obstáculo pode não estar na relação jurídica, mesmo considerada como sistema de normas, mas na sua convivência com outra relação jurídica, não examinada e, no entanto, excludente daquela. A discrepância entre a lide intra-autos e a lide extra-autos não é puramente acadêmica.

18 PUGLIESE, Giovanni – ob. cit., pág. 871.

Neste sentido, quando se diz que o objeto da coisa julgada é o bem jurídico, cumpre considerar que, na distribuição dos bens jurídicos pode haver supra-ordenação excludente – e o fundamento não estar nas alegações de direito, mas de sobre-direito não alegado.

A causalidade jurídica, podendo derivar de outro fato, não narrado, ainda aqui, daria lugar à aplicação da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Porém, a supra-ordenação normativa pode ser de ordem a consagrar efeito jurídico contrário, derivado do mesmo fato simples. Dir-se-ia que, do mesmo modo, não tendo havido a alegação de direito, preclusa. Mas não se a contra-regra jurídica superior, não alegada, for constitucional. É o que demonstraremos, versando, sob os limites da coisa julgada (a lide e as questões decididas), o objeto da mesma – a justificar-lhe, excepcionalmente, a revisão.

6) COISA JULGADA E SUA CHAMADA FLEXIBILIZAÇÃO

Em profundidade, pois, a pretensão deve ser conhecida, para que se produza a coisa julgada, porque esta é advinda de incontrovertibilidade produzida pela exaustão do contraditório.

Não se discute sobre a exaustão do contraditório do ponto de vista da extensão (horizontal). Os limites da lide são precisos. E a regra da eficácia preclusiva, como visto, atende às hipóteses. Mas, do ponto de vista da profundidade (vertical), a eficácia preclusiva não exaure as indagações relativas à garantia constitucional do contraditório – podendo-se reclamar que com esta se harmoniza a garantia constitucional da *res iudicata*.

A cognição sobre o fundamento jurídico pode esbarrar, como vimos, em pressuposto constitucional de eficácia (e, não raro, pressuposto constitucional negativo) do fato constitutivo do direito reconhecido. Vertida, pois, a questão decidida, em insuficiente em si mesma.

Cuida-se, pois, na mesma ação, de revisibilidade do julgado de mérito, por não enfrentar PREJUDICIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE atinente ao próprio fato constitutivo do direito reconhecido.

E o direito brasileiro não estende, quer a preclusão, quer a eficácia preclusiva da coisa julgada, ao tema prejudicial constitucional não suscitado. Se suscitado (e só o poderia ser, *incidenter tantum*, porque não admitida,

entre nós, a declaratória incidente de inconstitucionalidade), estará abrangido pelo Art. 474, CPC (limitadamente às partes, em contraditório concreto). Se, porém, não suscitado, restará aberta a cognição – em profundidade não alcançada – de tema do contraditório, sob pretensão diversa, ainda que versando o mesmo bem jurídico.

O Parágrafo único, do Artigo 741, do CPC, faz alusões diretas ao contraditório constitucional abstrato. Considera sua prejudicialidade. Ela não pode ser descartada em contraditório concreto (embargos à execução¹⁹, ação declaratória de nulidade da sentença).

Exsurge, pois, daquilo que carneluttianamente se poderia chamar de porção de lide extra-autos, a prejudicial impeditiva ou extintiva, fundante de demanda autônoma, subordinante.

7) CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE

A cognição em profundidade suficiente para a coisa julgada – a permitir-lhe a revisão – reclama a impreclusão da prejudicial constitucional não debatida e não decidida. No âmbito da prejudicial de inconstitucionalidade (a excluir a eficácia de fato jurídico), em binômio constitucional que confronta a garantia da coisa julgada e a garantia do contraditório, inserem-se os exemplos da jurisprudência.

Tem-se falado na desconstituição da coisa julgada que importe em duplo pagamento de área expropriada. Coisa julgada *versus* Contraditório, em que, sem profundidade, não alegada a Garantia Constitucional da Propriedade.

Tem-se falado na desconstituição da coisa julgada que importe em exclusão de paternidade, ante a prova, não produzida, do DNA. Coisa julgada *versus* Contraditório, em que, sem profundidade, não produzido por ininvocababilidade, à época, da Garantia Constitucional do Acesso à Justiça (que é acesso aos meios e aos fins desta, includente da prova específica e adequada).

Tem-se falado na desconstituição da coisa julgada que importe exclusão de litisconsortes necessários (os herdeiros do réu falecido, citado por equivocado edital, em ação de usucapião). Coisa julgada *versus*

19 NETO, Olavo de Oliveira – *Conexão por Prejudicialidade*, RT, São Paulo, 1994, pág. 90-5

Contraditório, em que, sem profundidade, não conhecido *ex officio* pressuposto processual contido na Garantia do Devido Processo Legal.

Direitos, pois, fundamentais – materiais ou processuais – transpõem-se a fundamento essencial da pretensão ou da contra-pretensão.

Estamos com EDUARDO TALAMINI²⁰ - restritamente ao âmbito, que propomos, da conexão por prejudicialidade constitucional – na tese de incompatibilidade com a produção de coisa julgada, da cognição superficial.

É, portanto, ao embate da pretensão e da resistência que se pode encontrar, intra-autos, o bem jurídico. Aqui, seguramente, se identificam, a partir das conseqüências a serem suportadas pela contra-parte, as *causae petendi* transpostas, unidas, à causa de pedir dedutível.

O dizer e o contradizer estabelecem a cognição. E conhecer, sempre e sempre, é ter relação. Assim, o problema da coisa julgada (e sua revisibilidade – que tem no Parág. Único, do Art. 741, CPC, a conexão por prejudicialidade entre execução e embargos à execução) se revela tão menos fluido quanto mais se demonstre que o conceito de relação jurídica é apriorístico e insatisfatório. Aliás, como a coisa julgada depende do processo, não se ocupa da relação jurídica, senão dinamicamente. E a jurisdição não pode ser estática. Logrará a imutabilidade do provimento, só à força do exame da questão fundamental decorrente das questões debatidas. Que lhe dá a força de lei, nos limites da lide e das questões decididas.

Assim, é pertinente o critério proposto por CALAMANDREI²¹, de verificar-se a relevância da lei (aplicada) na controvérsia decidida, aferida em face de sua legitimidade constitucional.

Permite-se a coisa julgada contrária, subordinante, *a posteriori*, sobre a lide conexa. Teremos, destarte, causa prejudicial, lide nova, não reproduzida na anterior – mas determinante daquela. Reúnem-se pedido (de inconstitucionalidade) e causa de pedir (constitucional), extraída de fundamento de violação constitucional, em binômio constitucionalizado contraposto à solução, ainda que legal, aplicada.

20 TALAMINI, Eduardo – *Coisa Julgada e sua Revisão*, RT, São Paulo, 2005, pág. 57.

21 CALAMANDREI, Piero – *Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria*, in *Opere Giuridiche*, III, Morano, Napoli, 1968, pág. 621.

A lide prejudicial constitucional, em que convertida a questão prejudicial, induz pretensão diversa. Revê-se uma coisa julgada (que incidiu sobre uma pretensão), pela influência de outra pretensão – essencial – percurso hábil da cognição exauriente em profundidade subordinante e pré-excludente.

A essência da coisa julgada, por vezes entrevista na declaração, é, na verdade, o contraditório que a produz e que é ínsito à formação do provimento jurisdicional de mérito, servindo a todas as eficácias, mas, qualificadamente, à declaratória. No sentido da regra do Art. 16, primeira parte, do NCPD francês (“o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar, ele mesmo, o princípio do contraditório”), devem ser incluídas no contraditório as questões constitucionais últimas, que o juiz deve conhecer de ofício e deve submeter às partes.

O julgamento de mérito (*judgement sur le fond*) supõe a integral profundidade.

BIBLIOGRAFIA.

- ALLORIO, Enrico – *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*, ristampa, Giuffrè, Milano, 1992.
- ASSIS, Araken de – *Cumulação de Ações*, 4ª. ed., RT, São Paulo, 2002. - *Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*, RT, São Paulo, 2001.
- BONACCORSO, Liborio Ciffo – *Il Giudicato Civile*, Doot. Eugenio Jovene, Napoli, 1955.
- CALAMANDREI, Piero – *Corte Costituzionale e Autorità Giudiziaria*, in *Opere Giuri – diche*, III Vol., Morano, Napoli, 1968.
- CÂMARA LEAL, Antonio Luiz – *Da Prescrição e da Decadência*, 2ª. Ed., Forense, Rio, 1959
- CAPPELLETTI, Mauro – *La Pregiudizialità Costituzionale nel Processo Civile*, Univ. Firenze, Fondazione Piero Calamandrei, Multa Paucis, Varese, 1972.
- CASTRO, Artur Anselmo – *Lições de Processo Civil*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1967.

- ENCINAS, Emilio Eiranova – *Código Civil Alemán anotado – BGB*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- NETO, Olavo de Oliveira – *Conexão por Prejudicialidade*, RT, São Paulo, 1994.
- POPPER, Karl – *Autobiografia*, trad. de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Motta, Cultrix, São Paulo, 1977.
- PRATA, Edson – *História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno*, Forense, Rio, 1987.
- PUGLIESE, Giovanni - *Giudicato Civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969.

