

NOTAS SOBRE A DECLARAÇÃO INCIDENTE NO CPC DE 2015

NOTES ON THE STATEMENT INCIDENT AT THE CPC OF 2015

Adroaldo Furtado Fabrício¹

Professor Titular (jubilado) de Direito Processual Civil
(UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito civil; direito processual civil.

RESUMO: O artigo intenta destacar que a ação declaratória incidental, a que não se refere sob essa denominação o Código de Processo Civil de 2015, continua a existir na vigência dele. A premissa é de que essa modalidade de demanda exsurge naturalmente em qualquer sistema legal onde a extensão da coisa julgada se limite ao *decisum*.

ABSTRACT: *The article attempts to highlight that the incidental, the declaratory action that is not under this title the Code of Civil procedure of 2015, continues and exists in his term. The premise is that this demand mode exsurge naturally in any legal system where the extent of res judicata to the decisum.*

PALAVRAS-CHAVE: ação; declaração judicial; incidente processual; sentença; coisa julgada; limites objetivos.

KEYWORDS: *action; judicial declaration; procedural incident statement; sentence; res judicata; limits goals.*

SUMÁRIO: Considerações introdutórias; 1 As questões prejudiciais; 2 A declaração incidente; 3 A declaração incidente no Código de 2015; 4 Declaração incidente e ação declaratória incidental; 5 O interesse na declaração incidente; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introductory considerations; 1 The questions referred for a preliminary ruling; 2 The declaration incident; 3 The statement incident in 2015 code; 4 incident and declaratory action incidental Statement; 5 interest in the incident; Final considerations; References.*

¹ Professor Titular (jubilado) de Direito Processual Civil na pioneira Escola Superior da Magistratura gaúcha. Cofundador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS. Desembargador aposentado, Ex-Presidente do TJRS. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Advogado em Porto Alegre/RS. Currículo: <http://www.fabricioadvogados.com.br/tcurriculo.htm>.

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Constatado que o vigente Código de Processo Civil não mais faz referência explícita à ação declaratória incidental², houve quem pensasse achar-se o instituto abolido pelo direito legislado nacional. Contudo, assim não é exatamente; continuam presentes no sistema as condições para o surgimento desse tipo de demanda, como presente ainda se faz a necessidade dela. Ainda que já não se possa mais atribuir à denominação as galas de nome legal, nada impede que continuemos a dar-lhe, em sede doutrinária, essa designação – que expressa à perfeição a ideia correspondente, e dificilmente poderia ser substituída com vantagem por alguma outra.

Como alhures escrevi, não se pode excluir a existência da ação declarativa incidente em qualquer sistema onde a coisa julgada esteja restrita ao *decisum*, sem extensão alguma aos motivos do julgado, isto é, todos os sistemas contemporâneos importantes³. Onde essa restrição não ocorra – situação da qual dificilmente se encontrará exemplo nos tempos mais recentes –, o trânsito em julgado se haveria de alargar a todos e a cada um dos pontos de fato ou de direito sobre que se haja manifestado a sentença. Em particular, aos *motivos* da sentença, a exposição das razões pelas quais a decisão é aquela e não outra. Em se tratando, por exemplo, de um acidente de trânsito, tornar-se-ia indiscutível o fato de haver um dos condutores envolvidos invadido a contramão; também se submeteria à *auctoritas rei iudicatae* a afirmação de que um dos veículos acidentados estava com defeito de freios e bem assim a de que à espécie não se aplica determinado dispositivo da legislação de trânsito – qual seja, *v.g.*, a regra da preferência para o veículo que provém da direita. Mais ainda: todas as afirmações da jurisdição a respeito de culpa ou dolo atribuível a este ou àquele participante adquiririam a definitividade e a indiscutibilidade próprias da *res iudicata* em qualquer sede de juízo, entre os mesmos ou outros contraditores, desde que envolvesse idêntica controvérsia sobre os fatos.

² *Incidental* ou *incidente*? Prefiro, por uma questão de precisão e de eufonia, empregar o primeiro adjetivo com respeito à ação e o outro quando referido à declaração. Mas a questão não é importante: o único cuidado recomendável é o de ter-se em conta que a voz *incidente* pode ser também utilizada como substantivo, para designar uma ocorrência processual de caráter eventual, fora do contexto ordinário do trâmite.

³ Cf. meu livro: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 21-2. Há edição mais recente, na qual a obra sofreu intervenções não autorizadas do editor.

É fácil imaginar-se o terremoto que isso acarretaria. Os efeitos do julgado projetar-se-iam necessariamente *ultra partes* e para além do objeto do processo. Qualquer terceiro que se considerasse prejudicado pela conduta do motorista dito imprudente poderia pleitear sua indenização sem a necessidade de provar a culpa do inditoso condutor. A administração poderia impor-lhe multa pela infração formal sem necessidade de nada mais provar. Enfim, valeria potencialmente *erga omnes* tudo aquilo que viesse afirmado na motivação do julgado, inclusive o que se tenha dito sobre a posição e o movimento dos automotores no curso do sinistro. Supondo-se, mais, haver-se questionado no processo a correta interpretação da regra jurídica aplicável – seja, a determinação de que os condutores mantenham-se à direita –, poderia suceder que a eventual interpretação no sentido de estar o suposto infrator dispensado desse dever legal (por ser civilmente incapaz, imagine-se ainda que absurdo) asseguraria sua imunidade em qualquer processo futuro que se instaurasse e em face de quem quer que fosse. Aliás, a própria asserção judicial de incapacidade tornaria indiscutível esse ponto para sempre, *urbi et orbi*, com todas as imagináveis repercussões dessa declaração sobre a vida futura do suposto incapaz e de terceiros que com ele de algum modo se relacionassem. E poderia ser levada até ao registro civil.

Em suma, é, em nossos dias, inconcebível o alargamento dos efeitos de julgado a qualquer parte ou elemento da sentença que não a sua conclusão, o comando, a parte em que se concentra a manifestação da vontade estatal, e não a simples evolução de um raciocínio⁴. Pode ser até que se devam anular sentenças por falta ou insuficiência de motivação, mas sem conclusão não se pode sequer afirmar a existência do ato judicial, porque nada se terá resolvido.

1 AS QUESTÕES PREJUDICIAIS

A prova pelo absurdo está a demonstrar que a orientação legal limitativa da *res iudicata* é um imperativo de bom-senso, antes de ser um preceito legal.

⁴ A estrutura silogística geralmente atribuída à sentença é inegável, mas o que a caracteriza e distingue de outros atos de razão é exatamente o cunho de autoridade que carrega. A fundamentação, necessariamente racional, deve ser capaz de mostrar o caminho lógico percorrido (em disposição que chegou a ser censurada por rigorosa demais, o vigente CPC foi ao requinte de arrolar o que não basta para fundamentar: art. 489, § 1º). Sobre motivação em geral, por todos e definitivamente, cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, *passim*. Cf., igualmente, a excelente monografia de CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, *passim*.

De outro modo, o universo de temas tornados indiscutíveis seria gigantesco. Entre os assuntos postos a salvo de toda discussão futura, estariam as *questões prejudiciais*, aquelas que, sem integrar o objeto dos pedidos, fossem ponto obrigatório de passagem do raciocínio desenvolvido pelo juiz. Suponha-se que ninguém pediu a declaração judicial a propósito de certo pressuposto lógico do julgamento: a saber, a identidade da pessoa que conduzia determinada veículo, no exemplo anterior. Afirmado no processo x que o motorista de certo veículo era A (sem habilitação para o mister, eis que falso o documento exibido), e não B (apto), essa assertiva judicial projetaria sua eficácia para os processos y e z , presentes ou futuros, instaurados entre C e D ou entre E e F, inclusive quanto à inautenticidade do documento de habilitação de A para dirigir automotores.

Como é igualmente consabido, frequentes são as situações em que o julgamento propriamente dito, delimitado com absoluta rigidez pelos pedidos, necessita ineludivelmente transitar, do ponto de vista lógico, por questões a cujo propósito não há *petitum* algum, mas que precisam ser resolvidas pelo julgador para estabelecer premissas do juízo a ser emitido. Posto que a fundamentação é obrigatória e deve submeter-se a um encadeamento de raciocínios lógicos, todos os que compõem a cadeia de assertos (e devem guardar uns com os outros uma relação de continuidade racional) integram igualmente a fundamentação do julgado, ainda que a eles não se estenda o manto da *res iudicata* e a eles, eventualmente, as partes sequer tenham aludido. O raciocínio que se desenvolve na motivação é do juiz, e não das partes, ainda que os litigantes e intervenientes (eventual mas não necessariamente) tenham fornecido o material utilizado; salvo disposição legal em contrário, a liberdade do julgador quanto a seu desenrolar é absoluta⁵. Não se trata de exigir que a motivação percorra explicitamente todos e cada um dos argumentos das partes; muitos deles resultarão prejudicados ao longo da exposição pela solução dada a outros pontos controvertidos. Como se sabe, às partes, em especial ao demandado, é facultado alinhar alegações diversas e até contraditórias, ao abrigo do chamado princípio da eventualidade (*nunca devi, o título é nulo, já paguei*). Esse é apenas um caso exemplar de argumentação prejudicada: se afirmada a boa razão de uma delas, seria ocioso discorrer ou

⁵ Sobre fundamentação exaustiva e fundamentação suficiente, cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 87; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença e do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 312.

sequer raciocinar sobre as demais. Posto que a motivação dos julgados deve ser racional, do desnecessário não se cuida mais⁶.

Questão prejudicial é uma espécie do gênero mais vasto a que se reserva a designação de *questão prévia*⁷. O gênero abarca todas as questões (a saber, pontos controvertidos nas afirmações e alegações das partes) que, por imperativo lógico ou por imposição de lei, devam ser solvidas antes da apreciação do mérito. Assim, a legitimação para a causa (na medida em que não se confunda com o mérito), a regularidade do procedimento, a adequação do momento processual ao julgamento emitido, a suficiência da prova existente e outras que reclamem atenção judicial antes de analisar-se o fundo da controvérsia. Não importa ao efeito considerado se a anterioridade do juízo é determinada pela lei (*v.g.*, casos do art. 351 do Código de Processo Civil, com antecedente imediato no art. 327 do seu homólogo de 1973) ou decorre de imperativo lógico (como a questão do parentesco na ação de alimentos nele embasada).

Para maior precisão: pontos são temas de fato ou de direito a que tenham aludido as partes, ou a que o juiz deva dar atenção *ex officio*. Em um processo concreto, muitos desses pontos podem permanecer incontrovertidos, caso em que, salvo interesse público predominante a determinar o contrário, o juízo pode-se dispensar de analisá-los. Cada um desses pontos pode subir à categoria de questão toda vez que sobre ele se estabeleça controvérsia, ou dúvida relevante para o julgamento. Se o ponto era significativo para orientar a decisão, o mesmo há de acontecer com a questão em que se converteu. E, pois, o exercício dialético empreendido pelo juiz deve tomá-lo em conta e dar-lhe solução; esta, por sua vez, poderá inserir-se na cadeia lógica que conduzirá à resolução do tema principal, servindo de premissa à conclusão definitiva.

Melhor especificando, dentre as questões, assim definidas, a reclamar a atenção judicial, alguma pode haver que esteja em tal relação lógica ou jurídica

⁶ O tema adquire particular interesse nos casos em que o juízo recursal vem a rejeitar o fundamento acatado pela sentença: em tal emergência, a relevância dos argumentos desprezados no grau inferior pode vir a restabelecer-se. Ao juízo de segundo grau incumbe, então, uma de duas providências: reformar ou confirmar a decisão por motivo diverso do que ela adotara, ou, se os elementos presentes a isso não bastarem (teoria da “causa madura”), limitar-se à cassação, para renovar-se o juízo inferior com exame das questões antes ditas prejudicadas.

⁷ Sobre o tema, definitivamente, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967. p. 22 e *passim*.

com outra presente no mesmo processo⁸ que não se possa resolver esta sem que esteja resolvida a outra, em razão da *influência* exercida pela resolução da questão prejudicial sobre a da prejudicada. Essa influência pode dar-se de modo a impedir o julgamento da questão subordinada ou determinar, ao menos em parte, o conteúdo e o sentido do ato sentencial. Assim, em uma demanda de petição de herança, pode dar-se que certa relação de parentesco alegada ou suspeitada deva ser esclarecida quanto à existência e ao grau para determinar-se que o autor é ou não herdeiro de alguém. Em regra, a questão prejudicial não terá sido posta como objeto de juízo, ou porque se pressupôs uma solução, ou porque não é do interesse das partes, no momento e circunstâncias, a submissão da matéria ao crivo da jurisdição.

2 A DECLARAÇÃO INCIDENTE

Em regra, a solução da questão prejudicial terá natureza meramente declaratória, até porque, não se havendo sobre ela formulado pedido algum, a carga de declaração não se poderá acrescer de alguma outra, cuja inclusão dependeria de pedido⁹. De resto, dado o objetivo pretendido, o simples esclarecimento será suficiente a alcançá-lo, pois com isso estará construído o elo da cadeia lógica a ser inserido na motivação do julgado principal. Eis que a declaração incidente, portanto, assumirá o exclusivo papel de fundamento da sentença, do ponto de vista do objeto do processo. O que significa sua imunidade à *auctoritas rei iudicatae*.

Isso posto, é razoável a hipótese de que alguma das partes tenha interesse em ver conferida *também* à declaração incidente o cunho autoritativo do julgado. Ora, tudo o que está a embaraçar esse escopo é a falta de pedido específico. A parte que tiver (e demonstrar) interesse nessa promoção da questão incidente à categoria de questão principal poderá requerer ao juiz da causa que sobre ela também se profira sentença (em estrito sentido), aquela capaz de blindá-la contra novas demandas, mediante atribuição daquela particular autoridade ao *julgamento* da prejudicial. Como alhures sustentamos, quando se busca tal escopo, dar-se-á uma cumulação objetiva de pedidos: ao pedido preexistente,

⁸ Ou em outro, no caso de prejudicialidade *externa* - complicador que aqui não cabe introduzir. Sobre essa e outras distinções, é definitiva a obra citada de Barbosa Moreira.

⁹ Já surgiu na doutrina uma interessante sugestão de possível *ação constitutiva incidental* que não alcançou adesões expressivas: FERRI, Corrado. Sulla cognizione incidentale con effetti costitutivi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 26, p. 746, 1971.

acrescer-se-á esse superveniente – sempre que a declaração acessória seja postulada pelo autor da demanda principal; se, porém, o pedido em causa provier do réu, é visível o manifesto caráter reconvençional que ele assume, uma ação conexa e contraposta¹⁰. Em qualquer dos casos, parece identificar-se uma *cumulação superveniente*, eis que surgida depois da instauração do processo.

Relativamente à ação incidental do réu, não vale argumentar em contrário que o termo reconvenção tem conteúdo semântico muito mais abrangente do que a ação declarativa incidental. Nunca se afirmou que esta fosse aquela, mas sim e somente que seria uma espécie do gênero reconvenção. A maior extensão conceitual do continente em relação ao conteúdo é pressuposto, e não negação da relação de continência.

Também claro precisa ficar que o pedido de declaração incidente, correspondendo a uma nova ação proposta em *simultaneus processus* com o da dita principal (aforada antes), claramente acrescenta pelo menos um pedido ao que já constitua objeto do processo. Ora, quando se apresenta a pluralidade de pedidos com a mesma polaridade das partes, outra coisa não pode haver senão cumulação unilateral de pedidos; se, de outra banda, os pedidos se contrapõem sucessivamente, estamos diante de uma reconvenção – repito, *uma* reconvenção, não *a* reconvenção¹¹.

3 A DECLARAÇÃO INCIDENTE NO CÓDIGO DE 2015

O vigente estatuto processual, após definir a coisa julgada em seus arts. 502 e 503, alinha, no parágrafo que se segue, algumas possíveis asserções da sentença que *não* transitam em julgado do ponto de vista material. A técnica legislativa é semelhante à dos códigos modernos em geral, e alinhada com a do antecedente imediato, o Código brasileiro de 1973: após a definição legal, expressa as situações que pudessem ensejar dúvidas quanto à extensão do conceito, nomeadamente a fundamentação do decisório e as questões prejudiciais.

Preocupou-se o legislador, visivelmente, com as dúvidas que, em princípio, poderiam assaltar o intérprete no relativo à geralmente denominada extensão objetiva da *res iudicata*, assumindo a doutrina dominante da exclusão dos fundamentos, a modo explícito e claro. E – no que ora interessa diretamente – explicitou também, a seguir, que a coisa julgada não se alarga à solução das

¹⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 155.

¹¹ Id., ib.

questões prejudiciais. Até o ponto, segue o Código a linha dos antigos diplomas nacionais de sua espécie e a orientação doutrinária quase universal em nossos dias.

Após a delimitação negativa, seguindo-se ao primeiro inciso, que reafirma tratar-se de resolução da qual dependa o julgamento do mérito (o que apenas remete ao conceito de prejudicial dominante em doutrina), aparece a menção explícita às questões prejudiciais para precisar que a elas não se estende aquela peculiar autoridade. Mas, de imediato, aponta as exceções a esse princípio, instituindo implicitamente (mesmo sem usar essa terminologia) a extensão da coisa julgada à questão prejudicial *que se tenha tornado uma das principais*, a saber, tanto que instituído a respeito dela “efetivo contraditório”. Isso supõe, obviamente, que alguma das partes haja postulado esse alargamento da força de julgado ao ponto controvertido e sobre esse requerimento haja sido escutada a parte contrária. E, por também óbvio, que sobre a matéria se haja ensejado a produção de prova, se necessária, e o debate final.

Nada dispõe o Código sobre o momento em que, ou até o qual, semelhante requerimento de ampliação da *res iudicata* é admissível. O direito comparado mostra exemplos em que essa faculdade se alarga até o debate final da causa. Esse não é, contudo, o caso da nossa legislação. Tal qual na permissão da cumulação de pedidos em geral e na admissão do pedido reconvenicional, o que se tem em mira é a economia processual, eis que tais mecanismos permitem a solução de mais de uma questão ou controvérsia em um único processo. Para alcançar esse objetivo, é indispensável que se limite à fase postulatória a faculdade de requerimento dessa ordem; de outro modo, a adoção do instituto trabalharia contra seus próprios objetivos: nominalmente continuando a ser um só o processo, na verdade duplicar-se-ia a fase probatória, precisamente, aquela capaz de ensejar maior dispêndio de tempo, labor e pecúnia. De resto, a caracterização, que defendo, da ação incidental como cumulação de pedidos ou reconvenção também proporciona argumento para a limitação de sua admissibilidade à primeira fase do processo, como nesses outros casos¹².

¹² Raro, mas não impossível, é o surgimento da questão prejudicial em momento ulterior (*v.g.*, alegação de *ius superveniens*), caso em que a solução há de ser igualmente anômala, com admissão do pedido incidente em fase mais adiantada do procedimento. A exceção só confirma a regra. Tratei disso mais detidamente no livro *A ação declaratória...*, cit., p. 140.

4 DECLARAÇÃO INCIDENTE E AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

O que foi abolido pela legislação ora vigente, portanto, não foi a declaração incidente (o que seria, de resto, impraticável), mas sim e tão só a *ação* declaratória incidental. Já não se trata de propor uma demanda nova (sentido em que se aludia, no contexto, a *ação*), mas de um pedido que se acresce aos formulados anteriormente. Em rigor de técnica, desconsiderados os aspectos de mera terminologia, a substância das coisas não se alterou, mas sofreu modificação de nomenclatura. Nada há de inconveniente em que se continue a falar de *ação* declaratória incidental; portanto, o nome consagrado pela doutrina é imune à omissão legislativa, ainda que talvez deliberada. A rosa continuará a ser uma rosa, mesmo se lhe negarmos o nome ou a denominarmos margarida.

Escandindo-se o conceito, comecemos por admitir que se trata de uma *ação* (cumulada supervenientemente a outro pedido, ou se admitida essa terminologia de um modo geral, a outra *ação*). Importa muito lembrar, nesse rumo, que o pedido declaratório acrescido ao anterior (ou aos anteriores) amplia o objeto do processo na medida em que submete ao escrutínio judicial (e ao âmbito do juízo e da coisa julgada *in fieri*) matéria nova a ser examinada na sentença com potencial de produzir *res iudicata*. Em essência, é isso que o pedido incidental acrescenta ao processo: o que, sem ele, seria examinado pela jurisdição incidentalmente, agora precisará ser decidido *principaliter*, com força de julgado. No recorrente exemplo do pedido de declaração da filiação cumulado ao de petição de herança, nenhuma diferença substancial se notará entre a hipótese de cumulação inicial de ambos e a de superveniente acréscimo daquele a este. Desde o momento em que se adita ao pedido anterior (de herança, suponha-se) um posterior (de declaração de parentesco), estabelecida estará uma cumulação (unilateral) de demandas ou pedidos. Se admitida, no geral, essa designação, estaremos diante de uma cumulação de *ações*.

Esse novo pedido, por hipótese, há de ser declaratório. Não se admitirá, para não agredir a boa lógica, que ele venha acrescido de alguma outra *carga* (condenatório etc.) Se pretendesse o autor da incidental alguma outra eficácia, deveria tê-lo formulado com a inicial; se é o réu quem busca atribuição de eficácia autoritativa a uma declaração judicial, há de fazê-lo ao ensejo da resposta, segundo o caso. É a lógica do procedimento por fases (ou etapas): ao encerrar-se a fase postulatória (que finda com a exaustão do prazo de resposta,

ou daquele para a chamada réplica do autor), nenhum pedido mais se admite¹³; o objeto do processo acha-se estabilizado¹⁴. A essa definição do conteúdo objetivo do processo serve a correspondente fase processual; qualquer outra solução ensejaria grave tumulto e desserviria à finalidades do próprio instituto.

Por fim, ao pedido desse modo formulado se costuma denominar incidental, porque encontra o processo já formado e as posições do autor definidas. A declaração a ser prestada por efeito dele nunca virá sozinha; a par dela estarão as outras que se fizeram obrigatórias por efeito de pedidos anteriormente formulados. Nesse sentido, e só nesse, a declaração pedida após a formação do processo é incidente, ou incidental: do ponto de vista da eficácia real, ela pode ser mais importante (e costuma ser mais abrangente) do que a matéria já submetida ao crivo judicial. Baste lembrar que as repercussões jurídicas e fáticas da declaração acrescentada por força do incidente poderão influir (embora talvez não decisivamente) sobre o objeto de outros processos paralelos ou futuros, relativamente aos quais o mesmo pressuposto lógico tenha algum papel. Daí a importância de se apurar se essa influência carregará em si a força de julgado ou só valerá como pressuposto lógico: por outras palavras, se obrigará ou apenas orientará o outro júízo.

Sem usar explicitamente como *nomen iuris* o de ação declaratória incidental ou incidente (ao contrário do diploma antecedente, que a empregava, *v.g.*, em seu art. 109), o Código ora em vigor parece evitá-la, por razões de difícil compreensão¹⁵. Mas vale para ele o que penso haver demonstrado desde a primeira edição de minha monografia sobre o tema¹⁶: a autorização legal para o pedido de declaração incidente há de emergir de qualquer sistema em que a delimitação legal da coisa julgada a restrinja ao dispositivo. Sendo este a resposta da jurisdição aos *petita*, os demais elementos necessários da sentença (relatório e motivação) não serão afetados pela autoridade do julgado. Daí que,

¹³ Sobre a relativa “imutabilidade” do objeto do processo, cf. MIGUET, Jacques. *Immutabilité et évolution du litige*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977, *passim*.

¹⁴ Um comentário *a latere*: a fala do autor sobre a contestação, que a praxe forense transformou em regra sob o nome *réplica*, a rigor só deveria ter vez nas hipóteses de haver a contestação suscitado matéria não cogitada anteriormente. Mas, no caso do pedido de declaração incidente ou outro pedido reconvenção, não é exatamente a esse título que se ouve o autor: ele é intimado (com força de citação!) para *responder* à contra-ação.

¹⁵ No particular (e em muitos outros...), fui voto vencido na Comissão de Juristas que elaborou o Anteprojeto do atual CPC. Nisso, inovou-se por amor à novidade.

¹⁶ *Retro*, nota 9.

se é do interesse da alguma das partes que certo motivo (a saber, a solução de uma questão prejudicial) revista essa blindagem, há de requerer explicitamente que assim seja.

5 O INTERESSE NA DECLARAÇÃO INCIDENTE

Como é elementar, o chamado interesse processual é pressuposto da própria instauração – e, por óbvio, da continuação – de qualquer processo. Se a parte nada tem, ou nada mais tem a obter *de útil* da atividade processual e, portanto, dela não necessita, não é de boa lógica que continue ocupando a atenção, o tempo e o labor do Estado-juiz. Tal qual acontece quanto à ação declaratória autônoma, na incidental, o interesse na declaração “decorre de uma situação de fato tal que o autor, sem a declaração judicial da vontade concreta da lei, sofreria um dano injusto, de modo que a declaração judicial se apresenta como o meio necessário para evitá-lo”¹⁷. No caso da declaração incidente, esse dano consistiria na eventualidade ou probabilidade de que, sem a declaração, a parte não pudesse alcançar o objetivo perseguido no processo por via de outra pretensão nele veiculada.

O que há de particular no pedido de declaração incidente – em contraste com a principal – é a circunstância de não constituir ela o objeto primeiro do processo. A declaração, no caso, não corresponde a uma ação originariamente declaratória (ou corresponde, mas sendo aquela declaração instrumental e secundária em relação a esta outra “principal”). A razão determinante da instauração do processo, assim, não terá sido o objetivo de aclarar a relação ou situação jurídica em foco, mas o esclarecimento de outra; no curso dos atos processuais, contudo, veio a constatar-se a necessidade de, por imperativo lógico, ser aclarada a relação intermediária para que possa, a seguir e em função desse aclaramento, ser resolvida a principal. O comentário vem a propósito porque nem sempre o objeto principal do processo será uma condenação ou constituição de situação jurídica; isso não é indispensável para o advento da declaração incidente.

Se o autor ou o réu alinham pedidos diversos, na inicial ou na reconvenção, ocorre a cumulação objetiva simples. Se os pedidos forem temporalmente

¹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1965. p. 226.

sucesivos¹⁸, também aí se tem de identificar cumulação: o aspecto cronológico é, nesse caso, acidental e, portanto, irrelevante.

Daí que, em regra, a necessidade daquele tipo de declaração decorrerá de um problema jurídico suscitado pela resposta do demandado ou pelo próprio autor em face de um *ponto* levantado pela contestação. A respeito desse ponto, o próprio réu, no mesmo ato, ou o demandante, na oportunidade imediata, pedirá a declaração, que se diz incidente, ou incidental, pela exata razão de que sobrevém à instauração do processo. Observe-se que, se o autor pede dita declaração na inicial, ela não terá o cunho de incidente, ocorrendo então uma cumulação simples de pedidos.

Como em qualquer outra situação, o interesse da parte (*in casu*, na declaração incidente) deve ser atual e efetivo. Exigir-se-á, portanto, a evidência de que, sem o esclarecimento judicial, a parte requerente sofreria “um dano injusto”. Em regra, a demonstração desse específico interesse se haverá de relacionar à repercussão que o esclarecimento terá sobre o questão prejudicada, dita principal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações ditas incidentais (isto é, as que crescem por assim dizer no flanco de um processo instaurado basicamente para a solução de outra controvérsia) podem ser entendidas e sistematizadas por oposição às primitivas ou originais – aquelas que constituem a primeira razão de ser do processo (considerado em concreto). Como exposto ao longo deste estudo, uma espécie desse gênero é a ação declaratória incidental, cuja aparição no processo só se pode dar mediante pedido – formulado, o do réu, ao ensejo da contestação, e o do autor, quando intimado a falar sobre esta (o momento da geralmente dita *réplica*). Assim é não por força de lei (que, no caso brasileiro, também converge para essa solução em sua melhor exegese), mas, antes, de um imperativo lógico: encerrada a fase postulatória, toda a atividade processual se orienta a outros objetivos, o de investigação dos fatos e definição de sua qualificação jurídica. A admissão de qualquer pedido (inclusive o incidental) após esse momento acarretaria inaceitável tumulto e seria mais um fator de retardamento, já insuportável no quadro atual, do que uma vantagem verdadeira para o interesse público.

¹⁸ Aqui, não no sentido corrente de pedidos logicamente interdependentes, mas na visão estritamente temporal de que se apresentam um depois do outro, em momentos diversos.

Não há razões para supor que o instituto tenha sido erradicado da legislação pátria, pela só razão de a ele não aludir explicitamente por aquele nome. Aqui e em qualquer sistema onde se consagre o princípio da restrição da *res iudicata* à parte conclusiva da sentença, a bem da economia processual se há de admitir que cada processo individualmente visto possa alargar seu conteúdo a todas as questões que nele possam ser tratadas e resolvidas sem tumulto e sem dilatação temporal exagerada. Ao objetivo de atenuar o acréscimo de mora judicial que possa decorrer do ajuizamento do incidente, basta aquela limitação que proponho à fase postulatória. Considere-se, de resto, que o favorecimento da reunião de questões diversas para o exame em um só processo corresponde ao próprio ideal de economia no âmbito judicial, mas a eventual mistura de fases acabaria por produzir o resultado oposto¹⁹.

Salvo vedação legal expressa, todas as questões de cuja solução dependa a de outras, ditas genericamente questões prévias (entre a quais as prejudiciais se incluem), devem ser resolvidas mediante decisão judicial (*lato sensu*) apoiada a pressupostos lógicos definidos e explicitados no seu texto. A precedência cronológica é imposta pela razão comum e apenas confirmada pelos tópicos pertinentes de lei. Pode-se imaginar até que alguma sentença inverta essa ordem lógica e ponha o exame da questão prejudicial depois da decisão sobre o tema central (retornando ao nosso exemplo, primeiro decide sobre a culpa dos condutores em um acidente viário para depois apreciar a questão da competência do foro e do juízo ou a da fidelidade do levantamento topográfico do fato)²⁰. Mas qualquer exemplo que se possa imaginar será tão bizarro quanto esse, e não se há de afrontar a inteligência dos profissionais do foro com hipóteses tais.

Como em qualquer outro caso de acumulação de pedidos (ou de pretensões, ou de ações)²¹, ela sempre dependerá de uma pluralidade de temas a serem decididos, surgida já na petição inicial do autor ou em momento ulterior. À falta

¹⁹ A solução de algumas legislações europeias, dilatando a permissão de um novo pedido até o debate final, traz o potencial e grave inconveniente prático de possibilitar a necessidade de renovar-se a fase mais onerosa e demorada do processo – a probatória.

²⁰ Talvez assim seja usualmente na prática judiciária: o juiz já tem em mente determinada conclusão antes mesmo de começar a fundamentar (cf., a propósito, MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 44-5). Com efeito, nessa como em outra matéria, dificilmente se pode imaginar que alguém comece uma exposição racional (demonstração) sem haver já decidido como concluirá (tese).

²¹ Não cabe aqui maior aprofundamento sobre essa terminologia. A propósito do tema, há monografia excelente de ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: RT, 1989.

de pedido específico, qualquer questão de cuja resolução dependa logicamente a conclusão (por exemplo, de procedência ou improcedência) terá de ser, ainda assim, resolvida pelo sujeito neutro do processo; contudo, a autoridade do julgado (em estrito sentido) não se estenderá à prejudicial, mantida então na categoria de motivo da decisão. O pedido de declaração incidente, portanto, não é necessariamente uma iniciativa no sentido de trazer à deliberação judicial um material que não seria sem ela analisado: nada raro é que esse material esteja desde antes no *roteiro* necessário do raciocínio judicial, mas sem ser objeto de juízo em estrito sentido. É que, ordinariamente, esse *iter* racional passa por um grande número de pontos a serem necessariamente estabelecidos, ao modo de alicerces, para que sobre eles venha a repousar o arcabouço lógico da sentença – mas, precisamente por não serem objeto de *petitum*, não revestirão as galas da *res iudicata*.

Voltemos ao exemplo do problema da propriedade do veículo envolvido em certo acidente viário. A esse título, pode ser atribuída a alguém a culpa, ou parcela da culpa (*in elligendo, in vigilando*), pelo advento do sinistro. Em regra, o tema, previamente resolvido por prova documental de origem administrativa, sequer será explicitamente abordado na sentença: um dos pressupostos lógicos da conclusão jurisdicional há de estar necessariamente aí, mas a menção expressa a ele poderá ser desnecessária. Um dos elos da cadeia racional estará pronto. Contudo, se o ponto se houver convertido em questão (*v.g.*, porque o suposto dono nega essa condição e alega infidelidade do registro administrativo), a atenção judicial ao assunto é imperiosa e – no que aqui importa especialmente ao nosso tema – ter-se-á tornado imprescindível a discussão judicial (na fundamentação do julgado) e a resolução explícita a tal respeito. Ainda assim, ausente pedido específico, a *auctoritas* sentencial não alcançará esse aspecto, que poderá voltar a ser debatido em outro processo entre outras partes – ou até entre as mesmas.

A grande conclusão central, portanto, é uma só. Todas as questões prejudiciais, por imperativo lógico, devem ser *consideradas* pelo ato judicante, ainda que algumas vezes permaneçam implícitas a cognição judicial pertinente e até a própria questão em si. A ação declaratória incidental, que continua presente no sistema do vigente Código de Processo Civil, embora sem esse *nomen juris*, é o instrumento colocado ao dispor das partes para promover a matéria de mero pressuposto lógico a *thema decidendum*. E, por via de consequência, alçar o que seria simples motivo da sentença, relevante só no plano lógico, a um dos

capítulos do *decisum*. São coisas diversas o expor *o que* ou *o porquê* se decide e o declarar *como* se decide; essa é toda a diferença no relativo à autoridade do julgado.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: RT, 1989.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *A ação declaratória incidental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FERRI, Corrado. Sulla cognizione incidentale con effetti costitutivi. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, v. 26, p. 746, 1971.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

MIGUET, Jacques. *Immutabilité et évolution du litige*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1977.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença e do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007.

Submissão em: 22.04.2019

Avaliado em: 21.08.2019 (Avaliador B)

Avaliado em: 17.08.2020 (Avaliador D)

Aceito em: 18.07.2021

