

NEVES, Celso — *Coisa julgada civil*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1971. xvi+514p.

Perfil histórico: Direito romano, intermédio e moderno. Elementos de Direito comparado. Direito brasileiro. Doutrina contemporânea alemã e italiana. Reelaboração teórica: fundamento e natureza jurídica da coisa julgada, seu conceito e pressupostos, formação e requisitos, funções e efeitos, limites e extensões.

○

C.D.U. 347.953 Coisa julgada — Dir. judiciário civil

Catálogo elaborado pelo Centro de Documentação Jurídica da Biblioteca Central da Faculdade de Direito da USP (Bibliotecária Renata Ceili).

Ⓢ desta edição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 78

01501 — São Paulo — SP

Novembro de 1971

À Dulce,

Lúcia e Maria Eduarda,

e à Luciana,

*êste pouco, pelo muito
que para mim significam.*



Composto e impresso em 1971, nas oficinas da
EMPRESA GRÁFICA DA REVISTA DOS TRIBUNAIS S.A.
Rua Conde de Sarzedas, 38, fone 33-4181, São Paulo, S.P., Brasil

Capítulo 1

Fundamento e Natureza Jurídica da Coisa Julgada

§ 1

FUNDAMENTO

Sumário. 1. Necessidade histórico-jurídica da coisa julgada e doutrina sociológica ou política. 2. Razão pragmática da coisa julgada. 3. Tutela jurisdiccional, direito objetivo e direito subjetivo. 4. Fundamento legal da coisa julgada.

1. Duas posições devem ser previamente consideradas quando se estuda a coisa julgada, ambas atinentes ao problema do seu fundamento. A primeira é a da sua necessidade histórico-jurídica; a segunda a da sua adoção nos moldes da doutrina denominada sociológica ou política. Para a primeira, a coisa julgada seria um instituto imposto pela razão natural, decorrendo da própria essência do direito que dela dependeria para realisar a estabilidade social. Mas, como a certeza deve ceder, em determinadas circunstâncias, à verdade, seria de razão natural, antes, o prevailecimento desta. Por isso, sempre que uma nova evidência revelasse um fato novo, fundamental para o deslinde de determinada controvérsia, dever-se-ia retomar a atividade jurisdiccional já cumprida, para assegurar o império da justiça.¹

1. Cf. EDUARDO COURURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, trad. de RUBENS GOMES DE SOUSA, ed. Saraiva, 1946, pág. 330.

São razões de oportunidade — já advertia CHROVENDA — atinentes ao socialmente útil, que fazem com que se ponha t \acute{e} rmo final à indagação judiciária e se trate a sentença como lei para o caso concreto. “É importante jamais esquecer esta consideração simples: a verdade que recentíssimos estudos s \acute{o} bre direito antigo confirmam, revelada, por exemplo, nas origens do direito norueguês, em que era completamente ignorado o princípio da coisa julgada. A sentença era executória, mas sempre aberto o debate s \acute{o} bre a sua exatidão, com base em novas provas, ou sem elas. Só pouco a pouco, com a multiplicação das relações e o desenvolvimento do comércio, freia-se aquela liberdade de crítica, até condicioná-la a t \acute{e} rmos peremptórios. Começamos, pois, por nos libertarmos da idéia... de que a coisa julgada seja um instituto de razão natural, “comum a todos os povos.”² Observa COUTURE que o direito romano dela teve uma noção diversa da que temos, dado o caráter rigorosamente privado do seu processo. Mais que a conclusão do feito pela coisa julgada, interessava ao direito processual romano o seu início, pela *hiscontestatio*. O direito espanhol e o direito colonial americano não tinham da coisa julgada uma noção tão rigorosa como a atual. As Partidas admitiam a revogação, a todo tempo, da sentença proferida contra o patrimônio do Rei. No Espelho, a coisa julgada tem um caráter tão frágil que o feito pode ser renovado dentro de 20 anos, se foi decidido com base em falso testemunho ou em documentos falsos; “prazos de executoriedade das Leis das Índias contavam-se por meses e anos, e não por dias; o direito anglo-americano tem desta matéria uma noção inteiramente diversa da do direito continental europeu, de vez que naquele a sentença faz coisa julgada imediatamente depois de proferida, sem prejuízo da sua revisão posterior; no direito

penal a coisa julgada não existe no sentido de imutabilidade, ou seja como impedimento a que seja revisto um processo findo em face de um novo elemento fundamental de convicção; no contencioso administrativo o exercício normal dos recursos hierárquicos não obsta à revisão por via ordinária das decisões finais da Administração; tampouco existe coisa julgada na jurisdição voluntária; etc. A “coisa julgada é, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é de razão natural, mas sim de exigência prática.”³

2. O fundamento do instituto é, pois, eminentemente pragmático e nesse plano devem ser consideradas as construções doutrinárias com que se tem tentado justificar — ou, pelo menos, explicar — a sua adoção, neste ou naquele sistema jurídico. Já se disse mesmo que o “fundamento político social da coisa julgada pode ser qualquer pensamento dominante na época.”⁴

3. Interessado na realização do *direito objetivo*, o Estado chamou a si a tarefa de solucionar os conflitos de interesses que denunciavam resistência à disciplina pela qual se preestabelece a sua composição. Se a conduta das partes não se coaduna, originária e diretamente, com o modelo legal, a solução do conflito fica na dependência da atuação secundária e substitutiva do órgão jurisdicional, imediatamente voltada para a realização do *direito objetivo*, por cuja dimensão se dá a satisfação do *direito subjetivo* do litigante que tenha razão. A coisa julgada é resultado dessa operação pela qual o Estado, atreito às raízes do direito que incidiu e deve ser aplicado, qualifica uma relação jurídica

3. COUTURE, ob. cit., págs. 330-332.

4. ELIEZER ROSA, *Pequenos Apontamentos de Processo Civil*, in Revista de Direito Processual Civil, vol. I, pag. 62.

que, de *res deducta*, passa a ser *res indicata*. O ser essa interfeência, ou *única*, ou *plural*, é problema que não tem solução apriorística, dependendo de ter-se o Estado disposto a prestar, ou uma só vez, ou muitas vêzes, a jurisdição. Depende do que se tiver assentado, de *lege lata*, sem que se possa afastar o contrário, de *lege ferenda*.

Cada sistema jurídico diz, portanto, se nêle deve operar, ou não, a coisa julgada, na dupla função que a doutrina atribui a essa figura jurídica. As próprias razões que levam o Estado "A", ou o Estado "B", a adotá-la, podem variar, porque concernentes a variáveis concepções sócio-políticas. A preocupação do acerto, o fetichismo pela sentença sempre justa, assim como pode levar à multiplicação das vias de recurso, pode conduzir, também, à postergação da coisa julgada, pelo temor de revestir a sentença injusta com o manto da autoridade do Estado.

4. Resultando a coisa julgada de uma atitude do legislador que optou pela porta que lhe pareceu menos aguda do dilema — ou sentença injusta, ou insegurança extrínseca das relações jurídicas — tem ela, a par de uma explicação política, pressuposto jurídico. O "fundamento jurídico da coisa julgada há de ser um fundamento legal. Se não estiver na lei, não está neste mundo, não há coisa julgada".⁵

Em nosso direito, a regra de vedação de sentença sôbre sentença já dada é anterior às *Ordenações Afonsinas*, para a qual foi transposta.⁶ Na esteira da velha regra do direito romano, anterior às *Doze Tabuas* — *bis de eadem re ne sit actio* — a opção se fez e se manteve, não obstante a sua explicação doutrinária tenha variado, de autor para autor, de época para época.

5. ELIEZER ROSA, escrito cit., pág. 62.

6. Livro III, Título LXXXVIII. — *Portugalia Monumenta Historica* — *Leges et Consuetudines*, vol. I, pág. 146.

§ 2

NATUREZA JURÍDICA

Suntaria. 1. Colocação do problema da natureza jurídica da coisa julgada. 2. Direções principais da doutrina. 3. Relações entre direito e processo. 4. Função da sentença no processo civil. 5. Importância da determinação da natureza jurídica da coisa julgada. 6. Conceito de ação. 7. Jurisdição, ação e processo. 8. Composição e solução do conflito de interesses. 9. Escopo do processo. 10. Eliminação da incerteza. 11. Natureza processual da coisa julgada.

1. O problema da natureza da coisa julgada — é ainda COURTURE quem observa⁷ — não se relaciona à questão de caracterizar, ou não, uma presunção de verdade, uma ficção jurídica, uma verdade formal, etc., no plano, portanto, dos fundamentos de ordem social ou política que justificam a adoção do instituto. Para determinar-se a sua natureza, "o que se deve analisar é coisa muito diversa. Cumpre explicar, essencialmente se a coisa julgada é o próprio direito substantivo que existia antes do processo, transformado em indiscutível e suscetível de ser executado coativamente; ou se, pelo contrário, a coisa julgada é um outro direito, independente do anterior, nascido em função do processo e da sentença. Na primeira hipótese, a coisa julgada se explica pelas mesmas razões pelas quais se explica o direito substantivo, e participa da natureza deste. Na segunda, a coisa julgada é um novo direito, de essência distinta, que não existia antes do processo e que exige uma justificativa particular.⁸

Ja acentuara CHIOVENDA,⁹ que o tema da coisa julgada fôra considerado, communmente, como da esfera do direito ma-

7. COURTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil*, pág. 327.

8. Ob. e loc. cit.

9. CHIOVENDA, *Principii*, 3.^a ed., pág. 906, nota 1.

terial e por isso tratado, de preferência, pelos civilistas e pandectistas. A concepção publicística de que resultou o conceito do processo como relação jurídica e da ação como um direito autônomo, teria interferido nas idéias a respeito da coisa julgada, levando a doutrina a duas concepções distintas, oriundas da pesquisa quanto à natureza do vínculo dela resultante, para uns de direito material, para outros de direito processual. À base dessas cogitações estava a preocupação de saber se o julgado implica alteração nas relações jurídicas deduzidas no processo, conferindo-lhes uma feição nova ou, de outra forma, se atém a uma preceituação de índole exclusivamente processual. Em outros termos, se a coisa julgada altera, em sua essência mesma, a relação jurídica decidida, ou limita-se — quanto a essa relação — a uma qualificação processual, vinculativa para as partes e para os órgãos jurisdicionais.¹⁰

2. *Direções principais da doutrina*

2. Em verdade, essas as duas direções principais tomadas pela doutrina. Entendem alguns que a coisa julgada é fenômeno que reflete e afeta a própria esfera do direito material, construindo-se, ao sabor disso, a chamada teoria substancialista. Diversamente, entendem outros que o fato pertence ao plano estrito do processo, sustentando a chamada teoria processualista da coisa julgada. Ao que tudo indica, essa diversificação de idéias coincide, de certo modo, com a cisão conceitual entre direito e ação, originada das modernas teorias construídas ao sabor dos ensinamentos de BÜLOW, WACH, DEGENKOLB e PLÖRTZ, através da qual demonstrou-se a autonomia do direito de ação, em face do direito material que, através dela, é tutelado.

Se meditarmos, mais fundamentalmente, sobre as consequências que, no plano teórico, disso decorrem, iremos verificar que as duas doutrinas principais a respeito da natureza da coisa jul-

10. ENRICO ALLORIO, *La Cosa Giudicata Rispetto ai Terzi*, Milão, 1935, págs. 4 e 5.

gada se vinculam, de certa forma, a uma relação até hoje ineliminável, entre direito e processo. O próprio caráter instrumental deste, impõe esse relacionamento necessário entre o processual e o material, muito embora existam casos excepcionais de processos com conteúdo estritamente processual, de que constitui exemplo a homologação de sentença estrangeira.

3. *Relações entre o direito e o processo.*

3. Mas, mesmo aí a relação entre processo e direito não se elimina, porque expressa na própria sentença estrangeira sujeita à homologação. O tema é dos mais expressivos e levou CARNELUTTI a enunciar, em seu último livro, os resultados de suas meditações a propósito da problemática que nêle se encerra, examinada em função de sua conhecida postura, no plano da teoria geral do processo. Basta que se atente para a circunstância de constituir conteúdo do processo a própria relação controvertida que nêle se qualifica como *thema decidendum*, para que se perceba a íntima relação que há entre direito e processo, entre fenômenos regidos pelas normas de direito material, e os atos e fatos da causa, disciplinados pelo direito processual.

4. *Função da sentença no processo civil*

4. Essa relação tem ponto de encontro precisamente na sentença que, decidindo a controvérsia, põe termo final ao processo. Nada mais natural, portanto, que se discuta sobre a natureza da coisa julgada que dela resulta, a fim de saber-se se se trata de algo que imprime feição nova à relação deduzida no processo ou, contrariamente, algo que se atém apenas, aos limites do processual.

Em termos apenas de lógica jurídica, seria possível a afirmação de que, atuando em plano diverso daquele em que se situa o direito nêle deduzido, o processo não tem possibilidade de alterar a situação dos litigantes que apenas declara qual seja. Mas é inegável que a função atribuída ao processo, pelos sistemas jurídicos, implica, necessariamente, numa interferência qualquer no plano do direito material que disciplina a relação

processualmente deduzida. A separação absoluta entre direito e processo levaria ao paradoxo de se conceber um instrumento sem finalidade real ou efetiva, no plano da cogência própria da tutela jurisdicional que o Estado se reservou quando impedi a autotutela dos interesses pelos próprios interessados.

A sentença, num processo que assim se imaginasse, não teria valor diferente daquele que têm os pareceres de juriscônultos. Isso mostra que há *comando* estatal que faz obrigatória a sentença e que distingue esse ato de tutela jurisdicional dos atos que, embora também declaratórios de situações jurídicas, não dispõem de cogência que vincule os interessados às suas conclusões.

O que distingue a sentença do parecer é, precisamente, a circunstância de ser aquela obrigatória, passando a constituir veículo de normatividade das relações decididas, *in concreto*.

Voltada para o *postumo*, a sentença não vai além de u'a manifestação do Estado, a respeito daquele pedaço da realidade social a que alude CALAMANDREI e que, ocorrido antes do processo, para êle é transportado, passando a constituir objeto do juízo. O julgamento repristina-se, portanto, ao que ocorreu e, como tal, não pode ser modificado. A idéia de que as sentenças seriam apenas declaratórias, assenta nessa realidade. O próprio poder que se reconhece ao juiz, de constituir situações novas, através da sentença, que tem por base esse pressuposto, restrito ao elemento declarativo da sentença, é que autoriza o juiz a enunciar as conseqüências dêle decorrentes, tal como a própria composição da lide já antecipava. A constitutividade, ai, na sua essência, provém do *reconhecimento* — declaração, portanto — de que a ordem jurídica impunha a desconstituição daquilo que, por infração de suas regras, anômala e se constituiu e, por iniciativa dos interessados, não foi possível desconstituir-se. Nesses casos, o poder normativo do Estado atua, através do juiz, para realizar as conseqüências previstas pela ordem jurídica para determinada relação que se fêz litigiosa.

FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA 437.
Impulso de determinação de natureza jurídica da coisa julgada.

5. Tudo isso mostra a íntima relação que existe entre direito e processo; entre o processo e a relação nêle deduzida. Talvez fôsse possível assinalar-se, em face disso, para a coisa julgada, uma posição ambivalente, com conseqüências diretas, no plano processual, e conseqüências indiretas, no plano do direito material, como propõe Ugo Rocco.

Embora LIEBMAN critique a preocupação da doutrina alemã em determinar a ubicação dos efeitos da sentença,¹¹ já hoje não é possível desconhecer a importância que tem o assunto, para a elaboração sistemática da doutrina da coisa julgada, num quadro maior da teoria do processo. Importa, portanto, tomar posição em face do debate.

Conceito de ação

6. A tomada de posição, ante a divergência doutrinária a propósito da natureza da coisa julgada, exige uma definição prévia a respeito de noções sôbre as quais não é unívoco o entendimento dos autores e das quais decorrem as duas principais construções teóricas sôbre o tema. A primeira delas concerne ao próprio conceito de ação que a doutrina tradicional vinculava, como atributo, ao próprio direito subjetivo material e que a moderna ciência do processo demonstrou ser um direito autônomo, público-subjetivo, de suscitar a atividade específica do Estado para a consecução da tutela jurisdicional.

Não é este o momento de proceder ao reexame da larga elaboração doutrinária que assinala a evolução do pensamento jurídico de que resultou o prevalectimento dêste último conceito de ação. Importa apenas accentuar que a adoção de um ou outro entendimento irá refletir na colocação dos problemas subseqüentes, relativos à figura da coisa julgada que, para os partidários da ação como mera virtualidade ou atributo do direito subjetivo material, não transcende dos lindes dessa disciplina, mantendo-se adstrita ao plano dos interesses privados, enquanto

11. LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da Sentença*, págs. 38-39.

para os que a distinguem do direito subjetivo material, vindo na ação uma categoria própria do direito público, a coisa julgada seria um fenômeno pertencente a esse plano da normatividade jurídica, aí imediatamente ubicado à disciplina do direito processual.

Embora não se possa afirmar definitivo o conceito de ação como um direito público subjetivo à tutela jurisdicional do Estado, permanecendo o tema no foco da mediação dos estudos,¹² é ele o de maior voga entre os processualistas, permitindo que se ponha em destaque a sua autonomia, em face do direito material, e a elaboração de figuras e categorias próprias da disciplina que, em torno desse conceito fundamental, a doutrina do processo vem preconizando.

Jurisdição, ação e processo

7. A trílogia que domina a estrutura dos modernos sistemas instrumentais de segurança das relações jurídicas — jurisdição, ação e processo — permite um equacionamento harmonioso, lógico e coerente dos problemas que lhes são próprios, no plano do direito público em que se situa cada uma dessas categorias, todas elas conceitualmente desvinculadas dos lindes do direito privado que dominava os primitivos sistemas de autotutela, superados pela evolução que se verificou no sentido de assumir, primeiro o Próprio monarca — inconstrastável nas suas decisões porque informado pela ideia da origem divina do seu poder — depois as oligarquias governamentais e, afinal, o Estado democrático, o encargo da tutela jurisdicional. A absorção, pelo Estado, do poder de julgar levaria, naturalmente, à publicação da disciplina que lhe é própria e, pois, à desvinculação de seus conceitos fundamentais do plano do direito privado. A essa linha evolutiva, a ação passou a ser figura de direito público, ajustando-se ao conceito de jurisdição como expressão de soberania estatal. O processo, de seu lado, deixou de ser

categoria contratual, para assumir o *status* de relação jurídica de direito público. Mais do que isso, o objeto do processo passou a transcender do simples direito subjetivo, para fazer-se instrumento de realização do direito objetivo.¹³ O interesse público passa à frente do interesse privado, para assegurar o poder normativo das leis, na sua função de precompor os conflitos de interesses. Quando BETTI assinala que a função do processo — em face das pretensões opostas a ter razão que assinalam a contraposição dos litigantes na esfera civil — é permitir ao juiz dar razão a quem tem razão,¹⁴ está a sublinhar a proeminência do direito objetivo sobre o subjetivo e conferindo ao processo uma função mais compatível com a realidade dos fenômenos que caracterizam o mundo das relações jurídicas, na dimensão em que nos é dado, hoje, considerá-las e compreendê-las.

Composição e solução dos conflitos de interesses

8. Quando dizemos que o direito objetivo preestabelece a composição dos conflitos de interesse, aludimos, precisamente, ao poder normativo das leis que, acima dos interesses individuais, definem as conseqüências próprias dos fatos jurídicos. A incidência da norma, abstratamente estabelecida, traça o destino dos fatos, no plano jurídico, a ele condicionando o comportamento dos figurantes na relação assim engendrada. Se não há resistência a tal condicionamento, a composição do conflito foi bastante para que as partes se sujeitassem à disciplina das suas conseqüências. Se a resistência ocorre e as conseqüências próprias de composição do conflito não se realizam — fora e antes do processo — disso resulta, para o lesado, a pretensão à tutela jurisdicional, mediante o exercício do direito de ação, de que depende o estabelecimento da relação jurídica

12. Cf. LUIZ EURÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Existe o Direito de Ação?*, in Revista de Direito Processual Civil, 5.º vol., págs. 7-12.

13. Cf. LUIZ EURÁLIO DE BUENO VIDIGAL, *Escopo do Processo Civil*, in Revista de Direito Processual Civil, vol. 1.º, págs. 10-17.

14. ENRICO BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, II ed., pág. 5.

processual, de seu lado indispensável para que o Estado, através de órgão seu, assegure, secundária e substitutivamente, as consequências próprias da composição pré-processual do conflito de interesses, solucionando-o pela sentença. Por isso se diz que a jurisdição é conteúdo do processo que com a sentença se exaure.

A atividade jurisdicional, no sentido da solução da lide que, como figura do processo, se define pela contraposição virtual ou efetiva, dos pedidos das partes que o juiz é chamado a decidir, concerne, pois, à realização imediata do direito objetivo, para que, mediatamente, se realize o interesse do litigante que tem razão. A finalidade primordial do processo está, pois, na realização do interesse público de que se efetive o comando normativo das leis, através da qual se realiza, por via de consequência, o interesse privado do litigante.

Essepo do processo.

9. Figura de direito público, o processo serve, portanto, instrumentalmente, à realização do direito objetivo e os efeitos que dele decorrem são, precipuamente, efeitos de direito público processual que, entretanto, se relacionam à lide e, pois, à relação jurídica que, objetivamente, a integra. A declaração da sentença sobre a composição da lide realizada pelo direito objetivo, tendo por pressuposto os fatos que, na medida de sua transposição para o processo, entram na limitação objetiva do *thema decidendum*, constitui *juízo sobre a relação controversida* que só processualmente tem eficácia, mantendo-se, assim, no plano do direito público. Como tal, sempre no plano do processo em que deixou de existir controvérsia, vincula as partes e os órgãos jurisdicionais. Só aí a certeza produzida pela sentença é essencial, sendo despicendo, quanto a ela, o convencimento das partes sobre o acerto ou eventual desacerto da decisão.

Mesmo quando se entenda que o objeto do processo é, tão-somente, a realização do direito subjetivo dos litigantes, o juízo

continuará sendo ato estatal, de direito público, sem a finalidade de alterar a relação de direito privado sobre a qual versa, destinado, apenas, a eliminar a *incerteza* estabelecida pela controvérsia, dado este também *exterior* à relação jurídica sobre que incide.

eliminação de incerteza.

10. O que a sentença elimina é, precisamente, a incerteza quanto às consequências decorrentes da composição do conflito de interesses — já precomposto pelo direito objetivo que também não altera a relação jurídica, em si mesma. A visão coincidente das partes quanto às consequências próprias da composição do conflito é que gera a incerteza que a sentença elimina. Se a *solução* é também coincidente com a *composição* — caso em que se qualifica de injusta a sentença — isso não altera a relação jurídica que permanece a mesma, pois a sentença, embora errônea, elimina, para o futuro, tão-somente a controvérsia e a incerteza que dela decorre.

Natureza processual de certo juízo.

11. Dizer-se que, nessas hipóteses, ocorrerá uma *dúplice* disciplina, a própria da relação jurídica e a com ela contrastante, estabelecida pela sentença, será desconhecer os planos e funções diversos que a lei reserva a esses fatos jurídicos, dos quais decorrem, sempre, até mesmo nos casos de sentença justa, igual duplidade, porém, em planos diferentes e para diferentes efeitos. Claro que a coincidência entre a composição do conflito pelo direito objetivo e a qualificação jurídica estabelecida na sentença constitui o ideal de justiça que os sistemas jurídicos intencionalmente alcançam, mediante as vias de recurso que têm por função precipua eliminar as incoincidências entre o direito que incidiu e o que foi aplicado pelo juiz. Mas, coincidente ou incoincidente com a fórmula da lei, a sentença é, sempre, a *enunciação* de um juízo sobre fatos pretéritos, insuscetível de alterações a configuração própria e de obstar — salvo no plano dos chamados direitos indisponíveis — que as consequências próprias

da composição do conflito de interesses por êles engendrado se realizem, no plano extraprocessual. O que ela impede é que, no plano processual, essas conseqüências sejam outras que não as próprias do julgado e com êle coincidentes.

Circunscreve-se, assim, o campo da eficácia própria da sentença que é, sempre, o processual, enquanto ela se atém à sua função específica de eliminação da incerteza jurídica decorrente da controvérsia dos litigantes.

Se, às vezes, a lei atribui aos atos processuais os chamados efeitos materiais, no plano do direito privado, isso mostra que tais efeitos não são próprios do ato processual. Às vezes a lei também atribui a atos de direito privado efeitos secundários de direito público. Atente-se, *verbi gratia*, para o efeito atributivo de nacionalidade que alguns sistemas jurídicos fazem resultar do casamento.

A coisa julgada é, pois, um fenômeno de natureza processual, com eficácia restrita, portanto, no plano processual, sem elementos de natureza material na sua configuração, teleologicamente destinada à eliminação da incerteza subjetiva que a pretensão resistida opera na relação jurídica sobre que versa o conflito de interesses. Como dado pré-processual de caráter subjetivo, essa incerteza não afeta a essência da relação jurídica controversida, de caráter objetivo. A ela, simplesmente, se relaciona, porque nela está o *objeto do juízo das partes*. Assim também a coisa julgada que apenas se relaciona à *res in iudicium deducta* por constituir esta o *objeto do juízo estatal*.

Capítulo II

Conceito de Coisa Julgada e seus Pressupostos

PARÁGRAFO ÚNICO

Sumário. 1. Conceito de coisa julgada. 2. Objeções à teoria de LIEBMAN. 3. Opinião de MARIO VELLANI. 4. Objeção de PONTES DE MIRANDA à teoria de LIEBMAN. 5. Efeitos da sentença sujeita a recurso. 6. Compatibilidade da teoria de LIEBMAN com a de HELLWIG. 7. Conceito de jurisdição. 8. Atividade própria do juiz, no processo de conhecimento e no processo de execução. 9. A sentença condenatória como título executivo e, pois, pressuposto da execução. 10. A sentença constitutiva e a atividade jurisdicional. 11. Executividade das sentenças constitutivas. 12. Complexidade objetiva e atividade jurisdicional duplice das sentenças constitutivas. 13. A sentença objetivamente complexa de CALAMANDREI. 14. A sentença constitutiva como conseqüência de *círculo processual objetivo* e coisa julgada restrita ao elemento declaratório.

1. Coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, dando termo final à controvérsia, faz inatável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial. Tal conceito, restrito à *declaração* jurisdicional, decorre: a) de motivos que tornam inaceitável a fórmula de LIEBMAN; b) de conceitos doutrinários que corroboram a posição restrita de HELLWIG.

Quanto àquele motivos, em monografia que resume algumas reflexões sobre a mais recente doutrina em matéria de coisa julgada, visando, especialmente, à natureza do instituto,

MARIO VELLANI faz um retrospecto das opiniões de ALLORIO e SARTÀ, passando, em seguida, a uma exposição e crítica de outras doutrinas, em que examina as opiniões de LIEBMAN, CARNELUTTI, REDENTI, SEGNI e FAZZALARI e no curso da qual, reiteradamente, observa que a autoridade da coisa julgada deve restringir-se ao conteúdo *declaratório* da sentença, do qual são elementos consequenciais o *constitutivo* e o *condenatório*,¹ analisando mesmo que o intérprete não tem necessidade de forçar a letra do art. 2.909 do Código Civil, estendendo diretamente a autoridade da coisa julgada ao elemento constitutivo e de condenação?

Objecções à tese de Liebman

2. No que se refere à tese de LIEBMAN — de que a autoridade da coisa julgada não consiste “nella *imperatività* della sentenza, che è la sua efficacia naturale e costante, independentemente dalla sua definitività e propria della pronuncia giudiziale nella sua qualità di atto emanato dalla autorità dello Stato, sebene esposto ad essere riformato, mutato o contraddetto de un altro atto della medesima autorità...”² VELLANI não a aceita, frisando, desde logo, que se a sentença “fosse veramente imperativa anche prima del momento in cui acquista autorità di cosa giudicata, dovrebbe spiegare una efficacia vincolante sostanzialmente identica sia prima che dopo questo momento. Posteriormente, l'efficacia vincolante acquisterebbe solo la qualità di immutabilità. Ma non mi sembra che sia questa la soluzione adottata dal nostro legislatore”, uma vez que, segundo a regra do art. 337 do Código de Processo Civil italiano, quando a autoridade de uma sentença é invocada em processo diverso, este pode ser suspenso se a sentença é impugnada. Nessas condições, antes de passar em julgado, a sentença só pode acarretar a suspensão do processo em que é invocada. O ser fa-

cultativa a regra não significa que, como assevera SARTÀ,⁴ o juiz deva ter a sentença como base de sua decisão, não lhe sendo possível ignorá-la ou desconhecê-la. Ao contrário, significa, apenas, que o juiz tem o poder de avaliar a influência efetiva que a sentença invocada possa ter sobre a questão proposta ao seu exame e, uma vez verificada essa influência, o processo deva ser suspenso.⁵

Opinião de Mario Vellani

3. Para VELLANI, antes de passar formalmente em julgado, a sentença apenas produz os efeitos taxativamente previstos pelo legislador. Depois de passar formalmente em julgado e de adquirir a autoridade de coisa julgada, na conformidade do art. 2.909 do Código Civil, passa a ter efeitos novos. Diversos daqueles até então verificados e são estes efeitos que estão vinculados à imperatividade da declaração. Isso comprova que a autoridade da coisa julgada não acrescenta uma ulterior qualidade à eficácia da sentença e, pois, não é possível aderir-se à tese de LIEBMAN, segundo a qual a sentença teria “sempre e in modo uniforme un'efficacia vincolante: (che) è la sua efficacia naturale, e che “l'autorità della cosa giudicata” sia “invece quel più alto grado di immutabilità che va a rafforzare l'efficacia della sentenza che ha deciso sull'azione o sul merito”⁶

Critica VELLANI, depois, a opinião de FAZZALARI, segundo a qual “neppure la sentenza c. d. di accertamento consiste in un accertamento; essa è invece, un ordine di contenuto omologo rispetto all'ordine sostanziale transgredito.”⁷

Essa tese não se coaduna com a formulação do art. 2.909 do Código Civil, que alude, claramente, à declaração contida na sentença passada em julgado que “fa statto o ogni effetto”,

1. *Appunti Sulla Natura Della Cosa Giudicata*, Milão, 1958, pág. 51.

2. *Ob. cit.*, pág. 52.

3. *Efficacia ed Autorità Della Sentenza*, n. 14, pág. 37; *Corso cit.*, n. 152 e segs., pág. 235 e segs.

4. *Direito Processual Civil*, cit., n. 249, pág. 333.

5. *Ob. cit.*, págs. 53-54.

6. *Ob. cit.*, pág. 68.

7. *Ob. cit.*, pág. 77.

impedindo o intérprete de sustentar, como faz FAZZALARI, "che la cosa giudicata non cade mai sull'accertamento, giacché il provvedimento giurisdizionale di merito consiste in un accertamento."⁸ Reitera, em seguida, que no sistema italiano, nas sentenças constitutivas e condenatórias, a declaração que preside a formulação do elemento constitutivo ou do elemento condenatório, tem a relevância jurídica que lhe é atribuída pelo art. 2.909 do Código Civil.⁹

Объекты де реворт де Миранда э реворт де Либерман

4. A imutabilidade dos efeitos, como consequência do trânsito em julgado, harmoniza-se com a concepção de HELLWIG. De outro lado, persuade a objeção de PONTES DE MIRANDA a LIEBMAN. O que se há de entender por eficácia da coisa julgada material, diz êle, "é a eficácia que o elemento declarativo da sentença produz, chamada força (se prepondera) ou efeito (se se junta à força específica da sentença). *Consiste em vincular as partes à declaração.* Tal o conceito científico, claríssimo em K. HELLWIG (*Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1 s.; *System*, I, 764). A distinção, com os nomes adequados (força, efeito), tem de ser feita sempre que se quer classificar ações ou sentenças e já se aprendeu que não as há puras, isto é, de um só elemento. É concebível a eficácia da declaração sem a eficácia da coisa julgada material? Tentou prová-lo E. T. LIEBMAN (*Efficacia ed Autorità*, 13 s.; *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, *Rivista*, 13, 2a parte, 398; *Efficacia e Autoridade*, 141, s.). A prova teria de consistir em se apontar força ou efeito declarativo que não fosse a força ou efeito de coisa julgada. Diz LIEBMAN (*Efficacia e Autoridade*, 148): a sentença pode ser eficaz antes de ter passado em julgado. Que provaria isso? Provaria que o legislador pode deslocar, no tempo, a eficácia, adiantá-la, como faz, nos arts. 882, n. II, 883, com o efeito executivo e, no art.

8. Ob. cit., págs. 77.
9. Ob. cit., págs. 79-80.

298, com a força executiva. (Lerem-se os arts. 882, n. II, e 883, como referentes à eficácia da sentença em geral seria de graves consequências; ali só se cogita do efeito executivo das sentenças). Não valem argumentos *de lege ferenda*. A verdade está em que a coisa julgada formal é essencial à coisa julgada material; apenas é possível que o legislador desloque, no tempo, o comêço dessa, com a resolução *ex tunc*, se a sentença fôr reformada. O mesmo acontece se lhe apraz antecipar a força ou o efeito executivo, ou o mandamental, ou o constitutivo, ou qualquer outro. Esse problema *prático* nada tem com o problema teórico da formação da coisa julgada material.¹⁰

Еффекты де сентенце соужита э рекурсе.

5. Ademais, os casos em que há efeito sem que haja coisa julgada não concernem à sentença, propriamente dita, como ato processual que define a *jurisdição exercida* e a consequente entrega da prestação jurisdicional. A sentença sujeita a recurso, embora resolução autônoma, segundo o magistério de CHIOVENDA, é carante de valor atual, mera *situação jurídica*, simples elemento que, somado à preclusão, pode tornar-se sentença. À base dessa concepção está a doutrina do *duplo exame e um só juízo*.¹¹ O problema levou CARNELUTTI a sustentar a existência de duas fases da coisa julgada, caracterizada a primeira pela *imperialidade* e a segunda pela *imutabilidade*,¹² distinção que LIEBMAN aceita.¹³ Entretanto, a construção de CHIOVENDA demonstra que, na pendência de recurso, a sentença não existe, como declaração, mas é *elemento de uma possível declaração*. A figura da oblação, de PONTES DE MIRANDA, dá ênfase à doutrina da *situação jurídica* elaborada por CHIOVENDA.

10. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.^a ed., vol. II, págs. 378-379.
11. COOTURE, *Fundamentos do Direito Processual Civil* — Trad. RUBENS GOMES DE SOUSA, págs. 277.
12. *Sistema*, vol. I, n. 104, págs. 303 e segs.
13. *Efficacia e Autoridade*, págs. 35.

Essa *situação jurídica* é que pode ser desconstituída, com o provimento do recurso cuja pendência, ademais, revela extensão da relação jurídica processual, incompatível com a idéia de uma *imperatividade* anterior, que não pode ser plena, a meio curso do processo. A este respeito, assinala PONTES DE MIRANDA: "Tanto lógica quanto historicamente, a sentença recorível é sentença a que se *cortou* algo da sua imperatividade e da sua imutabilidade. As sentenças dos primeiros tempos eram imperativas e firmes, em todos os casos, *sem impugnação em ação contra a sentença e sem recarame em recurso*. A superior instância, como a reapreciação no mesmo grau (embargos, ação de nulidade, ação rescisória), foram *plus*, como se o Estado cedesse da imperatividade da sua prestação jurisdicional, que passou, assim, em muitos casos, a ser situação jurídica *mutávela* (adaptação do Estado a princípios de justiça, superiores a ele, a favor dos indivíduos)." — "Quando o Estado também se submeteu à justiça, a ponto de se deixar julgar por seus juizes (separação entre o *órgão* do Estado e o Estado), foi possível ter-se a sentença recorível como situação jurídica *incompleta*."¹⁴

A imperatividade plena é coincidente com a imutabilidade e resulta da coisa julgada como efeito da sentença, na sua acepção própria de ato processual de entrega da prestação jurisdicional. Os efeitos que, na pendência do recurso, a sentença produz, são próprios da *situação jurídica* por ela criada que impede o juiz de revê-la, salvo retratação recursal possível e impõe às partes o ônus da impugnação mediante recurso cabível, se com ela não se conformam. Os outros efeitos, eventualmente admitidos pela lei, são meras *antecipações*, insuscetíveis de conferir à sentença imperatividade suficiente para demonstrar a viabilidade de efeitos declaratórios antes do trânsito em julgado.

14. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.^a ed., vol. V, pág. 24. Cf., também, *Sistemática do Livro VII*, pág. 454.

Comparabilidade da teoria de Lieberman com a de Helwig.

6. A construção de LIEBMAN não afasta, portanto, a conceituação da coisa julgada referida ao conteúdo declaratório da sentença, segundo a teoria de HELWIG, "por onde se encaminha toda a doutrina, salvo ligeiras divergências nas aplicações particulares", como reconhece LIEBMAN.¹⁵ É verdade que o eminentemente peninsular insiste em que possa haver eficácia de declaração antes da coisa julgada, mormente quando aquela "não sofre os limites de tempo e de extensão subjetiva próprios" desta última.¹⁶ Argumenta, porém — aceitando ressalva de CRISTOFOLINI — com o direito positivo italiano, estendendo à declaração, mediante critério analógico, os efeitos executórios antecipados previstos no Código de Processo Civil,¹⁷ e pergunta: "Por que então, afinal, uma sentença adequada à execução não o deveria ser para declarar ou modificar uma relação jurídica?"¹⁸ Em seguida, remata: "Assim, entre a opinião mais severa dos que negam todo o efeito de declaração à sentença, até que tenha passado em julgado, e a outra, excessivamente ampla, que admite a coisa julgada também na sentença ainda recorível, o direito positivo dá sólida base à opinião intermediária, que reconhece à sentença não mais sujeita aos recursos ordinários sua normal eficácia natural, que vincula também o juiz de novo processo, mas pode ser eventualmente combatida com a demonstração da injustiça da sentença (excluída sempre a hipótese de litispendência). Os inconvenientes práticos da solução aqui apontada são, incomparavelmente, menos graves que os das outras alternativas possíveis."¹⁹

A objeção de PONTES DE MIRANDA, entretanto, é mais funda e concerne à própria inviabilidade da antecipação dos efeitos da declaração. Até que se demonstre um caso de efi-

15. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, pág. 20.

16. Ob. cit., págs. 144-148.

17. Ob. cit., pág. 149.

18. Ob. cit., pág. 150.

19. Ob. cit., pág. 150.

cácia da declaração *antes* do trânsito em julgado da sentença, o reparo subsiste e abona a concepção de HELLWIG.

7. Conselho de Jurisdição

A posição de HELLWIG, ao contrário, encontra apoio seguro em noções que nos parecem assentadas pela moderna ciência do processo. A primeira delas concerne ao conceito de jurisdição. Segundo a fórmula *iurisdictio in sola notione consistit*, introduzida na doutrina do direito comum e repelida pelos juristas lusitanos,²⁰ o *ius dicere* "foi, apenas, no nascedouro, imposição a comprometerem-se em árbitros as partes, sem a estatualização da função de julgar, e é exatamente a *cognitio stricto sensu* e o executar foram privados, antes de serem estes. O conceito de *notio* é obscuro (M. WILSSAK, *Cognitio, Realenzyklopädie*) e ao direito comum falou seguir o fio histórico da justiça estatal. Os juristas alemães do século XIX forraram-se à ertonia de negar jurisdição ao juiz executor. Na Europa, é freqüente citar-se, a respeito, A. VON BETHMANN-HOLLWEG (1864), a G. W. WETZEL e a W. KAEMPFER (*Der Begriff der iurisdictio*, 1876, 4 s.); mas, antes deles, o nosso MELLO FREIRE (*Institutiones*, I, 34), após referir-se à disputa dos juristas em torno da L. 3, D., *de iurisdictione*, 2, 1, informava que, entre nós (*apud nos*), nenhuma diferença se fez e, só exceptuados os árbitros (*si arbitros exscriptimus*), todos os juizes têm *iurisdictio*. A 1.ª edição das *Institutiones* saiu em 1815, o que importa pouco, uma vez que sempre assim se entendeu no direito português. Quando alguns juristas aludiam a distinções, apenas comentavam os textos romanos. Hoje, podemos analisar as pretensões e apontar na própria execução de sentença simples preponderância do elemento executivo, *efeito* de cognição completa que ficou atrás, sem se negar, portanto, certo elemento, ínfimo embora, de cognição na própria

20. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1.ª ed., vol. VI, págs. 13, 22 e 26.

ação executiva de sentença. A atitude dos juristas lusitanos que repeliram o *iurisdictio in sola notione consistit*, no qual *notio* tinha sentido estritíssimo, que foi, depois, a dos três juristas germânicos acima citados, corresponde à da ciência de hoje (A. WACH, *Handbuch*, 314, 321 s.; R. SCHMIDT, *Lehrbuch*, 2.ª ed., 201. s.; R. POLLAK, *System*, 857).²¹

Desde que se admitiu jurisdição, tanto no processo de conhecimento, como no processo de execução, dois são os momentos em que ela ocorre: o da cognição e o da realização prática do comando insito na decisão.

Atribuição própria do juiz, no processo de conhecimento e no processo de execução.

8. Como ensina CALAMANDREI, a cognição destina-se a retirar da norma abstrata da lei um preceito concreto, individualizado. Isso implica uma atividade de interpretação destinada a eliminar uma situação de incerteza, quanto às consequências jurídicas decorrentes de uma determinada espécie fática, quando dois ou mais interessados estejam em conflito, cada qual deles procurando interpretar o direito de modo a obter consequências favoráveis ao seu interesse individual. Aqui começa, diz CALAMANDREI, em face dessa dissensão, a função do juiz que se exprime, antes de tudo, no primeiro momento de sua atuação, denominado de cognição ou juízo, no declarar qual seja o direito controvertido. Essa declaração jurisdicional do direito tem, entretanto, um escopo eminentemente prático, transcendendo no plano da especulação científica para situar-se no terreno da preceituação individualizada que reflete, em concreto, a preceituação abstrata da norma, em face de uma relação de direito.

Nesse primeiro momento da jurisdição o juiz tem em conta a lei e os fatos com os quais ela se relaciona, não só como objeto de seu conhecimento mas, também, como regra da sua atuação. Observador imparcial da conduta alheia, êle se

21. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., tomo XIII, págs. 26-27.

encontra fora e acima da relação a decidir-se que considera como tema da indagação e estudo, reconstruindo, à semelhança do historiador, de que modo e em que circunstâncias se desenvolveu a actividade dos interessados e de que modo deveria ter-se desenvolvido, para ser conforme à lei.

“Si compie così quella tipica operazione del giuridicante che si chiama *l'applicazione della legge*, da tenersi ben distinta, per precisione di linguaggio tecnico, dalla *esecuzione* o *osservanza della legge*. La legge, ossia la concreta volontà che da essa si individua quando i fatti della realtà corrispondono alla sua ipotesi, può essere *eseguita* ovvero osservata soltanto da colui al quale il precetto si indirizza, cioè, come si dice, dal destinatario del precetto giuridico: *eseguire* ossia *osservare la legge* significa tenere quel comportamento pratico che corrisponde in concreto al comando della legge. *Applicare la legge* significa invece trovare qual è la norma giuridica che meglio si adatta e sta a contatto colle circostanze del caso concreto, ed accettarne di conseguenza qual è il comportamento che altri avrebbe dovuto tenere in concreto, in esecuzione di quella norma.”²²

Ao realizar a aplicação da lei ao fato, o juiz define o comando concreto que regula o caso controvertido. Exauridos os meios que o processo põe à disposição dos litigantes, para garantir que a decisão seja exata, adquire ela a autoridade de coisa julgada, tornando-se legalmente indiscutível. Encerra-se, aí, o primeiro momento da actividade jurisdiccional, no plano do processo de cognição. Resolvido o problema da certeza do direito, continua em aberto o problema da sua realização prática que, ou se dá voluntariamente, pela submissão do obrigado ao comando emergente da decisão, ou pode ser obtida, coercitivamente, através da execução forçada.

Desvinculada de seu sentido etimológico e sobrepujada a ideia de que *irrisudictio in sola notione consistit*, a jurisdição

22. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 2.^a ed., 1.^a Parte, págs. 55-56.

passa a compreender, também, a actividade do magistrado, no plano dessa realização prática. Como accentua CALAMANDREI, “la funzione giurisdizionale comprende dunque, nel sistema della legalità, non solo l'attività che lo Stato esplica per applicare la norma generale ed astratta già esistente al caso concreto e per mettere in chiaro il comando individuato che ne scaturisce, ma anche l'attività ulteriore che lo Stato esplica per far sì che questo concreto comando sia praticamente osservato (in sé stesso, o nel precetto sanzionatorio che prende il suo posto), anche occorrendo coll'impiego della forza fisica volta a modificare il mondo esterno e a farlo corrispondere alla volontà della legge.”²³

Isso não embarga a noção unitária da jurisdição, correspondentemente ao escopo do processo, seja enquanto visa a realizar *imediatamente* o direito objetivo e *mediatamente* o interesse do litigante, seja enquanto tende a fazer efetivo o comando insito na decisão.²⁴ A essa coisa da actividade jurisdiccional correspondem os dois processos, de *conhecimento* e de *execução*, tendente aquêle a declarar, constituir ou condenar, e o último a realizar, praticamente, o comando específico das decisões condenatórias.

A circunstância de apenas a sentença condenatória ser título para o processo de execução, revela que só nesses casos há separação completa entre *conhecer* e *executar*, sem que isso implique no reconhecimento de que, na hipótese de *constituição*, deixe de haver lugar para a actividade consequencial de execução.

A sentença condenatória como título executivo, por pressuposto da execução.

9. A sentença condenatória aparece, portanto, como pressuposto da ação executória que se dá, eventualmente, *ex inter-vallo*. Isso implica o reconhecimento de que a coisa julgada é

23. Ob. cit., pág. 58.

24. CALAMANDREI, ob. cit., § 21.

pressuposto da execução, aperfeiçoando-se, portanto, antes dessa. O fato de se propiciar ao vencido ensejo para o cumprimento do julgado, somado à circunstância de que a realidade ulterior dos órgãos jurisdicionais — se o cumprimento não se der voluntariamente — explica a relação de sucessividade entre o processo de conhecimento e o processo executório, quando a tutela é de natureza condenatória. Por essa razão é que temos assinalado o caráter entimênico dessa relação entre *conhecet e executat*. A atividade de conhecimento é antecedente lógico-jurídico da atividade executória. Daí, igualmente, a noção de autonomia do processo de execução que a Glosa, de certa forma, permitiu se acentuasse com o princípio *non est incoandum ab executione*.

Note-se que a executividade é efeito da sentença trânsita em julgado, embora possa antecipar-se, em razão de conveniências. Práticas, provisoriamente. Isso mostra a coisa julgada como um *princ* lógico-jurídico da execução e, consequentemente, a impossibilidade de atribuir-se aos elementos de *constituição e condenação* das sentenças, o atributo de coisa julgada, desde que, ambos os dois, guardam relação entimênica com a sentença que os produz. A essa linha de raciocínio não se pode negar razão ao magistério de HELLWIG quando restringe a coisa julgada ao elemento de *declaração* das sentenças.

A especificação referente às *sentenças constitutivas*,²⁵ deu à doutrina a noção de que, como ato de entrega da prestação jurisdicional, não se restringem elas ao âmbito da declaração de direitos preexistentes, mas podem modificar as relações ou situações a que se referiam, para constituir relações ou situações novas, inclusive mediante a desconstituição das existentes. O exame das sentenças declaratorias injustas trouxe exemplo de

constitutividade, no plano da patologia jurisdicional. Sem embargo disso, serviu a maior aprofundamento do tema. E o que disso resulta é que estava certa a velha doutrina, quando dizia que as sentenças apenas declaram — não criam — direitos, porque o conceito de jurisdição ainda era o de *invisdictio in sola notione consistit*. Se o conceito moderno de jurisdição, como pondera LIEBMAN, “abrange necessariamente também a execução como atividade não simplesmente complementar da cognição e sim como parificada com esta em importância prática e interesse científico”,²⁶ ampliando o campo da atividade própria do juiz, isso permite que se veja nas sentenças mais do que a declaração, sempre que a tutela jurisdicional imponha que se passe à frente do simples declarar, no sentido da realização, desde logo, das *consequências* necessárias da declaração, não obstante impliquem nã a modificação da relação ou situação anterior.

Quando a Glosa impõe, para a execução, que antes se intente a ação — *primo intentanda est actio* — e BAROLO adverte que não se pode começar pela execução — *non est incoandum ab executione* — tôda a elaboração é no sentido de eliminar-se o contraste entre a concepção executória romana, através da *actio iudicati*, e a concepção germânica que permitia, antes da cognição, a prática de atos executivos.²⁷ O encontro dessas duas concepções, ambas exorbitantes — a primeira para o lado da ação e a segunda para o lado da execução — levou a uma posição intermediária, quando se restringiu a *actio iudicati* aos casos de liquidação da condenação ilíquida, de juro posteriores à sentença e semelhantes, e se estabeleceram a execução *per officium iudicis*, atribuindo-se à sentença condenatória, como assinala LIEBMAN, uma “eficácia nova, desconhecida em épocas anteriores, como é a de ser por si só suficiente para permitir a

25. KONRAD HELLWIG, *Wesen und Subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, 1967, *Neudruck der Ausgabe Leipzig*, 1901, I Kapitel, § 1, *Konstituente und Feststellungs-Urteile*.

26. LIEBMAN, *Processo de Execução*, pág. 17.

27. Ob. cit., págs. 25-28.

execução, sem necessidade de nova ação e novo contraditório: *sententia habet paratam executionem*”²⁸

A elevação da sentença condenatória à condição de título executório e a afirmação do princípio de que, em regra, só ela pode constituir pressuposto da execução, iria acentuar a diferença entre *declarar* e *condenar*, levando a doutrina a reconhecer que, na condenação, além da declaração, há a imposição da *sanção* que surge, então, como consequência do que se declarou, já no plano, portanto, da realização prática dos efeitos pré-ordenados pela lei. “Dêsse modo, a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente — e nisto ela não difere de tôdas as outras sentenças (função declaratória); em segundo lugar faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes da ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado — e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças (função sancionadora). Este segundo elemento, a formulação expressa ou implícita da regra sancionadora concreta, é propriamente a novidade produzida pela sentença condenatória. Novidade necessária, porque é ela que torna possível a atividade dos órgãos judiciários para satisfazer coativamente o direito do credor.”²⁹

Todayria, porque a simples imposição de sanção não basta para que se realizem os efeitos práticos objetivados pelo litigante em favor do qual se proferiu a condenação, e porque êsses efeitos ainda podem ser alcançados sem o concurso da atividade coercitiva do Estado, reserva-se o processo de execução apenas para os casos em que o vencido não se disponha, voluntariamente, a cumprir o julgado. Isso separa, nitidamente, a atividade jurisdicional de cognição da atividade jurisdicional executória. Entretanto, como ambas exprimem o exercício da

jurisdição, nada impede que se aproximem, quando não seja necessário ou conveniente que se realizem *ex intervallo*.

A sentença constitutiva e a atividade jurisdicional

10. A sentença *constitutiva* efetua essa aproximação, eliminando a dualidade processual ação-execução, porque os efeitos jurídicos pretendidos, no caso de acolhimento da ação, podem ser, desde logo, realizados.

PONTES DE MIRANDA acentua que a “constitutividade muda em algum ponto, por mínimo que seja, o mundo jurídico”, enquanto a declaração só o altera, anômala, “pela condição humana de falibilidade”. Depois, acrescenta: “Na declaração, supõe-se que se declarou *com justiça*, e tal suposição foi adotada pelo legislador para a aplicação da lei, a despeito da humana falibilidade. Na constituição, também se interpreta e aplica a lei, e também se pode errar; mas, em tal caso, o erro é no plano declarativo e não no constitutivo, que vem, logicamente, após aquêle e nele está, *ex hypothesi*, o *decisum*, tendo sido a declaração (1) simples motivo, ou (2) questão prejudicial, ou (3) elemento relevante do *decisum*. No último caso (3), há efeito de coisa julgada material; e, no segundo, *pode haver* tal efeito. São separáveis, nas sentenças constitutivas, a força constitutiva e o efeito de coisa julgada material.”³⁰

30. *Comentários ao Código de Processo Civil — Sistemática dos Livros I a III*, 1.ª ed., vol. II, págs. 463-464. Reconhece MIGUEL REALE “que há doses de declaratividade, de constitutividade ou executividade, etc., em toda sentença, mas — acrescenta — tal fato não nos autoriza a falar em “peso da sentença” como faz PONTES DE MIRANDA, fiel ao seu pressuposto naturalístico da excelência das explicações quantitativas (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1947, vol. I, pág. 105 e segs.). A prevalência de um, entre o conjunto de fatores, não vale apenas como índice de referência quantitativa, mas denuncia algo de essencial, de peculiar e próprio à classe que se distingue e se discrimina. Não se trata, pois, de mera questão aritmética de mais ou de menos intensidade, mas de diferença *essencial*, de sentido ou significação, sem a qual a pretensão de rigorismo matemático, o que se acaba por fazer é tornar mais imprecisos os campos, já por si relativos, das discriminações pertinentes às formas da conduta humana” (*Autonomia da Ação Declaratória*, in *Nas Quadrantes do Direito Positivo*, 1.ª ed., pág. 442, nota 9).

28. Ob. cit., pág. 29.

29. LIBERMAN, ob. cit., págs. 39-40.

O fato acentuado de ser o erro no plano declaratório e não no constitutivo, logicamente posterior àquele; a circunstância de, na declaração, estar o *decisum*; a própria separatividade do efeito de coisa julgada e da força constitutiva, mostram a constitutividade como efeito da coisa julgada que a declaração produz. O Prof. TORQUATO CASTRO, enfrentando a distinção entre as ações declaratórias e as constitutivas, a respeito destas escreve: "A separação dessa figura particular de ações constitutivas, dentre o acervo geral das ações não tendentes à execução forçada, fôra acenada por ADOLF WACH e posteriormente analisada por grande número de juristas alemães, sobretudo HELLWIG. A doutrina italiana apoderou-se facilmente desse conceito, que é dominante não obstante as críticas agudas de ROCCO e de MORRARA. Já acentuamos que a diferença entre esse e os demais tipos de ação, não é uma diferença essencial, como aliás, não existe uma diferença de substância na função do juiz, em qualquer figura de sentença, seja declaratória, condenatória ou constitutiva. O problema da existência das ações constitutivas foi, aliás, desde HELLWIG colocado em sua posição verdadeira. Fê o próprio ordenamento jurídico que condiciona o advento de um determinado efeito jurídico, ou de um conjunto de efeitos, à sentença judicial. De modo que a sentença aparece como o título imediato desses efeitos, que antes dela não existiam. Mas não é a sentença, como provimento jurisdicional, quem cria a mudança jurídica. O poder jurisdicional aí, não faz mais que atuar uma determinação de lei pre-existente."³¹

Quanto às sentenças constitutivas, por oposição às condenatórias, "preenchem sua função e esgotam a tutela jurídica, pedida pelo autor, com o simples fato de terem sido proferidas e de estarem revestidas da autoridade da coisa julgada; elas não são suscetíveis nem carecem de execução."³²

31. *Ação Declaratória*, ed. 1942, págs. 25-26.

32. LIEBMAN, *Execução e Ação Executiva*, in *Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro*, pág. 31.

Quanto à semelhança entre as ações declaratórias e as constitutivas, assinala o Prof. ALFREDO BUZARD que ambas "se exaurem com o ato de sentença de mérito. São, portanto, providas de execução. Isto não exclui que possam produzir alguns efeitos práticos, como servir de base para obter transcrição de imóvel (Código Civil, art. 550), ou cancelamento de inscrição hipotecária (ZANZUCHI, *Diritto Processuale Civile*, I, pág. 231). Esta é uma *execução sui generis*, porque não recai sobre a pessoa do réu, mas sobre o funcionário público. A relação que se forma aqui é uma *relação de serviço público* entre o juiz e o funcionário, sem nenhum reflexo sobre a pessoa do litigante vencido, que apenas deve suportar as consequências emanadas da sentença."³³ Em nota, refere: "CHIOVENDA, *Saggi di Diritto Processuale Civile*, I, pág. 81, observou que a sentença declaratória pode ser executada, enquanto a execução não tende a agir sobre a vontade do *particular*, ou a sub-rogar a prestação; também é, portanto, sentença declaratória aquela por força da qual se devesse executar alguma coisa, como transcrições, inscrições, tradição, destruição de documentos falsos, etc. (LANGHEINIKEN, *Urteilsanspruch*, pág. 103, 142; DE PALO, *Titolo esecutivo*, pág. 166; *contra*: MORRARA, *Commentario* II, n. 446, pág. 567). Em tais casos, o dever destas pessoas, enquanto não são partes da causa, não é matéria de declaração, mas resulta imediatamente da lei, em face da declaração do direito."³⁴

Executividade das sentenças constitutivas.

11. Dizer-se que as ações constitutivas "se exaurem com o ato de sentença de mérito" e, por isso, são "desprovidas de execução", é rigorosamente certo, porque nenhuma execução ulterior se impõe, para que se realizem os efeitos pretendidos com a constituição. Mas isso não exclui a *executividade* que se tenha feito anterior ao processo de conhecimento. O Prof.

33. *Ação Declaratória*, ed. 1943, págs. 89-90.

34. *Ob. cit.*, pág. 90.

CELSO AGRÍCOLA BARBI, embora acidentalmente, aludindo às sentenças constitutivas, aproxima-se disso, ao escrever: "Quando o efeito, a ser produzido pela sentença, é de modificar um estado jurídico, haverá também declaração de certeza: a essa declaração será, porém, acrescentado um elemento, que é a própria modificação do estado jurídico. Para isto determina a lei, que o estado fique modificado e, pela simples determinação assim feita, realiza-se o seu objeto. É a hipótese das chamadas sentenças constitutivas: o juiz declara o direito e, com isto, desfaz-se o contrato, suspende-se a obrigação de coabitação, pela separação de corpos, anula-se o casamento, etc."³⁵

Se tudo isso ocorre — como é certo — nas sentenças constitutivas, então a atividade jurisdicional apresenta, aí, uma *duplicidade de funções*, logicamente sucessivas: *primário*, a específica da cognição, pela qual se decide a relação controvertida; *depois*, a peculiar ao processo de execução, que realiza os efeitos jurídicos pretendidos, como consequência da declaração.

O Prof. JOSÉ FREDERICO MARQUES refere que os "efeitos da sentença constitutiva podem ser *ex nunc* ou *ex tunc*". Normalmente, os referidos efeitos comegam a operar depois da sentença; casos há, no entanto, em que esses efeitos retroagem por expressa disposição de lei. É o que se dá com a ação para anular atos jurídicos em virtude de vício de vontade (erro, dolo, coação, simulação ou fraude). Segundo o art. 153 do Código Civil, constitutivas são as ações tendentes à anulação de tais atos, pois que os aludidos vícios não têm efeito antes de julgados por sentença. Mas, nos termos do art. 158, "anulado o ato, restitui-se às partes ao estado em que antes dele se achavam, e não sendo possível restitui-las, serão indenizadas com o equivalente."³⁶ Isso mostra que a eficácia *ex tunc* da sentença constitutiva resulta do elemento declaratório, porque só este con-

35. *A Ação Declaratória no Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed., Belo Horizonte, 1962, pág. 143.

36. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, pág. 53.

cerne ao passado e repristina-se ao momento em que ocorreu o vício. A restituição das partes ao estado anterior, essa já é *consequência* da declaração. Por isso contém-na-se, no plano temporal, da retroatividade desta.

Subsídio decisivo para tal construção encontramos na análise do Prof. LUIZ EULÁLIO DE BUENO VIDRAL, sobre a natureza da sentença de substituição da vontade do devedor, a que alude o art. 1.006 do nosso Código de Processo Civil. Pôsto de lado o problema de saber-se, à linha do pensamento de CHIOVENDA, se é da essência das sentenças constitutivas serem necessárias para que se modifique certa situação jurídica — o que eliminaria da categoria todas as espécies em que a modificação pode resultar, primária e diretamente, da vontade das partes e, portanto, a do art. 1.006 do Código de Processo Civil, que o mestre peninsular nela inclui — o certo, diz o Prof. VIDRAL, é que "a sentença, cujos característicos estamos estudando, apresenta, a tal respeito, feição singular. Conclui pela condenação do réu a prestar uma declaração de vontade, em determinado sentido. Não prestada, dever-se-ia seguir, logicamente, a execução para compeli-lo ao réu à prestação. Em vez disso, porém, logo que passe em julgado a sentença, tem-se por prestada a declaração. A sentença que é, assim, por definição, um ato de declaração da existência da vontade de lei aplicável ao caso concreto, apresenta-se-nos, nesse caso, além disso, como "ato típico de execução forçada". É, pois, como acentua o citado CALAMANDREI, uma sentença objetivamente complexa. Essa complexidade objetiva resulta da coexistência, em um ato formalmente único, de dois elementos jurisdicionais, pertencendo o primeiro ao processo de verificação do direito, e o segundo ao processo de execução. Bem andou, nessas condições, o novo Código de Processo Civil, ao incluir o art. 1.006, que dela trata, no capítulo da execução forçada das obrigações de fazer."³⁷ Mais adiante, ainda acentua ser "puramente formal a diferença

37. *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1965, pág. 170.

que existe entre os tipos mais comuns de execução e o que decorre exclusivamente da sentença passada em julgado. Ao passo que a execução, nos primeiros, só se consuma ao fim de um processo próprio, mais ou menos longo, no último se consuma com o simples decurso de determinado prazo.”³⁸

Há, aí, uma nítida tomada de posição, no sentido de admitir que a *execução*, como uma das funções jurisdicionais, pode verificar-se no próprio processo de conhecimento, através da sentença constitutiva — assim considerada a do art. 1.006 do Código de Processo Civil, segundo o magistério do Prof. VIMCAL — desde que se entenda como tal “todas aquelas que criam uma situação jurídica anteriormente inexistente”, inclusive nos casos em que a modificação pode provir da vontade dos interessados.³⁹

Daí o remate do eminente mestre: “Resumindo o que acima dissemos, podemos estabelecer sobre a sentença, cujos característicos estamos estudando, o seguinte: a) considerada em sua estrutura, é ato de declaração da existência da vontade da lei aplicável ao caso concreto e é ato de execução forçada; b) considerada em sua função, é sentença constitutiva, em sentido amplo.”⁴⁰

Complexidade objetiva e atividade jurisdicional duplice das sentenças constitutivas.

12. A complexidade objetiva que aí se nota pode levar a um conceito diverso de sentença constitutiva, firmado na duplice atividade do magistrado, declarando o direito, no plano da cognição, e fazendo efetivas, desde logo, as consequências da declaração, no plano de suas funções executórias, tendentes à realização prática dos efeitos pretendidos pelo litigante. Nem há, nisso, qualquer caráter de novidade, porque antes mesmo de LIEBMAN dar a público a sua *Eficácia e Autoridade da Sentença*, SATTA já havia apontado essa mesma estrutura nas sen-

38. Ob. cit., pág. 171.

39. Ob. cit., págs. 172-173.

40. Ob. cit., pág. 173.

tenças constitutivas.⁴¹ Nesse trabalho, depois de criticar a posição dos que — tanto na sentença declaratória como na constitutiva — entendem que “o juiz não facia que accertare la esistenza dei presupposti di una norma giuridica e così integrare il comando astratto in un comando concreto”, e que “nelle sentenze costitutive l'effetto non si produrrebbe senza l'accertamento del giudice: questo entrerebbe come un ulteriore presupposto per l'avveramento della conseguenza voluta. Il più verrebbe così ad essere dato dal carattere di fatto giuridico materiale (altri direbbe, negozio giuridico) che la sentenza costitutiva assumerebbe in aggiunta al carattere di fatto giuridico processuale che avrebbe comune con la sentenza di (mero) accertamento,”⁴² bem como de combater a doutrina que coloca a sentença constitutiva como causa imediata da mudança peculiar aos direitos potestativos que, por ironia, teriam “per caratteristica la più assoluta impotenza” e denotariam uma contradição nos termos, porque só realizáveis pelo juiz,⁴³ acrescenta SATTA: “Tutte le sentenze infatti, appunto perchè e in quanto contengono la realizzazione di un mezzo di tutela giuridica, sono indubbiamente costitutive. Resta però a vedere quando può effettivamente dirsi che una sentenza contenga la realizzazione di questa tutela. E a questo proposito conviene subito osservare come la dottrina sopra esaminata che distingue nella sentenza costitutiva i due momenti dell'accertamento e dell'esecuzione contenga una intuizione netissima della verità, sebbene espressa in una costruzione giuridica inaccettabile. Ed è precisamente che la tutela giuridica si realizza, in quelle ipotesi nelle quali si vuol riscontrare la presenza di sentenze costitutive propriamente dette, in modo pieno ed integrale per mezzo della pronuncia del giudice. La realizzazione della tutela cioè è affidata completamente a questa pronuncia, senza che occorra alcuna

41. *Premesse Generali Alla Dottrina della Esecuzione Forzata — in Rivista di Diritto Processuale Civile*, vol. IX, parte I, 1932, págs. 333-337.

42. Ob. cit., pág. 344.

43. Ob. cit., pág. 347.

ulteriore attività di alcun altro organo. Ecco perché, seguendo i concetti tradizionali, si è potuto vedere un elemento di esecuzione nella sentenza costitutiva: perchè appunto ritenendosi tradizionalmente che la realizzazione del diritto si concreta sempre in un atto di esecuzione (della sentenza che lo riconosce) appariva strano e non facilmente qualificabile un diritto che si realizza senza o al di fuori dell'esecuzione forzata. Senonchè noi abbiamo fin dal primo momento espresso il sospetto che questa concezione si fondi tutta su una petizione di principio, per la quale si fa dell'esecuzione un concetto secondario alla sentenza. Il sospetto ha trovato conferma nell'indagine compiuta: esistono delle norme le quali garantiscono la tutela di un diritto, e questa tutela si realizza sempre per mezzo di un atto giurisdizionale, qualunque esso sia. Ora può darsi che la norma sia tale che la sentenza del giudice costituisca il mezzo più adatto a tal fine, e in tal caso sarà la sentenza che tutelerà senz'altro, in forma primaria ed immediata, il diritto; potrà darsi invece che il mezzo di tutela predisposto dalla norma abbia bisogno dell'attività di un organo particolare, e in questo caso sarà quest'organo che lo realizzerà, ma sempre in via primaria e immediata. Quest'ultimo caso è il caso dell'esecuzione forzata: que l'ufficiale giudiziario che toglie i beni al debitore non fa cosa diversa da quella che fa il giudice che risolve, ad es., il contratto per la tutela del quale l'ufficiale giudiziario agisce. Non fa cosa diversa, perchè non diversa è, nella struttura e nella funzione, la norma che dispone la risoluzione del contratto in caso di inadempimento dalla norma che dispone l'esecuzione forzata nello stesso caso.⁴⁴

É verdade que LIEBMAN contradiz a isso observando que a idéia "de uma declaração com efeitos constitutivos parece-me contraditória, porque a operação com que se aplica uma norma ao caso concreto só se pode considerar actividade de declaração enquanto sejam os seus efeitos meramente declaratórios, isto é,

44. Ob. cit., págs. 351-352.

enquanto consistam em fixar as relações jurídicas tais quais eram precedentemente e não em modificá-las."⁴⁵ Em nota, refuta LIEBMAN possa a sentença declaratória ter efeitos constitutivos e as conclusões a que chega SARTTA.⁴⁶ Mas o tema central, da coexistência possível, no processo de conhecimento, das duas espécies de actividade que caracterizam a jurisdição, é esse permanece sem contradita, justificando-se, nos casos de sentenças constitutivas, pela desnecessidade de que cognição e execução ocorram *ex intervallo*.

Que a coisa processual se dê, nas acções condenatórias, explica-se pela impossibilidade de a sentença realizar, por si só, nesses casos, o objecto da prestação devida pelo vencido. Se isso fosse possível, nenhuma justificação teria a duplicidade sucessiva de processos, tal como não tem nas acções constitutivas, em que a sentença de acolhimento é dotada de aptidão para realizar os efeitos jurídicos pretendidos pelo autor. Nestas hipóteses e como diz SARTTA, "la realizzazione della tutela cioè é affidata completamente a questa pronuncia, senza che occorra alcuna ulteriore attività di alcun altro organo".

A sentença objetivamente completa de CALAMANDREI

13. Em 1930, antes de SARTTA, CALAMANDREI já publicara o seu estudo para os *Scritti in Onore de ALFREDO ASCOLI*, a propósito da *sentença como ato de execução forçada* em que enfrenta o tema do cumprimento coativo das obrigações de prestar declaração de vontade, a que CHIOVENDA houvera dado atenção ao estudar, nos *Principii* (§ 9, n. V), as acções que nascem do contrato preliminar, assumto a que voltou, em 1911, no artigo publicado na *Revista di Diritto Commerciale*, depois reproduzido no 1.º vol. da nova edição (1930) dos *Saggi* (pág. 101). Partindo da idéia de que essas obrigações, em regra infungíveis, não o são quando o mesmo resultado prático possa

45. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, trad. de ALFREDO BUZARD e BENJAMIN AIRES, Rio, 1945, pág. 29.

46. Ob. e loc. cit.

ser alcançado por ato de outrem que não o obrigado, admite CALAMANDREI — como também CHIOVENDA admitita — possa a lei attribuir ao juiz a função de emitir provimento substitutivo, mormente quando o pré-contrato determina, especificamente, o objeto da declaração do obrigado. Nesses casos, “il giudice non accetta, non condanna, ma *esegue*; siano cioè di fronte a un caso di esecuzione forzata in forma specifica di una obbligazione di fare. Il giudice fa quello che l'obbligato avrebbe dovuto fare, ma non ha fatto.”⁴⁷

Uma parte da doutrina procurou explicar essa aparente anomalia, observa CALAMANDREI, apontando, nessas sentenças, caráter constitutivo.⁴⁸ Entretanto, nas sentenças constitutivas, “il mutamento giuridico non può avvenire che per opera del giudice: nella sentenza che qui si studia il mutamento giuridico avviene ad opera del giudice, quando e perchè in un primo momento il debitore inadempiente ha mancato di prestare quella dichiarazione di volontà, da cui il mutamento giuridico sarebbe derivato senza intervento del giudice. Anche qui, dunque, ci troviamo di fronte a una sentenza “oggettivamente complessa”, con questa differenza: che mentre la complessità oggettiva delle vere sentenças constitutivas é data dalla somma di um elemento giurisdizionale con um elemento amministrativo, la complexidade oggettiva resulta nel nostro caso dalla coesistencia in um atto formalmente unico di due elementos *ambidue giurisdizionali*, ma appartenenti il primo alla cognizione e il segundo alla execução forzata.”⁴⁹

“Se con tale pronuncia oggettivamente complessa si ottiene non solo un accertamento, ma altri una execução forzata, l'azione che ha per oggetto quella pronuncia, quantunque este-

47. *Studi Sul Processo Civile*, Pádua, 1934, pág. 28.

48. CHIOVENDA, *Principi*, pág. 190 e segs.; na litteratura alemã, KIPP, *Vorstellung sur Abgabe von Willenserklärungen und Rechtsstand-ungen*, 1892; LANGHEINEREN, *Der Urteilsanspruch*, 1899, pág. 252 e segs., ed ivi altre indicações bibliografiche, pág. 29.

49. Ob. cit., pág. 30.

riormente miri ad ottenere un atto unico che ha forma di sentença, cumula in si un'azione di condanna *con un'azione executiva*. Per questa azione, que appartiene sotto un aspecto al processo di cognizione e sotto un altro al processo executivo, si protrebbe forse adoperare l'antica qualifica di *azione mista*, in senso diverso e più esatto di quello con cui l'adoperava un tempo la doutrina. Si ha qui il fenomeno di una azione executiva que viene proposta *in eventum, prima che esista il titolo executivo*: il quale é constituido dall'accertamento giurisdizionale della inadempienza dell'obbligato, que é tutt'uno colla sentença que contiene insieme l'atto di execução. Il giudice dunque opera nello stesso atto come organo giudicante e come organo executivo: soddisfa l'azione executiva allo stesso momento in cui *coll'accertamento de là vita.*”⁵⁰

Se a declaração de vontade tem conteúdo ainda não determinado e ao juiz se outorga o poder de determiná-lo, a espécie se aproximaria da categoria em que a doutrina põe as sentenças dispositivas ou determinativas.⁵¹

A doutrina admite, portanto, as sentenças que CALAMANDREI denomina de complexas, porque a atividade jurisdiccional é, num mesmo ato, tanto de *conhecimento* como de *execução*. Isto porque, além de *declaração* e como *consequência* dela, atua o juiz no sentido de realizar, praticamente, o objeto da declaração de vontade que o obrigado não emittiu. Ora, se aprofundarmos a análise do conteúdo de todas as sentenças que não sejam meramente declaratorias, veremos nêle o resultado de um fenômeno idéntico, explicável segundo o mesmo raciocínio que levou CALAMANDREI a apontar as sentenças que denominou *complexas*, porque nelas occorre, tanto atividade jurisdiccional de conhecimento, como de execução.

A diferença apontada entre essas sentenças e as tipicamente constitutivas não desnatura a atividade consequencial do

50. Ob. cit., pág. 35.

51. Ob. cit., pág. 37.

juiz. Se, nestas últimas, só o juiz pode operar a *modificação*, nem por isso deixa a sua atividade de ser *executória*, porque tendente a fazer efetivos os resultados práticos consequentes da declaração. Separaram-se as atividades de conhecimento e de execução, apenas quando êsses resultados práticos são insuscetíveis de realização *imediate*. É o caso das sentenças *condenatórias*, em que a realização prática do comando exige intervalo entre a atividade de *conhecimento* e a de *execução*.

A sentença com fulcro como consequência de comando processual afilado e coisa julgada restrita ao elemento declarativo.

14. A sentença *constitutiva* denota, portanto, *cumulo processual objetivo* de pedidos conexos e consequentes — expressamente admitido, entre nós, pelas regras dos arts. 155 e 884, n. III, do Código de Processo Civil — decorrente do exercício simultâneo de pretensão à tutela jurisdicional de *conhecimento* e de pretensão à tutela *executória*. Nesses casos, acolhido o pedido, o elemento de *constituição* tem por pressuposto o que se declarou, favoravelmente ao autor, não podendo integrar a *coisa julgada* que é restrita, portanto, à *declaração*. Note-se que, assim compreendida, a coisa julgada permanece com o mesmo conteúdo, seja qual fôr o resultado da ação, assegurando a rigorosa igualdade das partes que caracteriza o processo de conhecimento, até a solução do *meritum causae*. A desigualdade, pela subordinação de uma à outra, peculiar à tutela executória, já é *consequência* da *coisa julgada*, a esta consecutiva. A rigor, a classificação das ações, seja ela triplíce ou quintupla, decorre de predominância atribuída a elemento *executório* que o *cumulo objetivo complexivo* situa no processo de conhecimento.

A coisa julgada, essa é restrita ao processo de conhecimento e, pois, ao elemento declaratório da sentença, se objetivamente complexa.

Capítulo III

Formação da Coisa Julgada e seus Requisitos

PARAGRAFO ÚNICO

Sumário. 1. Coisa julgada como fato jurídico peculiar ao processo contencioso. 2. Distinção entre jurisdição contenciosa e voluntária. 3. Sentença sujeita a recurso e protelação da coisa julgada. 4. Validade da sentença como requisito de formação da coisa julgada. 5. Requisitos de formação da coisa julgada. 6. Sentenças determinativas e coisa julgada.

1. A coisa julgada é fato jurídico peculiar ao processo contencioso, resultante do juízo emitido pelo órgão jurisdicional a respeito do pedido formulado na ação, ao qual se vincula pelo princípio de congruência que domina o processo dispositivo: *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio; ne est iudex ultra petita partium*. Sua formação começa com a introdução da demanda em juízo subordinando-se ao *iter* procedimental que tem remate na sentença definitiva sôbre o mérito da causa, completando-se no momento em que se torne ela *inmutável*.

Para sua configuração não basta a sentença *irretratável*, porque a *irretratabilidade* é mais consequência de jurisdição que não se exauriu. Se o juiz de primeiro grau não pode rever sua sentença, salvo retratação permitida em recurso, a *irretratabilidade* permanece, sem a *inmutabilidade* que é da essência da coisa julgada.