

Contraditório fundamental: autoridade estrutural da coisa julgada

José Marcos Rodrigues Vieira

Desembargador do TJMG;
Professor Titular de Direito Processual Civil da FDUFG.

1 Introdução

A garantia de fundamentação das decisões judiciais, conquista democrática inserida no texto da Constituição de 1988, aperfeiçoou-se sob o CPC de 2015.

Longo percurso foi necessário durante a vigência da Constituição Federal, para que, por sua vez, o texto do Código de Processo Civil ganhasse disciplina compatível com as exigências do processo justo, tendo avançado consideravelmente em relação ao Código de Processo Civil de 1973.

Registra-se que o Código de Processo Civil revogado, em seu art. 458, disciplinou a fundamentação das decisões judiciais, ao dizer que o juiz “analisará” as questões de fato e de direito. Havia, no CPC de 1973, é verdade, no art. 165, permissão para fundamentação concisa das decisões interlocutórias – certo desvio, como se, nelas, não se recomendasse a mesma “análise” das questões. De qualquer forma, antecipando-se ao futuro Código, impunha “fundamentação analítica”. Fundamentação concisa (quando permitida para as decisões interlocutórias e despachos) não significaria (ou não deveria significar)

apenas a síntese, dada a vinculação com o relatório, a exigir o exame tese-antítese.

Nota-se que o Código de Processo Civil de 1973 já fora bastante superior ao de 1939, no tocante ao referido tema da fundamentação sentencial, já que este apenas continha a exigência de alusão aos fundamentos de fato e de direito (art. 280, II) e — dizia melhor quanto à apreciação da prova — às circunstâncias que motivaram o convencimento (art. 118, parágrafo único).

Convém assinalar que, sob o CPC de 1939, Mário Guimarães (1958, p. 280) já estendia a regra do parágrafo único do art. 118 às sentenças e aos despachos, e indistintamente, quer quanto à matéria de direito, quer quanto à de fato. Notável, também recomendava ao juiz, quanto aos despachos, “fundamentar aqueles em que se tenha levantado ou venha o juiz a levantar alguma dúvida” (GUIMARÃES, 1958, p. 280). Surpreendemos, aí, a antevisão da regra do art. 10 do CPC vigente, imprescindível ao processo cooperativo, ora inaugurado.

E, é claro, no CPC vigente, da articulação com o saneamento em cooperação (do art. 357, sobretudo o § 3º), o dever de fundamentação das decisões judiciais supõe correta e precisa fixação dos pontos controvertidos (vale dizer, das questões).

A descoberta da tese e da antítese se dá a partir de proposições a elas superiores, diretamente formuladas pelas partes em seu esforço argumentativo. Corresponde ao trabalho de fixação das questões complexas de fato ou de direito, a que se refere o art. 357, § 3º, do CPC de 2015, a última evolução da lei processual, quando desdobrada ao máximo a garantia constitucional da fundamentação. A rigor, a fixação dos argumentos relevantes, por reciprocamente excludentes.

2 Fixação dos argumentos

Recorde-se que, segundo Carlos Maximiliano, arrimado a Cooley, “quando a Constituição prescreve dever, franqueia também,

implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o cumprimento” (MAXIMILIANO, 1979, p. 312).

Eis, portanto, a dimensão a que chega a lei processual. Traduzindo a vontade do constituinte, impõe a metodologia de análise de texto, desde as figuras de retórica utilizadas, seguidas de identificação do verdadeiro relevo a se atribuir às narrativas, para permitir a fixação dos fatos jurídicos, destacados dos fatos simples. E daqueles, a ponderação entre os argumentos jurídicos.

Forçoso é dizer que o CPC de 2015 impõe ao juiz muito mais do que o CPC de 1973 — ainda que ambos vinculados à mesma Constituição — por uma razão evidente: o de 1973, por ela recepcionado; o de 2015, moldado ao texto constitucional processual.

Reside precisamente na depuração do sentido e alcance da garantia constitucional a evolução do tratamento legal e jurisprudencial da fundamentação de decisões jurisdicionais, em 30 anos de vigência da Constituição brasileira de 1988.

Não é nosso trabalho, porém (por menos significativo e de menor proveito), assinalar figuras de desvios de fundamentação, de fundamentação nenhuma, de fundamentação deficiente, de fundamentação aparente, de fundamentação carregada de subjetivismo ou, às vezes, prepotente e teratológica. Trata-se de aspecto exaustivamente abordado no labor da advocacia, quer em peças processuais, quer em trabalhos de doutrina produzidos sobre a experiência dos casos (DIAS, 2006, p. 567-576).

Sobre tais desvios, contenta-nos observar que o CPC vigente sepultou, sob disciplina da técnica processual, vícios atávicos de fundamentação e de não fundamentação. Fê-lo mediante proposições negativas: se bem o legislador não pudesse ter dito como fundamentar, pôde declinar o como não fundamentar, o como não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão. A regra do art. 489, § 1º, do

CPC de 2015, regra de técnica de fundamentação sentencial, não feriu nenhuma prerrogativa do juiz, atenta ao livre convencimento motivado ou persuasão racional do julgador.

Revivendo o CPC de 1939, deslocou para a apreciação da prova o extremo da referida técnica, quando determina ao juiz indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento (como o já acima citado parágrafo único do art. 118 do CPC de 1939): “o juiz apreciará a prova dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido” (art. 371 do CPC de 2015). Ao que se faz subjacente: analisará as alegações, independentemente do sujeito que as tiver produzido — porque a prova fixa a alegação. Não se examina a prova, sem se considerar a alegação.

Eis a concretude empírica do julgamento, que não é um parecer, não é uma tese, não se esgota no confronto das argumentações, ainda que muito daí extraia, a exigir, porém, confirmação.

Aliás, por diferentes ângulos — antes de sua explicitação legislativa — já se viera consagrando a técnica processual de fundamentação, nas (muitas) soluções jurisprudenciais de interpretação (adequada) do CPC revogado, a exemplo de arestos que exatamente realizaram a exigência do art. 93, IX, da Constituição da República.

Assim, sobre a exigência hoje estabelecida no inciso I do § 1º do art. 489 do CPC de 2015, jurisprudência ainda aplicável do CPC revogado: “É nula a decisão inteiramente divorciada da matéria a ser julgada” (*RSTJ* 134/62).

Sobre a exigência hoje estabelecida no inciso II do referido § 1º: “É nulo o acórdão que, por não examinar claramente as questões envolvidas na lide, gera perplexidades” (STJ – 1ª T., REsp 12.174-0-RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, j. em 15/3/93, v.u., *DJU* de 12/4/93, p. 6.053).

E quanto à exigência atualmente estabelecida no inciso III do referido § 1º:

Exigindo a lei apresente o apelante as razões por que pretende a reforma da sentença, a isso corresponde o dever do Tribunal de esclarecer os motivos que o levam a confirmá-la. Insuficiência da afirmação, traduzida na fórmula de que a sentença é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, salvo se o apelante se limita a repisar argumentos já examinados pela sentença, sem atacar os motivos que levaram o juiz a recusá-los (STJ - 3ª T., REsp 8.416-SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. em 20/8/91, v.u., *DJU* de 9/9/91, p. 12.197).

Sobre o que seria, hoje, o inciso IV do referido § 1º:

Diante da existência de argumentos diversos e capazes, cada qual, de imprimir determinada solução à demanda, não há que se considerar suficiente a motivação que, assentada em um deles, silencie acerca dos demais, reputando-se automaticamente excluídos. Ora, em casos que tais, em contraposição ao direito das partes a uma prestação jurisdicional satisfatória, encontra-se o dever do julgador de explicitar as razões utilizadas para determinar a prevalência de um argumento em detrimento dos outros (STJ - 4ª T., REsp 908.282, Min. Jorge Scartezini, j. em 15/2/17, *DJU* de 16/4/17).

E sobre o que seriam, hoje, os incisos V e VI do referido § 1º: “Nulo é o acórdão que se limita a reportar aos fundamentos de outros não trazidos aos autos” (STJ - 4ª T., REsp 82.116-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr, j. em 10/10/2000, *DJU* de 4/12/2000, p. 70).

A ninguém estranha, pois, que a técnica de fundamentação tenha sido legislada. O Direito Processual Civil contém predominantemente normas técnicas. Dir-se-ia que, atuando ao lado da *norma agendi* (o direito material), o processo é *norma facienda*.¹

¹ Há uma obra lapidar a demonstrá-lo, do Professor Aroldo Plínio Gonçalves - *Técnica processual e teoria do processo*, Rio de Janeiro: Aide, 1992, *passim*, em que se vê que a ciência do direito processual é como uma teoria da técnica jurídica.

Os dois últimos Códigos de Processo Civil brasileiros pertencem à vigência trintenária da Constituição da República de 1988. E o de 1973 foi recepcionado, evidentemente, por compatibilidade com o texto maior, a se confirmar por jurisprudência como a anteriormente coligida. O Código de Processo Civil vigente vem traduzir em dispositivos de lei ordinária a garantia constitucional do art. 93, IX, e descreve os meios para a sua atuação — no que o direito brasileiro toma a pulso a tarefa de eliminar as decisões implícitas.

Confirma-se a evolução da prática constitucional com a jurisprudência que já se assinala sob o novo CPC, acerca dos quatro incisos do § 1º do art. 489 do CPC de 2015, além dos incisos V e VI, que, atendendo a novos institutos, realizam a mesma técnica de fundamentação — todos sob o ditame do art. 927 e § 1º do CPC de 2015.

Assim, sobre o inciso I:

Et tratando-se de rol taxativo (compreensão esta da ampla maioria da doutrina), não há como se estender suas hipóteses para a situação ora em discussão. Assim, claro está que a decisão ora embargada realizou a exata subsunção da questão aqui discutida com o art. 1.015, X, do CPC/15, não tendo se limitado à mera reprodução do artigo, mas cotejando-o com a pretensão recursal (TJPR, ED 1612703001, Dec. Monocrática, 14ª Câmara Cível, Rel. Fernando Antônio Prazeres, j. em 19/1/2017, DJ 001 de 24/1/2017).

Sobre o inciso II:

A Agravante juntou aos autos o Relatório da SUSEP, no qual é possível verificar que no ano de 2015 a Seguradora passou por grave crise econômica, tanto que foi decretada sua liquidação extrajudicial. Contudo, no Relatório apresentado pela liquidante é possível verificar a existência de títulos e créditos a receber cujo montante possibilitará o pagamento dos cre-

dores da massa liquidanda, inclusive os créditos oriundos das despesas judiciais, se as forças da massa comportarem (TJRJ, AI 00351715720168190000, 6ª Câm. Cív., Rel.^a Inês Chaves de Melo, j. em 1º/8/2016, p. em 3/8/2016).

Sobre o inciso III:

A nova legislação adjetiva dispõe, no art. 489, § 1º, III, que ‘o juiz, ao proferir um provimento jurisdicional, seja qual for, não poderá fazer uso de tese de fundamentação genérica, que porventura possa embasar qualquer outra decisão’. Decisão que deve ser extirpada do mundo jurídico. Reconhecimento de ofício da nulidade. Recurso prejudicado. Precedente citado: 0034098-50.2016.8.19.0000 - A.I. Rel.^a Des.^a Regina Lúcia Passos, j. em 31/8/2016, 24ª Câmara Cível (TJRJ, AI 0035629742016819000, 24ª Câm. Cív., Rel.^a Regina Lúcia Passos, j. em 26/10/2016, p. em 31/10/2016).

Sobre o inciso IV:

O impedimento para percepção da comissão reside na excepcional circunstância de que os leiloeiros atuantes no TJAM são servidores concursados e, por essa razão, já recebem a devida remuneração para o exercício do cargo, diferentemente do que ocorre com os demais leiloeiros públicos, cuja remuneração depende inteiramente do seu êxito. Tal entendimento prejudica a argumentação desenvolvida pela parte, o que desobriga a análise de fundo quanto às normas legais invocadas pelo agravante, por serem incapazes, em tese, de alterar as conclusões do julgado (art. 489, § 1º, IV, do CPC) (STF MS 33327, AgR, 1ª T., Rel. Roberto Barroso, j. em 24/2/2017, proc. eletr. *DJe*-048, divulg. 13/3/2017, p. em 14/3/2017).

Sobre o inciso V (sem correspondência no sistema do CPC de 1973):

Caberia à Reclamante comprovar a modalidade de endosso, se mandato ou translativo. Ao deixar de fazê-lo, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, responde, juntamente com a suposta credora da duplicata, pelos prejuízos causados à consumidora. Os enunciados de súmulas não são estanques nem dissociados dos fatos inerentes ao caso concreto, devendo sua aplicação adequar-se ao caso concreto. Reclamação improcedente (TJPR, Seç. Cív. Ord., R. 1586484-5, Rel. Nelson Mizuta, unan., j. em 17/3/2017).

E sobre o inciso VI (também não aproveitável jurisprudência anterior):

Embargos de declaração. Omissão e obscuridade. Inocorrência. Por definição, não é omissa nem obscuro o acórdão que deixa de abordar precedentes jurisprudenciais que não se aplicam ao caso concreto. Distinção evidente. Inteligência do Art. 489, § 1º, VI, *in fine*, do CPC 2015 (TJRJ, Ap. 003308714201181902009, 27ª Câmara Cív., Rel. Marcos Alcino Torres, j. 27/4/2016, p. em 2/5/2016).

3 Fundamentação sentencial. Estrutura e função

Em qualquer área do conhecimento humano, dizer de estrutura é dizer de que se constitui, como se forma algo. Dizer de função é dizer para que serve algo.

Seja função (ou finalidade) do processo, a composição da lide, seja a atuação do direito, é conhecida a aproximação das teses. A lide, obstáculo à atuação do direito, é de ser removida reconhecendo-se o direito, não mais o objetivo, mas o subjetivo. O CPC de 2015 quer a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Óbvio que a satisfação do direito seja sua atuação em favor de algum dos contendores, tal se dá após a composição da lide. E a composição da lide, geradora da atividade satisfativa, tem de ser conforme o direito material.

Compreende este, portanto, a potencialidade de tutelar alguma das pretensões, a pretensão ou a resistência — na dependência de fato jurídico que lhe dite a incidência.

Remonta, portanto, a atividade judicante ao encontro do fato jurídico e à verificação de sua repercussão no ordenamento, aí compreendidas a lei e a jurisprudência.

O devido processo legal, outra garantia constitucional, transfere racionalidade à escolha da solução, no âmbito da discussão democrática — a fim de que se produza a norma do caso concreto. O legislador é intérprete da realidade social. Não o é o juiz, pois não julga hipótese, mas repercussões concretas, realidades informadas e, portanto, realidades postas em forma de cognição e aferição de “satisfatividade” do provimento.

Exige-se a postulação por advogado. Isso para se suprir a deficiência das declarações das partes, presas de sua inexperiência ou paixão, como adverte Carnacini (1951, p. 711), que, por isso, classifica o procurador não como representante, mas como núncio. Aí se tem o amplo papel do advogado, indispensável à efetividade do contraditório, aquele que fala pela parte — não só aquele que é chamado para junto da parte, na clássica acepção do *advocatus*.

Mas os argumentos dos advogados são estratégicos. Há de confrontá-los o juiz para os limites de tese e antítese. Desde a tragédia grega, a razão aplicada aos fatos revelou-se o motor hábil a encaminhar a solução após o aparente dilema — o grande salto cognitivo (CASTRO NEVES, 2015, p. 157). O juiz não se serve de argumentos estratégicos, exatamente porque não tem interesse em lide, tendo o dever de analisar os argumentos de *petitum* (e de *exceptio*), perante os argumentos de *causa petendi* (e de *causa excipiendi*).

Visto como o legislador processual proscreeve a fundamentação genérica, estamos em tempo de fundamentação sentencial obrigatoriamente estruturada. A partir de argumento e contra-argumento,

binômio que fixa o ponto controvertido, a questão, sabido que o conjunto de questões é a lide — em indispensável homenagem ao sistema carneluttiano, o estudo mais profundo do conteúdo do mérito.

A solução integral do mérito (que, em perspectiva de retorno, vai permitir a eficácia preclusiva da coisa julgada, a preclusão extra-processual do deduzido e do dedutível) tem de enfrentar, ainda quando verse o pedido e a causa de pedir, os elementos da lide, fundamentais daqueles: os bens e os interesses conflitantes. O recorte do bem jurídico é mais preciso que o do pedido (este é estratégico), e o recorte dos interesses é mais flexível que o da causa de pedir (outro também estratégico).

Daí, no plano de argumentos de superação (não estratégicos), a solução carneluttiana das razões de decidir, resultantes do embate entre as razões do pedido e as razões da resistência. É ver a alegação, o ponto e seu(s) argumento(s), ante o contraponto e seu(s) argumento(s), tendo-se aí a totalidade da questão. O concurso da convicção sobre a prova dos autos soluciona a questão, isto é, define o fato jurídico — dimensão bilateral normativa em que incluída a projeção satisfativa.

De resto, se a questão é complexa (possivelmente ensejadora de réplica), dar-se-á o confronto de fatos jurídicos, com o subsídio da prova, mas não só desta. Também da compreensão cognitiva da consequência jurídica de invocação de preceitos normativos ou de precedentes, do significado normativo aplicável, aí dirimido o choque das vozes.

Aspecto de destaque da fundamentação estruturada, não basta ao CPC de 2015 a invocação de jurisprudência. Não se torna implícita a afirmativa de identidade de casos, como não se torna implícita a demonstração de adequação da solução. Repugna ao processo brasileiro, como visto linhas acima, a ideia de decisão implícita, a qual não serve a determinar a preclusão de questões. Exige o art. 927, § 1º, do citado Código a mesma técnica de fundamentação de que tratam os art. 10 e

489, citados ao longo deste estudo. Tanto que, para deixar de seguir o precedente invocado pela parte, o *distinguishing* é tarefa do julgador: *minima discrepantia facti, maxima discrepantia iuris*.

Chave de volta do sistema de fundamentação, a conjugação dos art. 10 e 489 do CPC de 2015 importa a toda a técnica, quer sob invocação de precedentes, quer sobre cognição originária da espécie, como será adiante demonstrado.

4 Fundamentos e coisa julgada sob questão

O papel da fundamentação sentencial foi grandemente ampliado no CPC de 2015.

É que, no CPC de 1973, não havia nenhuma possibilidade de coisa julgada sobre fundamentos. Já o Código vigente consagra a coisa julgada sobre a prejudicial expressamente decidida sob os requisitos do art. 503 e §§ 1º e 2º.

Já sob o CPC revogado, a coisa julgada tinha por sede o pedido e as exceções substanciais (estas, apenas por exigência formal, de influência italiana e chiovendiana, sob declaratória incidental). Tinha também por sede as respectivas causas, isto é, a *causa petendi* e a *causa excipiendi*, ainda para quem se servisse apenas do pedido, porque razões de sua procedência ou improcedência. As matérias de ação e de exceção sempre pertenceram ontologicamente ao mérito, portanto integrantes da coisa julgada, variando a técnica processual.

Não se insista em vislumbrar a extinta ação declaratória incidente. O fantasma do pedido, para julgamento *principaliter* da questão incidente, ou a relação jurídica autônoma prejudicial, para poder justificar-se (como parecia, equivocadamente, sob o Código de 1973) a produção da coisa julgada.

Com o retorno das questões prejudiciais ou exceções prejudiciais, no CPC de 2015, no âmbito da contestação (em contraditório

prévio e efetivo descrito no art. 503 e seus §§ 1º e 2º), como ocorria antes da absorção do expediente do art. 34 do CPC italiano (a ação declaratória incidente), merece lembrança o que estabelecia o art. 282 do CPC de 1939, *in verbis*: “Art. 282. Na sentença em que resolver questão prejudicial, o juiz decidirá igualmente do mérito da causa, salvo se esta decisão for incompatível com a proferida na questão prejudicial”.

Um só processo e uma só ação. E, sem embargo de confusão (chiovendianamente existente na península) de prejudicial com preliminares, o fato é que o CPC de 1939 já inseria, em compartilhamento com o pedido, no mérito da causa, as exceções ou objeções prejudiciais, os fatos impeditivos, modificativos, suspensivos ou extintivos do direito do autor. De novo, quanto a estes, o legislador de 2015 — também independentemente de ação declaratória incidental, tal como declara o art. 1.054 — estabelece a integração ao mérito, pela equiparação das questões prejudiciais a principais.

Os requisitos para tal equiparação (substitutiva da ação declaratória incidente) estão alinhados nos §§ 1º (e seus incisos) e 2º do art. 503 do CPC de 2015. E tais requisitos equivalem aos de fundamentação sentencial: decisão expressa, observância do contraditório prévio e efetivo, inexistência de restrições probatórias ou cognitivas e igual competência para a questão principal (o pedido do autor, se não prejudicado pela exceção substancial, vertida, esta, em principal, se prejudicado aquele).

Eis o enorme relevo da fundamentação, como elemento da sentença, quando a coisa julgada passa a abranger questões nela decididas, isto é, não compreendidas, no pedido. Mesmo sem pedido, a questão prejudicial ganha solução com fundamentação específica — o que reflete a vedação de fundamentação genérica. O que havia sido deslocado para pedido específico (dada a suposição de necessária autonomia para constituir objeto de outra ação, já que a cumulação de pedidos obrigaria a julgamento), a questão prejudicial, que se procu-

rava limitar a figuras de relação jurídica prejudicial, agora cabe na im procedência do pedido principal, dir-se-á, na procedência da exceção. E a coisa julgada se amplia às questões prejudiciais, às questões (relevantes) da lide, isto é, vinculadas aos interesses jurídicos contrapostos, não ficando restrita a sistemas de relações jurídicas (paternidade e alimentos; paternidade e petição de herança), mas bastante a sistemas de efeitos jurídicos (validade de contrato e exigência de seu cumprimento; nulidade de escritura e pedido reipersecutório; rescisão de contrato e perdas e danos).

Sendo a sentença, antes que solução de postulações contrárias, redução à unidade dos argumentos contrários, óbvio que o dispositivo deva conter soluções referentes a exame de pedidos. O art. 490 equipara a pedido a questão prejudicial incidentemente suscitada. Por sua natureza, por suas características estruturais, hábil a solucionar a controvérsia, *ex vi* do disposto no art. 489, § 1º, IV, provoca o julgamento *principaliter*, tutelado pelo art. 503, § 1º, do CPC de 2015.

Não só a questão prejudicial não está mais confinada à relação jurídica autônoma, como visto (e supôs a maior parte da doutrina sob o CPC de 1973, embora já a declaratória pudesse abranger o modo de ser de uma mesma relação jurídica). Reside, antes, no fato jurídico de que dependa outro fato jurídico invocado no pedido principal. Nesse sentido, Proto Pisani (1994, p. 64) reconhece, ao lado das relações jurídicas prejudiciais, os fatos-direitos (*fatti-diritti*) prejudiciais. Bastantes estes, que podem ter gerado aquelas.

Chega-se a uma resultante inarredável, do cotejo dos dispositivos legais do CPC de 2015. As contraposições fato constitutivo/fato extintivo, fato constitutivo/fato impeditivo, fato constitutivo/fato modificativo e fato constitutivo/fato suspensivo, no plano das relações de causalidade jurídica, isto é, de causa a efeito jurídico — germe das questões prejudiciais — impõe o exame atento do julgador, ao perscrutar a fundamentação, desde as teses aos resultados.

O direito das partes à solução integral do mérito (art. 4º do CPC de 2015) impõe o juízo de valor sobre as alegações e, destas, descendo à confrontação dos argumentos, a verificação do conteúdo da controvérsia. Portanto, a fundamentação — na linha dos requisitos referidos no art. 489 — tem de ser integral, sob pena de, não decidida *principaliter* a questão prejudicial, restar comprometida a coisa julgada, nesse sentido definida (art. 502 do CPC de 2015) como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito irrecorrível. Por outras palavras, não se torna imutável e indiscutível a decisão de mérito que não se pronuncie *principaliter* sobre a questão prejudicial suscitada.

Em prosseguimento, pois. O § 2º do art. 503 impõe o aprofundamento da análise da questão prejudicial, somando-o aos requisitos dos três incisos do § 1º do mesmo dispositivo legal. Sendo a análise o exame dos pontos controvertidos, consideradas a tese e a antítese, como afirmações de fato ou de direito, evidentemente o contraditório com a participação cognitiva do juiz envolve a técnica de fundamentação expressa no inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC de 2015.

O julgamento *principaliter* da questão prejudicial (da *exceptio*) suscitada (ou da objeção levantada pelo julgador) exige a fundamentação estruturada com atenção ao confronto útil dos argumentos hábeis a, reciprocamente, excluir a solução advinda do fato e do fundamento jurídico, reciprocamente, do pedido ou da defesa.

A essa altura, convém considerar que, a menos que a matéria seja unicamente de direito (o que, em última análise, não excluiria o fato jurídico), enquanto os fatos não estejam suficientemente esclarecidos, isto é, não dimensionados como fatos jurídicos, não pode advir julgamento de mérito.

É dizer, com Marinoni (2016, p. 238), e como já afirmávamos (VIEIRA, 2016, p. 133), que constituem questões prejudiciais: a prescrição, na ação de cobrança; a responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, na ação indenizatória. E que a coisa julgada sobre a questão é que

permite possa beneficiar terceiro (MARINONI, 2016, p. 314-316), a teor do disposto no art. 506 do CPC de 2015. Ao que acrescentaríamos, de outro lado, a ampliação da coisa julgada ao substituído, em prejudicialidade de efeito, como o sócio não atuante, ante ação de nulidade de AGE intentada por outro acionista (por violação da lei ou do estatuto) contra a sociedade. A coisa julgada pode ser pró e contra. Tratando-se de parte, pode prejudicá-la. E o substituído (potencial litisconsorte unitário) é parte.

Considere-se, pois, que o inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC de 2015 encerra o universo da fundamentação e tal é dizer que enuncia técnica adequada ao tratamento em profundidade das questões prejudiciais.

5 Dimensão concreta da fundamentação

Uma das necessárias constatações acerca da natureza da sentença judicial, negligenciada em exposições diversas sobre sua essência, é a do duplo movimento contido na cognição e que deve ser expresso no *iudicium*. Ao dispor o CPC de 2015 acerca da boa-fé como qualificadora uniforme dos comportamentos processuais (art. 5º do CPC de 2015), impõe ao juiz que, a todo julgamento, faça acrescentar à dedução (argumentativa) a indução (experimental), assim produzindo com lealdade (GOMES, 2010, p. 80-81) o enunciado de reafirmação (autoritativa) do direito.

Eis, portanto, que o *sentire*, da etimologia da palavra sentença, não se explica apenas internamente. A fundamentação é o aspecto da sentença que estabelece a exteriorização do convencimento do juiz, a partir das argumentações de ambas as partes (e mesmo a do juiz, posta ao contraditório segundo o art. 10 do CPC de 2015). Permite, por isso, a fundamentação do julgado o controle democrático da justificação do julgado em face do ordenamento jurídico.

Deve-se estar atento à consideração de Carnacini (1951, p. 711), de que a atribuição ao Estado da função judicante não causou dano ao direito subjetivo, para se concluir que a atuação estratégica dos advogados se deve coordenar com a atribuição ao juiz do poder de reconstruir, tecnicamente, do melhor modo, os fatos da causa (CARNACINI, 1951, p. 761-762).

Tem-se, pois, que a argumentação do juiz não é estratégica (é este o sentido de se lhe exigir sinceridade, ancoragem empírica). A fundamentação sentencial é um discurso de superação das argumentações opostas, tomando por uma de suas etapas — e a mais importante — a demonstração do valor dos argumentos. Tal demonstração não é apenas lógica, isto é, não se embasa exclusivamente na razão, não é um discurso destinado a sustentar uma tese, mas se apoia também na vontade, sendo a experiência volitiva o resultado da experimentação dos argumentos.

Isso é tudo com que o art. 927, § 1º, do CPC de 2015 sintetiza a regra do art. 489, e seu § 1º, do CPC de 2015 (até mesmo para a invocação do precedente jurisprudencial), com o significado de não se admitir nenhuma figura de fundamentação genérica para o ato sentencial. Induvidosamente, o legislador de 2015 estatui a fundamentação estruturada, como dito da conjugação dos art. 10 e 489 do mesmo Código.

Tem-se que a fundamentação há de versar sobre o conjunto das questões que compõem o mérito da causa. E outra não pode ser a solução, porque o direito ao julgamento integral do mérito — suscetível, embora, de ser fracionado nos termos do art. 356, quando se justifique a antecipação de julgamento de alguma de suas matérias (pedidos cumulados, parcelas incontroversas) — depende da integralidade das postulações.

Verifique-se o art. 490 do CPC de 2015. Mérito são os pedidos das partes. A função conceitual da regra não admite se a restrinja, no que tange ao réu, à reconvenção. Mesmo que o réu não reconvenha,

haverá pedido de improcedência substancializado, quando formular a *exceptio*. O CPC de 2015 acolheu o contradireito, foi chiovendiano uma vez. Mas rejeitou a necessidade da declaratória incidente, deixando, aí, de ser chiovendiano. Dir-se-á que pôde dizer dos pedidos das partes, por admitir o mérito em vinculação com os elementos da lide (pessoas, bens e interesses contrapostos) — tanto que, ao abraçar a exigência da análise argumentativa na estrutura do objeto litigioso, fez por reviver, como visto, a estrutura de ponto, questão e lide, do sistema carneluttiano.

Não se diga que o legislador substitui lide por mérito, a exemplo do que faz no art. 356 e no art. 490, ambos do CPC de 2015. Basta observar-se o tratamento que dispensa à tutela provisória, em que adota, subjacente ao objeto litigioso, a figura da lide. Por exemplo, a argumentação para a estabilização da tutela antecipada antecedente, do *caput* do art. 303, se contenta com a lide, em confronto com o respectivo § 1º, da complementação de argumentação. Uma vez que a tutela antecipada antecedente se contenta com a exposição da lide e a simples indicação do pedido de tutela final, ante a urgência contemporânea da propositura da ação, pode-se inferir: o art. 4º do CPC de 2015, ao dispor como norma fundamental a que determina a solução integral do mérito, aí incluída a atividade satisfativa — e que advenha em prazo razoável — sanciona o mérito como os pedidos das partes (já expresso no art. 490), tomando os pedidos inclusive em seu caráter processual, no que considera até mesmo a simples resistência como proposta de julgado de mérito, de improcedência, aí a explicação de ser satisfatório o elemento carneluttiano dos interesses contrapostos — mesmo que não haja pedidos substanciais de ambas as partes, mas *actio* e *exceptio* contrapostas.

Quer no sentido da *actio*, quer no da *exceptio*, o julgador tem de analisar as questões debatidas, desde os respectivos argumentos, sabido que a argumentação é o elo entre compreensão e concretização da

norma aplicável, como leciona Margarida Lacombe Camargo (2003, p. 21). Argumentação é o que une os pedidos à respectiva formulação, ao dizer de *causa petendi* e *causa excipiendi*.

6 Fundamentação estruturada

Como visto, exclui o CPC de 2015 a fundamentação genérica. É todo o critério que extrai da dicção dos incisos do § 1º do art. 489. Sintomaticamente, poder-se-ia ver no já revogado § 2º do art. 1.029 (por desnecessário, redundante em face do sistema do Código) a reprimenda expressa ao *fundamento genérico*.

E, assim, quando se alude às questões prejudiciais equiparadas a principais pelo § 1º do art. 503 do CPC de 2015, no espaço exatamente tomado (a teor do art. 1.054 das Disposições Finais e Transitórias do CPC vigente) à ação declaratória incidente, afinal identificada como expletivo italianismo, chama-se atenção para o relevo atribuído no novo direito processual civil brasileiro à fundamentação da sentença.

A fundamentação da sentença não é mais apenas elemento de compreensão do dispositivo, nem o é de pura *cognitio*, mas, quanto às questões de que dependa o julgamento de mérito, expressa e suficiente manifestação do *judicium*. Não é motivo e não é a ela que se refere o art. 504 do CPC vigente.

A indagação acerca dos fatos jurídicos leva a assinalar-se a artificialidade da separação direito-fato, tanto que prejudicial é questão de fato jurídico de que dependa outro fato jurídico, ainda que exigida aferição do fato ou da aplicabilidade ou do significado da norma.

Aliás, a relevância dos fatos, ante uma controvérsia, é *quaestio juris*, desde o direito romano, como adverte Torquato Castro (1984, p. 12).

Cuida-se da necessidade do controle do juiz sobre as alegações, desde a atividade de saneamento, bem como da injunção ao desdobra-

mento, em réplica (quijá em tréplica), da cadeia fático-jurídica, no que tange às questões complexas, autorizadas as partes, em sua liberdade probatória, a investigar todos os fatos que possam influir na decisão final,² o que inclusive contribui para o esvaziamento da necessidade de invocação da eficácia preclusiva da coisa julgada, vale dizer que também da aproximação entre as funções positiva e negativa da coisa julgada.

7 O confronto argumentativo

Indisputável a existência do dever judicial de exame integral do mérito, advém a ampliação do significado da fundamentação, destinada não só a justificar o *judicium*, mas de constituí-lo — por equiparação, quanto às questões — em expressão de contraditório *principaliter*, vale dizer, prévio e efetivo. E de identificação das próprias situações de *exceptio* equiparada a *actio*, no que, embora os dados da distribuição do feito não apontem a litispendência, a coisa julgada se irradiará dos dados sentenciais.

Cabe à prática de registro de dados (à maneira como permite a seleção para efeitos dos recursos repetitivos, que se construiu sem maior embaraço) estabelecer a identificação, caso a caso, das prejudiciais decididas com autoridade de coisa julgada.³

A coisa julgada sobre questão aflorará também como dado de propulsão à formação de precedentes, na prática do Código de Processo Civil.

Visto como o legislador definiu a coisa julgada como autoridade, não a exclui de efeito do processo, da preclusão de questões. A preclusão dita consumativa não se aplica apenas às faculdades. Também

² Nesse sentido, cf. Ney da Gama Ahrends, “Prova no processo civil”, em *Digesto de processo*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, v. V, p. 12.

³ E assim se resolveria o temor apresentado por José Rogério Cruz e Tucci, em *Comentários ao Código de Processo Civil* (MARINONI, 2016, p. 193 *et seq.*).

àquelas. E, no trânsito em julgado, tem-se a *res judicata* assente sobre questões (erigidas em prejudiciais), ademais da(s) questão(ões) principal(is), isto é, já derivada(s) do pedido do autor.

Cabe afirmar que a investigação do fato constitutivo de exceção, diante da contraposição ao fato constitutivo do direito e diante da réplica à exceção (mediante abertura ao contraditório, *ex vi* do art. 10 do CPC de 2015; mediante a cooperação no saneamento, *ex vi* do art. 357, §§ 2º e 3º, do CPC de 2015) — assim como da vontade jurídica extraída do ordenamento, diante da contraposição de significados atribuídos pelas partes à norma ou ao precedente jurisprudencial — pertence ao dever judicial de fundamentação estruturada.

Segundo já dissemos (VIEIRA, 2016, p. 178), a questão prejudicial equiparável à principal remonta à exclusão de fato jurídico, presente regra legal de efeito contrário, tal uma prejudicialidade de causa ou de efeito determinante. De causa (pela *causa excipiendī*), para ampliação dos limites objetivos. De efeito (pela suspensão de regra legal invocável pelo substituído processual), para ampliação dos limites subjetivos (BARBOSA MOREIRA, 1971, p. 83; VIEIRA, 2016, nota 269, p. 137).

O exame é, sempre, de causalidade jurídica. A experiência concreta, na dimensão indutiva, com que o julgador confirma o trabalho dedutivo, reencontra o fato jurídico (com exclusão de outros) ou o efeito jurídico (com exclusão de outros). Cuida-se o dispositivo sentencial de algo a que se chega mediante o confronto argumentativo, para se alcançar a resultante argumentativa, diante do direito positivo e da prova. E, do mesmo modo como o dispositivo sentencial, a fundamentação que se lhe equipara concerne à coisa julgada — sobre a questão que, por definir o juízo (DENTI, 1987, p. 678) (*o iudicium*, transcendendo à *cognitio*), constitui prejudicial de mérito — mesmo decidida incidentalmente, porque não *incidenter tantum*, mas *principaliter*.

Quer seja a questão fático-jurídica, quer exclusivamente de direito, a profundidade da fundamentação,⁴ com que resolvida, identificará a aptidão da questão a fazer coisa julgada, desde que de sua solução dependa o julgamento do pedido.

Liebman (1962, p. 75), na evolução de seu pensamento, sem desertar do conceito de autoridade, chegou a descrever substancialmente o qualificativo, que adviria também da legitimação pelo contraditório. Seu pensamento viria a complementar-se em um admirável estudo, com o qual esclareceu que “ação e exceção podem coexistir como direitos, mas se uma é fundada, a outra é infundada e vice-versa”.

Referências

AHRENDTS, Ney da Gama. Prova no processo civil. In: DIGESTO de processo. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. V, p. 12.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: DIREITO processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 908.282. Relator: Min. Jorge Scartezzini. 4^a T. Brasília, j. em 15/2/07, DJU de 16/4/07.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 8.416-SP. Relator: Min. Eduardo Ribeiro, 3^a T. Brasília, j. em 20/8/91, v.u., DJU de 9/9/91, p. 12.197.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 12.174-0-RJ. Relator: Min. Gomes de Barros. 1^a T. Brasília, j. em 15/3/93, v.u., DJU de 12/4/93, p. 6.053.

⁴ Ainda nos processos com sumarização por matéria, limitadamente, cf. VIEIRA, 2016, nota 16, p. 20.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 82.116-MG. Relator: Min. Aldir Passarinho Jr. 4ª T. Brasília, j. em 10/10/2000, *DJU* de 4/12/2000, p. 70.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 33327, AgR. Relator: Roberto Barroso. 1ª T. Brasília, j. em 24/2/2017, proc. eletr. *DJe*-048, divulg. em 13/3/2017, p. em 14/3/2017.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *STUDI in onore di Enrico Redenti*. Milano: Giuffrè, 1951. t. II.

CASTRO, Torquato. Causalidade jurídica no direito romano. *Revista de direito civil*, São Paulo, v. 27, 1984.

CASTRO NEVES, José Roberto de. *A invenção do direito*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

DENTI, Vittorio. Questioni pregiudiziali (verbete). In: *NOVISSIMO digesto italiano*. Torino: UTET, 1987. v. XIV.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz *et al.* (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 567-576.

GOMES, Silvano. *Direito e literatura*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.) *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 485 a 538)*. São Paulo: RT, 2016. v. VIII.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. ED 1612703001, Dec. Monocrática. Relator: Fernando Antônio Prazeres, 14^a Câ. Cív. Curitiba, j. em 19/1/2017, *DJ* 001 de 24/1/2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Seç. Cív. Ord., R. 1586484-5. Relator: Nelson Mizuta. Unan., j. em 17/3/2017.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1994.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ap. 003308714201181902009. Relator: Marcos Alcino Torres, 27^a Câ. Cív. Rio de Janeiro, j. em 27/4/2016, p. em 2/5/2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 00351715720168190000. Relatora: Inês Chaves de Melo, 6^a Câ. Cív. Rio de Janeiro, j. em 1^o/8/2016, p. em 3/8/2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. AI 0035629742016819000. Relatora: Regina Lúcia Passos, 24^a Câ. Cív. Rio de Janeiro, j. em 26/10/2016, p. em 31/10/2016.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Coisa julgada: limites e ampliação objetiva e subjetiva*. Salvador: JusPodivm, 2016.