

Luiz Dellore

Estudos sobre
COISA JULGADA
e CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE

- Das sentenças definitivas não cobertas pela coisa julgada
- Da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil: rumo ao controle concentrado?
- Eficácia *erga omnes*, efeito vinculante e coisa julgada: a estabilização da decisão proferida no controle concentrado



Rio de Janeiro

Ao regulamentar a coisa julgada, por vezes o legislador pátrio não prima pela técnica. Além disso, às vezes afirma textualmente que determinadas sentenças, ainda que definitivas, não são aptas a serem cobertas pela coisa julgada.

É de ressaltar – o que acaba por escancarar as divergências doutrinárias existentes em relação ao tema – que o legislador, referindo-se a tais sentenças, se vale indistintamente dos termos “trânsito em julgado” e “coisa julgada”,⁴ o que é uma impropriedade técnica, como oportunamente se verá.

Assim, a primeira parte desta obra tem por desiderato (i) traçar uma visão geral a respeito da coisa julgada e (ii) pesquisar quais são as sentenças não cobertas pela coisa julgada, para então analisá-las visando a concluir se, apesar da expressa disposição legislativa, de fato não se observa a ocorrência do fenômeno da estabilização da decisão nesses casos específicos.

Para atingir tal objetivo, esta Parte I é dividida em dois capítulos. O 1.º capítulo trará a visão geral a respeito da coisa julgada, e ao final será exposta a nossa posição quanto ao instituto. Isso de modo a fixar as premissas necessárias à verificação quanto à aptidão de estabilização de determinadas sentenças.

E o capítulo 2 tratará especificamente das sentenças que, pela lei, não são cobertas pela coisa julgada.

Esses são, em breves linhas, os objetivos da primeira parte do trabalho.

2. DA COISA JULGADA NAS LETRAS JURÍDICAS PÁTRIAS

Apesar de já ter havido muita discussão na doutrina envolvendo a coisa julgada, ainda não há consenso a respeito de uma série de questões relacionadas ao tema.

Tanto é assim que a teoria da coisa julgada passou por reformulações em seu conceito e, ainda hoje, não se encontra unanimidade na doutrina.

ao processo comum. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 173, ago. 1989) valem-se da outra expressão (caso julgado), também empregada na LINDB (a antiga LICC), art. 6.º, § 3.º. Cf., pelos portugueses: MENDES, João de Castro. *Limites objetivos do caso julgado*. Lisboa: Ática, 1968. p. 15-16.

⁴ À guisa de exemplo, de um lado o revogado Decreto 7.661/1945: “Art. 19. (...) Parágrafo único. A sentença que não declarar a falência não terá autoridade de coisa julgada”. E, no outro sentido, a Lei 5.648/1968: “Art. 15. A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados”.

De qualquer forma, como veremos no tópico seguinte, na evolução histórica da coisa julgada, algumas teorias e autores se destacam dentre as muitas existentes. Além da teoria de CHIOVENDA,⁵⁻⁶ neste momento inicial, são dignas de nota as elaborações de HELLWIG⁷ e de LIEBMAN,⁸ que também exerceram considerável influência nas letras jurídicas pátrias ao longo do século XX.

Além dos três autores supracitados, inúmeros outros se debruçaram acerca do tema, com monografias e escritos tratando da coisa julgada.⁹

⁵ Pode-se afirmar que CHIOVENDA expôs suas ideias em três obras distintas e sucessivas. A formulação inicial se deu em 1905, com a já mencionada palestra *Sulla cosa giudicata*. Posteriormente, seu raciocínio foi exposto nos *Principii di diritto processual civile*. Nápoles: Jovene, 1965 (cuja primeira edição data de 1906) e complementado nas *Instituições de direito processual civil*. Trad. Guimarães Menegale, notas E.T. Liebman, introdução A. Buzaid. São Paulo: Saraiva, 1969.

⁶ Vale destacar que no mesmo ensaio em que CHIOVENDA afirmou não haver nada mais a ser dito acerca da coisa julgada, foi onde tal autor iniciou a revisão do conceito da res judicata (*Sobre la cosa juzgada* cit.), o que foi apontado por LIEBMAN: “A importante contribuição de CHIOVENDA à doutrina da coisa julgada (...) consistiu principalmente em depurar o conceito e o fenômeno da coisa julgada de conceitos e fenômenos afins, isto é, em separar o seu conteúdo propriamente jurídico de suas justificações político-sociais; em distinguir, daí, a autoridade da coisa julgada da simples preclusão, que é a impossibilidade de se tornar a discutir no decurso do processo uma questão já decidida; em distinguir, conseqüentemente, a autoridade da coisa julgada (substancial) do fato processual da irrecorribilidade de uma sentença ou de um despacho interlocutório (coisa julgada formal); em limitar, por isso, a autoridade da coisa julgada à decisão que decide o mérito da ação, para declará-la procedente ou improcedente; em subtrair, por fim, toda a atividade puramente lógica desenvolvida pelo juiz no processo, do campo de ação da coisa julgada, religando esta última ao ato de vontade ditado na sentença pelo órgão judiciário e acentuando energicamente a sua finalidade prática e o seu caráter publicístico” (*Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 11, nota a). Assim, é possível cogitar a ironia de CHIOVENDA em sua conhecida afirmação quanto à coisa julgada.

⁷ A teoria do autor foi desenvolvida na obra *Wesen und Subjektive Begrenzung der Rechtskraft Neudruck der Ausgabe*. Leipzig, 1901.

⁸ LIEBMAN formulou sua teoria na obra *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., cuja primeira edição data de 1935.

⁹ Dada a influência no direito brasileiro, destacamos, a partir de fins do século XIX, autores alemães e italianos (cf., nesse sentido, ESTELLITA, Guilherme. *Da cousa julgada*. Rio de Janeiro: Livro do Vermelho, 1936. p. 15 e ss.; BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*. São Paulo: Salesianas, 1963. p. 11 e ss. e NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*. 1970. Tese (Cátedra) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970. p. 331 e ss.). Na Alemanha, dignas de nota as contribuições de BACHMANN, BULOW, GOLDSCHMIDT, KISCH, LENT, MERKL, NEUNER, PAGENSTECHE, ROSENBERG, SCHÖNKE e WACH; ao passo que na Itália destacamos ALLORIO, BETTI, CARNELUTTI, COGLIOLO, HEINITZ, ALFREDO ROCCO e UGO ROCCO. Além disso, em rol não exaustivo, pinçamos, no direito português

Esses autores cabalmente demonstraram que muito havia ainda a ser dito sobre o assunto.

Entretanto, a despeito da rica discussão encaminhada na doutrina alienígena, apontou JORGE SALOMÃO¹⁰ com muita propriedade que no Brasil não eram numerosos os trabalhos dedicados exclusivamente à coisa julgada.¹¹ O magistrado e professor carioca, escrevendo em 1966, chegou a classificar de “pobre” nossa bibliografia sobre o assunto.¹²

Posteriormente, com o advento da Lei 5.869 de 1973 – o Código de Processo Civil (CPC 1973) –, houve um aumento da produção científica no âmbito das monografias de relevo.¹³

Não obstante, apesar da inegável evolução nos estudos nas últimas décadas, não é possível afirmar, na esfera nacional, que a problemática da coisa julgada se encontre plenamente assentada, ou sequer esgotada. Para corroborar tal assertiva, vale salientar que até os presentes dias permanece a divergência entre expoentes da processualística pátria, inclusive em relação ao próprio conceito de coisa julgada.¹⁴

Na linha do exposto, a seguir destacamos obras que, a nosso ver e tendo como ponto de partida a década de 60 do século passado, inserem-se entre as mais representativas acerca da coisa julgada.

JOÃO DE CASTRO MENDES, e, recentemente, PAULO MANUEL CUNHA DA COSTA OTERO, que trata da coisa julgada inconstitucional. Por sua vez, para uma análise comparativa com a sistemática da coisa julgada no *common law* apontamos, no direito americano, as obras de FLEMING JAMES JR.; JOHN J. COUND, JACK H. FRIEDENTHAL, ARTHUR R. MILLER e JOHN E. SEXTON; ROBERT C. CASAD e KEVIN M. CLERMONT e ainda PETER BARNETT.

¹⁰ SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. passim.

¹¹ A monografia de SALOMÃO elenca apenas as obras de AURELIANO DE GUSMÃO, GUILHERME ESTELLITA e BOTELHO DE MESQUITA, além da festejada tradução do trabalho de LIEBMAN. O autor imaginava – o que acabou por não se verificar – que após a promulgação do Código de Processo Civil Nacional de 1939, aumentaríamos os estudos em relação ao tema.

¹² SALOMÃO, Jorge. *Da coisa julgada nas ações de Estado*, cit., p. 6.

¹³ E, uma vez mais cumpre notar, quer nas monografias, quer nos breves escritos, dificilmente se obtém consenso acerca de qualquer tema.

¹⁴ Podemos afirmar que a doutrina dominante segue a teoria de LIEBMAN (exemplificadamente, mencionamos MOACYR AMARAL SANTOS e VICENTE GRECO FILHO). Além dessa, podemos indicar a corrente de HELLWIG, o qual é seguido por CELSO NEVES. Ainda, com posições distintas, apesar de apresentarem alguns pontos em comum, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, BARBOSA MOREIRA, BOTELHO DE MESQUITA e OVÍDIO BAPTISTA, dentre outros. Regressaremos ao tema adiante, quando tratarmos do conceito de coisa julgada.

Nessa ótica, podem ser citados os trabalhos¹⁵ de JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA (*A autoridade de coisa julgada e a imutabilidade de motivação da sentença*, datada de 1963¹⁶), JORGE SALOMÃO (*Da coisa julgada nas ações de Estado*), JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Questões prejudiciais e coisa julgada*¹⁷), CELSO NEVES (*Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*¹⁸), THEREZA CELINA DINIZ ARRUDA ALVIM (*Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*¹⁹), ROGERIO LAURIA TUCCI (*Sentença e coisa julgada civil*²⁰), WALTER PIVA RODRIGUES (*Sobre os limites objetivos da coisa julgada em matéria tributária*²¹), OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA (*Sentença e Coisa Julgada*²²), EGAS MONIZ DE ARAGÃO (*Sentença e Coisa Julgada*²³), SÉRGIO GILBERTO PORTO (*Coisa julgada civil*²⁴), PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA (*Contribuição à teoria da coisa julgada*²⁵), EDUARDO TALAMINI (*Coisa julgada e Constituição: limites da relativização da coisa julgada*²⁶)

¹⁵ Muitos dos trabalhos ora mencionados foram, originariamente, teses de doutorado. Além disso, conveniente esclarecer que, além das obras ora citadas, existem incontáveis artigos publicados em revistas especializadas e, por certo, os diversos manuais de processo também enfrentam o tema da coisa julgada. Outrossim, existem diversas obras que tratam de temas específicos da coisa julgada (coisa julgada no processo coletivo, coisa julgada inconstitucional etc.). O objetivo desse breve rol foi trazer obras que tratam da coisa julgada de uma forma geral.

¹⁶ Republicada na coletânea *Teses, estudos e pareceres de processo civil: direito de ação, partes e terceiros, processo e política*. São Paulo: RT, 2005. v. 1. E, depois, o autor concluiu sua visão a respeito da *res judicata* na coletânea *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁷ Apesar dessa monografia específica (datada de 1967), este autor frequentemente trata da coisa julgada em artigos mais recentes – e que acabam tendo mais relevo para o estudo da coisa julgada.

¹⁸ Tese (Cátedra) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1970.

¹⁹ São Paulo: RT, 1977.

²⁰ Belém: CEJUP, 1984.

²¹ Tese publicada sob o título *Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

²² *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Em verdade esta obra não é uma monografia, mas sim uma coletânea de artigos e pareceres acerca do tema, trazendo inclusive interessante debate travado com BARBOSA MOREIRA.

²³ Rio de Janeiro: Aide, 1992.

²⁴ 2. ed. São Paulo: RT, 2000 – já objeto de uma terceira edição.

²⁵ São Paulo: RT, 1997.

²⁶ Obra que foi posteriormente publicada sob o nome de *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

e JOSÉ MARIA TESHEINER (*Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*²⁷).²⁸

Apesar da grande quantidade de obras supraindicada, é curioso destacar que nenhum dos autores enfrenta, de forma incisiva e sistemática, a questão ora proposta – ou seja, das sentenças definitivas que não seriam aptas a produzir coisa julgada material. Não conhecemos, no direito pátrio, sequer uma monografia ou opúsculo, que trate especificamente desta peculiaridade do instituto da coisa julgada.²⁹

3. BREVE NOTÍCIA HISTÓRICA A RESPEITO DA COISA JULGADA

A notícia história do instituto já foi exaustivamente tratada em outras obras pátrias – dentre as quais destacamos as monografias de ESTELLITA³⁰ e de CELSO NEVES.³¹ Ambos os autores tomam como ponto de partida o clássico trabalho de UGO ROCCO.³²

Em virtude do notável panorama histórico traçado por essas obras, não se pretende reescrever o que já restou assentado, mas apenas pinçar os aspectos históricos mais relevantes, demonstrando o crescente das ideias até os dias atuais. Isso de maneira a demonstrar as teorias que acabaram por influenciar o legislador brasileiro.

²⁷ São Paulo: RT, 2001.

²⁸ É de pontuar que as obras publicadas na primeira década do século XXI a respeito da coisa julgada basicamente tratam de temas laterais à coisa julgada (e não ao instituto em si), especialmente a respeito da “relativização” da coisa julgada e do instituto no processo coletivo.

²⁹ Segundo nossas pesquisas, o autor que mais tratou do assunto, ainda que de maneira incidental, foi FLÁVIO LUIZ YARSHELL, em seu *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. Referido professor, em sua tese de livre-docência, ao tratar de diversos aspectos da ação rescisória, acaba por verificar se cabe referida ação em diversas das sentenças que serão analisadas neste trabalho. Contudo, como se percebe pelo próprio título da obra, o foco do trabalho é a ação rescisória, e não a coisa julgada.

³⁰ *Da coisa julgada*, cit., obra que expõe as diversas teorias formuladas para justificar, do ponto de vista jurídico, a existência da *res judicata*.

³¹ *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., tese que apresenta a evolução do instituto a partir de diversas épocas e países.

³² ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma, 1917. Nesse sentido, cf. NEVES, Celso, *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 331; e ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., passim e especialmente p. 10. Vale aduzir que além das lições de UGO ROCCO, ESTELLITA cita com frequência (cf. op. cit., p. 38) o magistério de COGLIOLO, especialmente seu *Trattato teorico pratico dell'eccezione di cosa giudicata*. Torino: Fratelli Bocca, 1883.

De início, vale lembrar que o surgimento da coisa julgada se deu em decorrência de uma necessidade prática:³³ evitar a perpetuação dos litígios.

Nesse exato sentido, BARBOSA MOREIRA:³⁴ “a coisa julgada é instituto de função essencialmente prática, que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado”.

Na mesma linha, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO,³⁵ para quem:

A coisa julgada emerge de um imperativo político (...) é imprescindível colocar-se um limite temporal absoluto, um ponto final inarredável à permissibilidade da discussão e das impugnações.

Vê-se, aqui, o fundamento político ou filosófico³⁶ da coisa julgada.

Assim, pode-se afirmar que o surgimento da coisa julgada se deu mais por razões de natureza política – necessidade de que os conflitos não se perpetuem³⁷ – do que jurídica. Surgiu o instituto, portanto, com o desiderato de obter a pacificação dos conflitos.

De outra banda, quanto aos fundamentos jurídicos da coisa julgada, dificilmente houve – e sequer ainda há – consenso.

A temática evoluiu ao longo dos anos, e inúmeras foram as teorias que buscaram explicar quais os fundamentos jurídicos da coisa julgada (ou seja, dar uma roupagem jurídica à existência da coisa julgada). Algumas dessas

³³ WALTER PIVA RODRIGUES fala em “caráter pragmático” da coisa julgada (*Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 66).

³⁴ Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 9.

³⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 16, n. 62, p. 10, abr./jun. 1991.

³⁶ Este é o termo usado por: PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 39, nota 61.

³⁷ O DIGESTO também destaca a finalidade prática do instituto, no sentido de evitar a multiplicidade de lides e diversidade de pronunciamentos judiciais sobre o mesmo tema (“*ne litium multiplicatus: ne diversa pronuntiantur*”). É a seguinte passagem: *Singulis controversiis singulas actiones, unumque iudicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summum atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiantur; parere ergo exceptionem rei iudicatae, frequens est*” (D. XLIV, II, 6). GARCÍA DEL CORRAL traduz o trecho da seguinte forma: “Se determino con plausible razón, que para cada controversia bastará una acción, y un solo termino de cosa juzgada, a fin de que multiplicado el número de los pleitos no haga suma e inextricable la dificultad, mayormente si se pronunciaron diversas sentencias: ai, pues, es frecuente que se este a la excepción de cosa juzgada” (*Digestorum seu Pandectarum. Cuerpo del Derecho Civil Romano*. A doble texto traducido al castellano del latino, por García Del Corral, Ildelfonso Garcia del Corral. Barcelona: Jaime Molinas, 1897. Primeira Parte, Digesto, t. 3).

doutrinas obtiveram mais acolhida que outras, e, por tal razão, gozaram de maior prestígio e acabaram consagradas em textos legislativos.

Portanto, dentre as várias teorias formuladas,³⁸ destacaremos aquelas que influenciaram o direito positivo em nosso país, levando em consideração o

³⁸ Para uma melhor exposição das diversas doutrinas existentes quanto ao fundamento jurídico da coisa julgada, cf. especialmente os seguintes autores: Estellita, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 15-136; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 49-56; NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 9-426.

CELSE NEVES, em quatro das cinco partes da obra que lhe rendeu a Cátedra em Direito Processual, trata da evolução histórica e das diversas teorias que justificam a coisa julgada. A parte primeira traça o perfil histórico do instituto, iniciando em Roma, passando pelo Direito Intermédio e chegando ao direito moderno (até SAVIGNY). Já a segunda se destina à análise dos diplomas legais no direito comparado, sendo que a terceira parte analisa a evolução do direito brasileiro, do período imperial até o século XX. Por sua vez, a quarta parte trata do que o autor denominou de “doutrina contemporânea”, abrangendo o período de fins do século XIX até a data em que a obra foi escrita (início da década de 70). Nessa parte, basicamente é analisada a doutrina alemã (PAGENSTECHER, HELLWIG, GOLDSCHMIDT e SCHÖNKE) e italiana (CHIOVENDA, ALFREDO ROCCO, UGO ROCCO, CARNELUTTI, BETTI, LIEBMAN, ALLORIO e HEINITZ), com a exposição das ideias de cada um desses autores.

ESTELLITA, de seu turno, discorre em distintos capítulos quanto a cada uma das teorias, procurando observar a evolução cronológica, discorrendo acerca das teorias a partir de sua característica principal ou mesmo nome ou de criador: (i) doutrina da consumação da *actio*: fundada em regra tradicional em Roma (*bis de eadem re ne sit actio*), entende que, apresentada a *litiscontestatio*, impede-se a renovação de demanda anterior pois a *actio* já teria sido apresentada (exceção de coisa julgada obsta todas as vezes que seja renovada a mesma questão entre as mesmas partes); (ii) doutrina da presunção da verdade: considera a sentença, desde que irrevogável, verdadeira, sendo presunção que não admite prova em contrário. Com POTHIER, chegou ao Código Napoleão; (iii) doutrina da ficção da verdade: sustenta que a força legal da sentença que transitou em julgado é a ficção de verdade que as protege de qualquer futura tentativa de impugnação ou reforma (SAVIGNY); (iv) doutrina do quase-contrato judiciário: tem como fundamento da coisa julgada a existência de contrato que entre os litigantes se aperfeiçoa quando estes entregam ao Judiciário a solução da controvérsia existente; (v) doutrina da força legal substancial da sentença: parte da premissa de que toda sentença é constitutiva, sendo que o fim da sentença é criar a certeza jurídica a respeito de um direito subjetivo. A força produtora da certeza jurídica inerente à sentença não decorre dos efeitos da decisão, mas da própria natureza constitutiva da sentença, pois esta deve sempre produzir alguma coisa (PAGENSTECHER); (vi) doutrina da eficácia da declaração: é a tese de HELLWIG, em que se sustenta que a eficácia da sentença reside na declaração de direito que ela contém. Inicia, na ciência processual, a distinção entre o conteúdo e efeitos da sentença. A coisa julgada se restringe à declaração – sugerindo-se, então, a substituição do termo “coisa julgada” por “eficácia da declaração”; (vii) doutrina da vontade autoritária do Estado: baseia-se na natureza da sentença, como ato de vontade praticado pelo juiz no exercício de sua função jurisdicional. A sentença tem elemento lógico e um comando, que é o ato de vontade do Estado – sendo este que predomina, que é o fim da atividade jurisdicional, ao qual adere a imutabilidade. Tese bem aceita na Alemanha, tem em CHIOVENDA um de seus defensores; (viii) doutrina da extinção da obrigação jurisdicional: desenvolvida

Regulamento 737 de 1850 (Reg. 737), o Código de Processo Civil de 1939 (CPC 1939) e o Código de Processo Civil de 1973 (CPC 1973).

por UGO ROCCO, parte do princípio de que a coisa julgada é, antes de tudo, um fenômeno processual. O Estado tem o dever de prestar a obrigação jurisdicional; contudo, uma vez entregue pelo Estado a respectiva prestação, desaparece a obrigação. Por sua vez, extinta a obrigação do Estado, também extingue a sentença passada em julgado e a pretensão do cidadão de obter aquela mesma prestação – aí encontrando a coisa julgada sua justificação; (ix) doutrinas da sentença como *lex specialis*: defendidas por MERKL e por BACHMANN, consideram a sentença como uma lei especial criada para a situação jurídica por ela resolvida, sendo que referida norma jurídica concreta (*lex specialis* para o caso em discussão) seria imutável no tempo; (x) doutrina da qualificação dos efeitos da sentença: é a doutrina de LIEBMAN, em que a coisa julgada não é um dos efeitos da sentença, mas sim uma qualidade, um modo de manifestar-se desses efeitos. Assim, distingue-se a eficácia jurídica da sentença da autoridade da coisa julgada (imutabilidade); (xi) doutrina de BETTI: filiada à orientação de que a coisa julgada é uma expressão da vontade autoritária do Estado, destaca-se por entender que a *res judicata* não se forma sobre a relação jurídica controvertida, mas sim sobre a pretensão do autor a respeito de tal relação jurídica e por trazer nova formulação acerca dos limites subjetivos da coisa julgada; (xii) doutrina de CARNELUTTI: também se filia entre as doutrinas que entendem ser a coisa julgada uma expressão da vontade autoritária do Estado, distinguindo-se pela justificativa do seu modo de ver tal situação (especialmente no fato de que a coisa julgada material vem antes e é independente da coisa julgada formal, diferentemente do que usualmente se sustenta) e também pela delimitação da eficácia da sentença, o que acarreta consequências quanto aos limites subjetivos da coisa julgada.

De seu turno, MOACYR AMARAL SANTOS – em semelhança a ESTELLITA e claramente nele inspirado –, apresenta as teorias a partir de sua característica principal ou com base em seu formulador. De forma simplificada, assim se manifesta tal autor: (I) Teoria da presunção da verdade: fundada em textos de ULPiano (*res judicata pro veritate habetur*), a autoridade da coisa julgada é fundamentada na presunção de verdade contida na sentença. Teoria defendida por POTHIER. (II) Teoria da ficção da verdade: elaborada por SAVIGNY, parte da premissa de que a autoridade da coisa julgada está na verdade artificial (ficção de verdade) existente na sentença. (III) Teoria da força legal, substancial da sentença: formulada por PAGENSTECHEER, tem como base a ideia de que toda sentença, mesmo a meramente declaratória, cria direito e é constitutiva. O fundamento da coisa julgada está no direito novo, criado pela sentença. Assim, a sentença, após o trânsito em julgado, atribui força de lei ao direito novo por ela criado. (IV) Teoria da eficácia da declaração: é a teoria de HELLWIG, em que a coisa julgada está fundada na eficácia da declaração de certeza contida na sentença. A coisa julgada abrange somente a declaração contida no julgado e se torna indiscutível não só para as partes, mas também para todos os juizes. (V) Teoria da extinção da obrigação jurisdicional: elaborada por UGO ROCCO, entende que a sentença é o ato do processo pelo qual o Estado declara o direito aplicável à espécie e presta sua obrigação jurisdicional; satisfeita a obrigação jurisdicional, extingue-se o direito de ação. Extintos o direito de ação e a obrigação jurisdicional, a relação de direito material não pode ser rediscutida, produzindo então coisa julgada. (VI) Teoria da vontade do Estado: é a tese de CHIOVENDA, em que se sustenta que a sentença traz tanto um raciocínio lógico (ato de inteligência) quanto uma ordem, comando, decisão (ato de vontade). À decisão o Estado concede autoridade, imutabilidade e indiscutibilidade – assim, a sentença tem força obrigatória por nela intervir a vontade do Estado, que é o fundamento da coisa julgada. (VII) Teoria de CARNELUTTI: a sentença contém imperatividade pois consiste

Antes disso, porém, vale proceder a uma brevíssima menção à *res judicata* em Roma e na Idade Média – ao que chamaremos de “antecedentes históricos” do instituto, tomando por base o ponto de vista da história jurídica pátria.

3.1 Antecedentes históricos da justificação jurídica da coisa julgada

O processo civil romano conheceu três sistemas ou fases: (i) *legis actiones* (das ações da lei), (ii) *per formulas* (processo formular) e (iii) *cognitio extraordinaria* (cognição extraordinária).³⁹ Essa evolução se deu por aproximadamente doze séculos. E, por certo, a coisa julgada – como qualquer outro instituto do Direito Romano – passou por modificações ao longo de tal período.

Nos dois primeiros sistemas supramencionados (que compreendem o *ordo judiciorum privatorum*), o procedimento era dividido: inicialmente se realizava perante o magistrado (*fase in jure*) e, posteriormente, perante o *judex* (sujeito sem vínculo estatal – fase *apud judicem*). Já no último sistema (*cognitio extraordinaria*), o procedimento ocorreria somente perante um funcionário estatal.

No período do *ordo judiciorum privatorum*, a *litis contestatio* terminava a instância *in jure* e remetia as partes ao *judex*. Dentre outros efeitos, tinha o condão de extinguir a ação referente à questão discutida.⁴⁰

No próprio Direito Romano, era antiga⁴¹ a regra⁴² *bis de eadem re ne sit actio* (posteriormente formulada como *bis de eadem re ne sit judicium*⁴³),

um ato estatal, sendo que a coisa julgada reside na imperatividade do comando da sentença. O comando da sentença pressupõe um comando existente na lei, mas não é necessariamente idêntico ao da lei (tese de CHIOVENDA). (VIII) Teoria de LIEBMAN: a coisa julgada é uma qualidade – de imutabilidade e indiscutibilidade – dos efeitos da sentença, e não simplesmente um efeito da sentença, como as diversas outras teorias entendem.

³⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)*. São Paulo: RT, 2001. passim, especialmente p. 39 e ss.; e NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 9 e ss.

⁴⁰ Cf. a lição de ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 275.

⁴¹ ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 15. Indica que se acreditava que a regra era até mesmo anterior à Lei das XII Tábuas.

⁴² Aponta: ANDRIOLI, Virgílio. *Ne bis in idem*. In: D' AMELIO, Mariano. *Nuovo digesto italiano*. Torino: Torinese, 1937. v. 11, p. 187, que o traço mais remoto dessa máxima se encontra em CÍCERO, e que a regra foi noticiada por QUINTILIANO.

⁴³ Segundo: COGLIOLO, Pietro. *Storia del diritto privato romano*. Firenze: Barbera, 1889. p. 223, as palavras *bis de eadem re* sempre aparecem, variando *ne sit actio* (em

“proibitoria de uma segunda demanda sobre a mesma pretensão”, no dizer de ESTELLITA.⁴⁴

A regra, por certo, tinha por fundamento a pacificação social, não bastando apenas que os conflitos fossem solucionados, mas que esses – uma vez decididos – não se renovassem. Assim, se a questão já houvesse sido submetida ao magistrado, não poderia ocorrer nova discussão.

Trata-se, ainda segundo a lição de ESTELLITA,⁴⁵ da doutrina da “consumação da *actio*”:⁴⁶ a *litiscontestatio* ou a prolação da decisão obstavam que a questão fosse rediscutida.

Ao tempo das *legis actiones*, não era possível nova ação da lei para discussão da mesma causa. Se por acaso isso ocorresse, deveria o próprio magistrado denegar a ação proposta pelo autor (*denegatio actionis*).⁴⁷

A partir do processo formular, foi instituído meio específico pelo qual o réu apresentava objeções ao pedido: a *exceptio*.⁴⁸ Conhece-se a existência

tradução livre, “não pode haver repetição da mesma ação”) ou, ainda, *agere ne liceat* (em tradução livre, “não é lícito agir duas vezes com a mesma ação”).

⁴⁴ ESTELLITA, Guilherme. *Da causa julgada*, cit., p. 15.

⁴⁵ Idem, p. 15-19. Vale reproduzir trecho da lição de tal autor: “Cessado o efeito consumptivo do direito pela contestação da lide, passou elle a decorrer da própria sentença, e dahi, a surgir a própria excepção da coisa julgada. Não é de crer porém, que ao possuir a *litis contestatio* o efeito consumptivo do direito, isso lhe fosse atributo exclusivo. Também a sentença, em sobrevindo, produzia consequência idêntica. (...) Si a *actio* era apenas o meio de se chegar à sentença e mesmo antes desta já não se permitia reproduzir a discussão, com mais forte razão se impunha proibição idêntica, si já a sentença existia” (idem, p. 18-19, grafia original).

⁴⁶ Exatamente no mesmo sentido o magistério de CELSO NEVES: “Ao tempo de JUSTINIANO, a sentença tinha efeito consumptivo e impedia a reiteração da mesma demanda” (*Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 25, com base na lição de: COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico pratico dell'eccezione di cosa giudicata* cit.).

⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)* cit., p. 59. A respeito do tema, interessante é a lição de ambos, ao destacarem que nessa denegação da ação: “(...) não se vislumbrava especificamente um efeito próprio da sentença ou da *res iudicata*, mas era ele relacionado ao desenvolvimento global do processo, e, em particular, ao *agere rem*, que compreendia, antes de tudo, a atividade conjunta das partes; numa sociedade ainda incipiente, mesmo não individualizados os elementos componentes da demanda, o aludido regramento já representava um fato de inegável segurança jurídica para os cidadãos romanos”. (*Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)* cit., p. 60). Esse trecho reforça que o surgimento da coisa julgada – ainda que não estivesse efetivamente delineado quando das ações da lei – surge por força de um imperativo político, uma necessidade de segurança jurídica. O cerne do instituto já se mostra presente.

⁴⁸ TUCCI-AZEVEDO explicam e comparam com o sistema das ações da lei (*Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)* cit., p. 96-97): “Do ponto de

de uma *exceptio rei in iudicium deducta* e também de uma *exceptio rei iudicata*.⁴⁹ A lógica é a mesma do sistema anterior: a *litiscontestatio* provoca a consumação da ação, vedando a propositura de nova ação com base na regra *bis de eadem re ne sit actio*.⁵⁰

Na cognição extraordinária, com o fim da duplicidade de fases, surge a possibilidade de recurso, o que acarretou a distinção entre *sententia* e *res iudicata*.⁵¹ Nesse momento, a regra *bis de eadem* deixa de se verificar na *litiscontestatio* e se fixa na sentença, que passa a ser ato de autoridade estatal.⁵² Assim, o cerne da coisa julgada tal qual hoje se verifica surgiu nesse período do processo civil romano – ainda que o instituto já se fosse delimitando anteriormente.

A evolução é bem sintetizada por CELSO NEVES:⁵³

A *res iudicata* liga-se, assim, na concepção romana, à autoridade estatal, de início vinculada à *litis contestatio*, enquanto fecho do procedimento *in iure*; depois, à *sententia*, primeiro como ato pelo qual se soluciona a controvérsia, subjetiva e objetivamente fixada na fórmula e, por último, como via de entrega da prestação jurisdicional, quando subordinada ao

vista estrutural a *exceptio* consistia em uma cláusula condicional negativa, que era aditada, a pedido do réu, entre a *intentio* e a *condemnatio*, alterando substancialmente o sentido da fórmula. Assim, a *exceptio*, sob o aspecto prático, tornava-se muito mais eficaz (...), posto que, colocada no corpo da fórmula, imediatamente em seguida à pretensão do autor”.

⁴⁹ A *exceptio rei in iudicium deductae* tinha por objetivo verificar se já havia sido apresentada a *litis contestatio* em processo anterior; já a *exceptio rei iudicata* era utilizada quando a *litis contestatio* já não mais era dotada de efeito consumativo, e então verificava se já havia sido proferida anterior decisão (ou seja, se presente a *res iudicata*). Essa é a lição de NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 14-15.

⁵⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)* cit., p. 101-102. Outro ponto relevante que ocorreu no período do processo formular foi a formação da teoria do *tria eadem (partium, petendi, petitum)*, exatamente para que se possa delimitar a incidência da regra *bis de eadem re ne sit actio*. (*Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)* cit., p. 104-108).

⁵¹ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 28.

⁵² Com a concentração do poder, no período imperial, o juiz passa a ser funcionário público. É aspecto da transformação social, no qual a sentença passa a ser ato de autoridade estatal, ou seja, pronunciada por funcionário do Império, surgindo, também, a possibilidade de *appellatio* (COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença no direito romano*. In: *A revogação da sentença*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 19 e ss.).

⁵³ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 45.

monopólio do Estado, num caminhar que vai das *legis actiones* à *extraordinaria cognitio*, até dar na codificação de JUSTINIANO.

Ou seja, com a evolução do processo civil romano – decorrente da mudança sócio-política e centralização do poder –, há a variação do momento em que há a regra proibitória de uma nova discussão: se inicialmente na *litiscontestatio*, a partir do momento em que a decisão passa a ser ato da autoridade estatal, desloca-se para a *sententia*.⁵⁴

Após a análise do surgimento da coisa julgada no direito romano, avançam-se alguns séculos até se chegar ao momento histórico em que surgiu teoria com efetiva influência para com o instituto no Brasil. Referimo-nos à teoria da coisa julgada como “presunção da verdade”.⁵⁵

Para tal teoria, a sentença, desde que irrevogável, é absolutamente verdadeira nos fatos e no direito.⁵⁶ Essa tese acabou por provocar a afirmação exagerada de que a coisa julgada era capaz de fazer do preto, branco, e do quadrado, redondo.⁵⁷

Esse foi o entendimento que prevaleceu na Idade Média⁵⁸ e que perdurou por séculos – chegando a ser observado no Brasil até o século XIX.

Nas Ordenações de Portugal, não há especificamente uma definição a respeito da coisa julgada, mas apenas a menção à sentença que é “nenhu-

⁵⁴ É o que afirma Sérgio Luiz Monteiro SALLES (*Contribuição ao estudo da sentença extintiva de punibilidade* (Aspectos do anteprojeto de Código de Processo Penal). 1971. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1971, inédito, p. 18), o qual também destaca a diferença entre a *res in iudicium deducta* (caso deduzido em juízo), *res iudicanda* (caso em julgamento) e *res iudicata* (caso julgado – cf. idem, p. 14-15).

⁵⁵ Sendo a coisa julgada presunção de verdade, referia-se à prova, classificando-se como *notorium praesumptionis* – e, posteriormente, incluída na categoria de presunção *juris et de jure* (LÉVY, J. Ph. *La hierarchie des preuves dans le droit savant du moyen age*. Paris: Sirey, 1939. p. 61 e ss.).

⁵⁶ ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 25.

⁵⁷ A afirmação, de origem medieval, era a seguinte: *Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum verum... mutat*.

⁵⁸ Na Idade Média, frequente a afirmação de que a coisa julgada se resume a uma presunção “*juris et de jure* de verdade da sentença” (COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico pratico dell'eccezione di cosa giudicata*, cit., apud ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 25). A título de notícia histórica, basta essa constatação. Para uma efetiva análise da coisa julgada na Idade Média, cf. CELSO NEVES (*Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., capítulo II – Direito Intermédio, p. 47 e ss.).

ma”, e, portanto, incapaz de produzir a *res judicata*. Essa construção é de influência canônica.⁵⁹

Assim, há menção ao tema nas Ordenações Afonsinas,⁶⁰ nas Ordenações Manuelinas⁶¹ e também nas Ordenações Filipinas.⁶² E, como é cediço, as Ordenações Filipinas foram aplicadas em nosso país por longo período, até que paulatinamente houve a substituição por diplomas pátrios, depois da Independência.

Mas, como já exposto, diversas teorias surgiram para justificar juridicamente a coisa julgada – e nos tópicos seguintes serão analisadas aquelas que mais fortemente influenciaram o direito positivo pátrio.

De qualquer forma, para fins de melhor contextualização do problema, valemo-nos da exposição realizada por BOTELHO DE MESQUITA.⁶³

Referido mestre aponta que um dos principais problemas a serem esclarecidos, a partir do Direito Romano, seria exatamente a questão da sentença que traz uma conclusão errada – situação que decorre da possibilidade de erro na sentença, e conseqüente necessidade de uma explicação jurídica para sustentá-la.

Expõe o autor que tal problemática foi tratada pela teoria da ficção da verdade (SAVIGNY), teoria da presunção da verdade (cuja sistematização, após a Idade Média, pode ser atribuída a POTHIER) e ainda pela teoria da certeza judicial (ALFREDO ROCCO).⁶⁴

⁵⁹ SÉRGIO LUIZ MONTEIRO SALLES elabora primorosa exposição a respeito do tema, destacando que as máximas canônicas impedem a impossibilidade de rediscussão de determinadas questões: “Enquanto o sistema leigo tem por escopo o *supremum bonum temporale*, o canônico tem por meta o *supremum bonum spirituale*; segue-se que no sistema canônico, cada instituto ou norma não pode contrariar esse fim, não pode tornar-se ou vir a ser *peccati enutritivus* (...). Em razão dessas diretrizes, o sistema canônico edificou as sentenças *quae nunquam transeunt in rem iudicatam*”. (*Contribuição ao estudo da sentença extintiva de punibilidade* (Aspectos do anteprojeto de Código de Processo Penal) cit., p. 16-17, nota 49).

⁶⁰ Ordenações Afonsinas, Livro III, título LXXVIII, princípio, em trecho que trata da sentença que: “he nenhuuma, e de nenhuum valor, e nom fe require fer della apelado, nem pode já mais em alguum tempo paffar em coufa julguada”.

⁶¹ Ordenações Manuelinas, Livro III, título LX, princípio: “Quando a fentença he per Direito ninhuúa, nunca já mais em tempo alguú paffa em coufa julguada”.

⁶² Ordenações Filipinas, Livro III, Título LXXV, princípio: “A sentença, que he por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada”.

⁶³ *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade de motivação da sentença*, cit., p. 11 e ss.

⁶⁴ *Idem*, p. 14.

Denota-se que essas teorias buscaram o fundamento da coisa julgada fora da sentença.

De outra banda, em reação a tais teorias, surgiram duas correntes doutrinárias:⁶⁵ de um lado a materialista (PAGENSTECHER⁶⁶) e, do outro, a processualista (HELLWIG⁶⁷).

Conveniente uma breve explanação dessas teorias.

Para a doutrina materialista (ou materialística), a sentença na verdade tem função constitutiva de direito. Ou seja, a sentença é que efetivamente cria o direito, portanto, a coisa julgada influenciará a relação jurídica de direito material. Nessa toada, as sentenças justas produzem os mesmos efeitos da injusta.⁶⁸

Pelo outro lado, no entender da doutrina processualista (ou processualística), a coisa julgada na realidade fixa as relações jurídicas controvertidas e produz o efeito processual de vincular qualquer juiz futuro ao que foi decidido pela sentença.⁶⁹ Logo, não há qualquer influência na relação jurídica material, mas tão somente na relação de natureza processual.

⁶⁵ Idem, p. 17.

⁶⁶ Para PAGENSTECHER, o objetivo da sentença é criar a certeza jurídica em relação a um direito subjetivo, pela declaração formulada na sentença. Para que tal objetivo seja alcançado, a declaração em questão deve ser incontestável (doutrina da “força legal substancial da sentença”, ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 47). Ainda acerca do tema, esclarece BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade de motivação da sentença*, cit., p. 19, que toda sentença possui algo (elemento constitutivo de direito) que a torna obrigatória – exatamente o que dá à sentença uma força específica, capaz de transformar uma simples declaração em declaração com força de lei.

⁶⁷ Basicamente, para HELLWIG – cuja tese será analisada com mais vagar adiante – a eficácia da sentença encontra-se tão só na declaração de direito nela contida (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade de motivação da sentença*, cit., p. 20).

⁶⁸ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade de motivação da sentença*, cit., p. 19. Tal autor acrescenta ainda que a base dessa teoria apresenta o mesmo problema das doutrinas de SAVIGNY e POTHIER: enquanto as teorias da ficção e da presunção de verdade consideram como verdade o conteúdo da sentença errônea, a doutrina materialista (especialmente na formulação de PAGENSTECHER) percorre o caminho inverso, equiparando a sentença certa à errada.

⁶⁹ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade de motivação da sentença*, cit., p. 20. Na sequência, arremata o autor sua exposição da seguinte forma: “Esta eficácia da declaração (...) geraria, pois, apenas um direito processual a que corresponderia a obrigação de todo juiz posterior de estar adstrito à declaração pronunciada precedentemente, decidindo sempre em conformidade com esta”.

No mais, ainda a respeito do tema, pertinente os ensinamentos de CELSO NEVES:⁷⁰

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 doutrina substancialista. Diversamente, entendem outros que o fato pertence ao plano estrito do processo, sustentando a chamada teoria processualista da coisa julgada.

E conclui o autor:⁷¹

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 lindes do processual.

Em relação a essa dicotomia, LIEBMAN⁷² é categórico: “Mas a coisa julgada, por si só, não é nem ‘processual’, nem ‘material’”. Outrossim, aduz tal autor⁷³ que qualquer que seja o resultado sobre a natureza dos efeitos da sentença (declaratória ou criadora), a esses se estenderá a proteção da coisa julgada, para torná-los imutáveis.

3.2 Doutrinas que influenciaram o direito processual brasileiro pretérito

3.2.1 Regulamento 737 de 1850

Como visto, a tese da coisa julgada como presunção de verdade teve grande aceitação a partir da Idade Média, sendo que tal prestígio prosseguiu ao longo da história.

⁷⁰ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 434. Assevera CELSO NEVES que tal distinção na verdade reflete a cisão existente entre direito e ação, bem como a relação entre direito e processo.

⁷¹ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 435.

⁷² *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 40.

⁷³ LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença* cit., p. 40. Na mesma linha, e explanando com propriedade a lição de LIEBMAN: BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade de motivação da sentença*, cit., p. 23.

Modernamente, quem sustentou tal tese foi POTHIER, o qual, ao discorrer sobre as diversas presunções existentes, destaca aquela *juris et de jure* que nasce da coisa julgada.⁷⁴

A doutrina foi acolhida no Código Napoleão e se propagou para inúmeras legislações modernas, encontrando guarida inclusive em nosso país.⁷⁵

Cabe aqui lembrar que somente após a efetiva emancipação do Direito Processual Civil, ocorrida a partir da segunda metade do século XIX,⁷⁶ é que a coisa julgada passou a ser tratada pelos processualistas, antes ficando a cargo dos civilistas.⁷⁷

Escrevendo em 1936 – portanto tendo como campo de análise legislativa o Regulamento 737 de 1850 e as codificações processuais estaduais –, ESTELLITA⁷⁸ é peremptório ao afirmar que “a coisa julgada sempre foi e ainda hoje é tida, entre nós, como uma presunção de verdade da sentença”.

Assim, lastreado nesse raciocínio e à luz da maioria das codificações estrangeiras, o art. 185 do Regulamento 737⁷⁹ explicitamente acatou referida tese, ao arrolar a coisa julgada como uma “presunção legal absoluta”, prevalecendo mesmo “que haja prova em contrário”.⁸⁰

⁷⁴ ESTELLITA destaca que “é a POTHIER, ao menos modernamente, que a doutrina deve a sua fortuna. No ‘Tratado das obrigações’, entre os meios de prova, aparecem incluídas as presunções, das quaes merece destaque num estudo especial, a que nasce da autoridade da coisa julgada, referida entre as presunções *juris et de jure*” (*Da coisa julgada*, cit., p. 26).

⁷⁵ Nesse sentido: ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 26; MOACYR AMARAL SANTOS, que especificamente menciona que o Regulamento 737/1850 adota a tese da coisa julgada como presunção de verdade (*Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., p. 50).

⁷⁶ Mais precisamente em 1868, com a obra de OSKAR VON BÜLLOW (*Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*), que deu origem à hoje denominada fase autonomista do processo.

⁷⁷ CELSO NEVES esclarece que “O tema da coisa julgada sempre foi tido como de direito civil, à linha do entendimento predominante no sistema francês e, dali, irradiado para o italiano e para outros sistemas legislativos, inspirados no Código Napoleão” (*Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 237).

⁷⁸ ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 137.

⁷⁹ Como é cediço, antes tendo por base as Ordenações, o Direito Processual Civil brasileiro tem no Regulamento 737 de 1850 efetivamente o primeiro diploma processual nacional relevante – e, como ora se vê, já trata da coisa julgada (cf. NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 215).

⁸⁰ Assim dispunha referido dispositivo: “São presunções legais absolutas os fatos ou atos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrário, como a coisa julgada”.

Aponta ESTELLITA⁸¹ que a quase totalidade dos autores nacionais que haviam se debruçado acerca do tema – tais como PAULA BAPTISTA, RAMALHO, RIBAS e TEIXEIRA DE FREITAS – e dos Códigos estaduais, que vieram a lume a partir do início do século XX⁸² – dentre os quais os do Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais e Santa Catarina –, consagravam a tese da coisa julgada como uma presunção de verdade, que decorre da sentença.⁸³⁻⁸⁴

Se referida teoria tem como premissa que a coisa julgada decorre da sentença, certo é que, igualmente, entende-se a coisa julgada como um efeito da sentença. Nessa perspectiva, para CELSO NEVES⁸⁵ até a elaboração teórica formulada por LIEBMAN, “a coisa julgada sempre foi tida como efeito da sentença”.

Assim, pode-se concluir que, no país, durante a vigência do Regulamento 737 e dos Códigos de Processo dos Estados, prevaleceu, tanto do ponto de vista legislativo quanto doutrinário, a tese da coisa julgada como presunção de verdade.

3.2.2 *Código de Processo Civil de 1939*

No início do século XX, surge na Alemanha doutrina referente à fundamentação jurídica da coisa julgada que alcançou grande prestígio e aceitação nos meios jurídicos. Elaborada por HELLWIG,⁸⁶ é a chamada teoria da “eficácia da declaração”.

A ideia central de tal teoria é que a eficácia da sentença se encontra especificamente na declaração de direito nela contida,⁸⁷ sendo a coisa julgada efeito da sentença, mas restrito apenas à declaração – e toda sentença conterà eficácia declaratória.

⁸¹ ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 138.

⁸² Idem, p. 143. Aponta o autor que alguns Códigos, dentre os quais o do Distrito Federal, São Paulo e Paraná não tratavam da coisa julgada de tal forma.

⁸³ ESTELLITA também afirma (*Da coisa julgada*, cit., p. 137), que mesmo antes do Regulamento 737 – e mesmo não havendo apoio nos dispositivos das ordenações – autores como PIMENTA BUENO afirmavam ser a coisa julgada presunção de verdade, o que demonstra o prestígio da referida teoria perante a doutrina.

⁸⁴ A título de complementação da notícia histórica, vale aduzir que no período republicano, o primeiro diploma a tratar da coisa julgada foi a Lei de Introdução do Código Civil (Lei 3.071/1916).

⁸⁵ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 499.

⁸⁶ *Wesen und Subjektive Begrenzung der Rechtskraft Neudruck der Ausgabe*, cit., cujo contexto histórico já foi antes delineado.

⁸⁷ ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 57.

No Brasil, a tese da eficácia de declaração foi defendida, no início da década de 1970, por CELSO NEVES⁸⁸ que acabou por conceituar a coisa julgada como:

(...) efeito da sentença definitiva sôbre o mérito da causa que, pondo têrmo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial.

De forma contemporânea à teoria da eficácia da declaração, a partir de 1905 CHIOVENDA formulou seu conceito,⁸⁹ tendo por base a chamada “teoria da vontade autoritária do Estado” alemã.

Para o mestre italiano, a coisa julgada é a indiscutibilidade da vontade concreta da lei afirmada na sentença. O autor livrou-se da discussão entre materialistas e processualistas,⁹⁰ afirmando que a *res judicata* é um efeito da sentença que ocorre no processo em virtude da preclusão das questões decididas. E tal efeito consiste na indiscutibilidade e na obrigatoriedade do comando contido na sentença.

CHIOVENDA também diferenciou o raciocínio do juiz (ato de inteligência) de um comando (ato de vontade), sustentando que somente nessa parte do julgado incidirá a coisa julgada, pois é aí que se situa a afirmação da vontade concreta da lei.⁹¹

É curioso destacar que a distinção formulada por CHIOVENDA entre coisa julgada e preclusão⁹² até hoje não foi adotada na elaboração do conceito de *res judicata* no *common law*, como se depreende do atual estágio do referido instituto no direito americano.⁹³

⁸⁸ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 443.

⁸⁹ Como já exposto, CHIOVENDA iniciou sua formulação teórica em 1905, no ensaio “Sulla cosa giudicata” (*Ensayos de derecho procesal civil*), para posteriormente expor suas ideias nos *Principii di diritto processual civile* cit.; *Instituições de direito processual civil* cit.

⁹⁰ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, cit., p. 25.

⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 514 e ss.

⁹² Para: LIEBMAN (*Eficácia e autoridade da sentença* cit., p. 11, nota a), um dos méritos da formulação de CHIOVENDA foi exatamente separar o conceito de coisa julgada de outros afins, como preclusão e coisa julgada formal.

⁹³ À guisa de comparação para fins de análise do instituto no *common law*, cabe aqui uma breve explanação a respeito da *res judicata* no direito norte-americano. Naquele sistema, o entendimento da coisa julgada é deveras diverso do verificado no sistema romano-germânico, cumprindo destacar ainda que há variação no entendimento acerca da abrangência e conceito da coisa julgada, situação que se depreende pela simples análise da definição do instituto pelos autores norte-americanos (cf., exemplificadamente, JAMES JR., Fleming. *Civil procedure*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1965;

CASAD, Robert C.; CLERMONT, Kevin M. *Res Judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice*. Durham: Carolina Academic Press, 2001). Tomando por base o magistério dos últimos autores citados, percebemos que a *res judicata* abrange uma série de situações jurídicas, dentre as quais se destacam a *claim preclusion* e a *issue preclusion*. Pode-se afirmar que a *res judicata* é gênero do qual ambas *preclusion* são espécies. Por sua vez, existem ainda subespécies em cada uma das *preclusion* (a saber: *merger*, *bar*, *direct estoppel* e *collateral estoppel*) – e todas essas situações podem ser denominadas sob o termo *res judicata*. Dessa breve exposição, já se percebe como, do ponto de vista técnico, não houve, no direito americano, a delimitação e depuração do conceito de coisa julgada, como ocorreu no sistema do *civil law*, a partir da lição de CHIOVENDA.

Conveniente se faz a reprodução da esclarecedora lição de CASAD e CLERMONT acerca do tema, que tem início exatamente com a menção à confusão terminológica existente, e explica o que se deve entender por *res judicata* (*Res Judicata. A handbook on its theory, doctrine, and practice*, cit., p. 10-12):

“This discussion sufficiently illustrates the sources of confusion that lurk in the terminology of the subject. A lawyer should be alert to possible ambiguity, and always examine the context in which terms such as *res judicata* or *collateral estoppel* are used, to be sure of the intended meaning. In this book, we shall use *res judicata* to refer generally to the subject of conclusive effects of judgements in both *claim-precluding* and *issue-precluding* senses. (...) So here, by way of summary, is how the basics of *res judicata* work out under our terminological scheme:

1. Claim Preclusion. Outside the context of the initial action, a party generally may not relitigate a claim decided therein by a valid and final judgment. The judgment extinguishes the whole claim, precluding all matters within the claim that were or could have been litigated in that initial action. Claim preclusion subdivides into *merger* and *bar*. If the judgment in the initial action was in the plaintiff’s favor, the plaintiff’s claim is said to merge in the judgment. The plaintiff cannot bring a second action on the claim in the hope of winning a more favorable judgment. However, the plaintiff can seek to enforce the judgment, and the defendant cannot then raise defenses that were or could have been interposed in that initial action. If the judgment in the initial action was in the defendant’s favor, the plaintiff’s claim is said to be barred by the judgment. The plaintiff cannot bring a second action on the claim in the hope of winning this time. (...)

2. Issue Preclusion. Outside the context of the initial action, regardless of who won judgment, a party generally may not relitigate any issue of fact or law actually litigated and determined therein if the determination was essential to a valid and final judgment. Unlike claim preclusion, which reaches even matters that could have been but were not litigated, issue preclusion reaches only matters that were actually litigated and determined. Issue preclusion subdivides into *direct* and *collateral estoppel*. If the second action is on the same claim as the initial action (the second action presumably falling within some exception to claim preclusion), then the applicable variety of issue preclusion is *direct estoppel*. Much more commonly, the second action is on a different claim. Then the applicable variety of issue preclusion is *collateral estoppel*”.

Assim, percebe-se que sob o *nomen juris* de *res judicata*, o direito americano abarca diversos institutos existentes no direito pátrio, de tradição romano-germânica – tais como coisa julgada formal, coisa julgada material, eficácia preclusiva da coisa julgada, preclusão e até mesmo prejudicialidade –, bem como institutos que não recebem diferenciação em nosso sistema (caso da distinção entre *bar* e *merge*).

Para finalizar a discussão acerca desse tema, cabe ainda conferir a lição de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, um dos poucos autores pátrios que enfrentam essa questão. No artigo Coisa julgada, *collateral estoppel* e eficácia preclusiva *secundum eventum litis*

Percebe-se que ambas as teorias (HELLWIG e CHIOVENDA) destacam a coisa julgada como um efeito da sentença – e não mais como presunção de verdade.⁹⁴

Assim, afastam-se as críticas⁹⁵ anteriormente realizadas à doutrina da presunção da verdade – especialmente de que (i) a tese traduz antes um argumento político que jurídico; (ii) a presunção *juris et de jure* decorrente da coisa julgada é simplesmente o meio que o Estado lançou mão para tornar eficaz a coisa julgada; e (iii) a doutrina parte da premissa da inexistência de erro na sentença, que é hipótese contrária ao direito.⁹⁶

Essa mudança de rumos no entendimento doutrinário – de coisa julgada como presunção para coisa julgada como efeito da sentença – também se fez sentir no Brasil.

E isso é bem percebido no magistério de AURELIANO DE GUSMÃO. Tal autor sintetiza o que ocorreu em nosso país. Na primeira edição de sua obra a respeito da coisa julgada, datada de 1914, AURELIANO DE GUSMÃO sustenta expressamente que a coisa julgada é uma presunção.⁹⁷

De seu turno, na segunda edição, datada de 1922, após expor na introdução que reformulou alguns conceitos, deixa o autor de lado a teoria da coisa julgada como presunção, rumo às novas doutrinas vindas da Europa.⁹⁸

(*Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 72-84, dez. 2000) é exposto, com base nas lições de MICHELE TARUFFO (*Collateral estoppel e giudicato sulle questioni. Rivista di Diritto Processuale*, v. 26, p. 652 e ss., 1971) que “No processo norte-americano, a figura do *collateral estoppel* aparece como uma *res judicata* parcial, entendida como ‘*l’efficacia che la sentenza di merito passata in giudicato può avere in un successivo processo, diverso, quanto all’oggetto, da quello che si è concluso con tale sentenza*’. Ao passo que o *direct estoppel* corresponde a uma ‘*preclusione al riesame delle questioni già decise, efficace in un secondo processo sullo stesso oggetto*’.”

⁹⁴ Isso em nada obstante, como já supraexposto, vale relembrar que a teoria da presunção de verdade também acaba por entender a coisa julgada como efeito da sentença – mas a ênfase é exatamente o fato de a coisa julgada tratar-se de uma presunção legal *juris et de jure*.

⁹⁵ ESTELLITA, Guilherme. *Da cosa julgada*, cit., p. 28-30.

⁹⁶ ROCCO, Ugo. *L’autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, cit., p. 45. Afirma que o direito e o Estado não devem admitir, além de um certo limite, a hipótese de erro nas decisões judiciais; mas também não podem considerar a hipótese contrária – isto é, de verdade absoluta da sentença (o que efetivamente a doutrina da presunção da verdade propugna).

⁹⁷ “(...) presunção *juris et de jure*, que exclui toda e qualquer prova em contrário” (*Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*, p. 31, apud ESTELLITA, Guilherme. *Da cosa julgada*, cit., p. 139, grafia original).

⁹⁸ GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1922. p. 15. “Coisa julgada – pode-se assim definir: – o

Analisando a situação, CELSO NEVES⁹⁹ aponta, com propriedade, que a doutrina brasileira, até então influenciada pelas ideias francesas (SAVIGNY), a partir da segunda edição da obra de AURELIANO DE GUSMÃO adota o entendimento dos autores italianos (especialmente CHIOVENDA), por sua vez baseados em autores alemães – situação que é consolidada com a vinda da monografia de ESTELLITA.

Consoante já exposto, apesar de existirem distinções nas suas formulações (especialmente em relação a quais efeitos da sentença seriam abrangidos pela coisa julgada e à atividade exercida pelo juiz no momento de sentenciar), tanto HELLWIG quanto CHIOVENDA formularam teorias em que a coisa julgada é entendida como um efeito da sentença.

Logo, do ponto de vista doutrinário, abandona-se a tese de coisa julgada como presunção que decorre da sentença, entendendo-se então a *res judicata* como efeito – dos mais importantes – da sentença.

A partir dessa constatação, não surpreende que no CPC 1939 não haja, como havia nos diplomas processuais pátrios anteriores, a menção à coisa julgada dentre as presunções.

O Capítulo VI do Título VIII (Das provas) do Livro II (Do Processo em Geral) do referido Código tratava “Das presunções e dos indícios”, sendo que os dispositivos aí inseridos (arts. 251, 252 e 253) não fazem qualquer menção à coisa julgada.

No mais, o Título XI do Livro II era denominado “Da sentença e de sua eficácia”, sendo que o Capítulo II desse Título tratava especificamente “Da eficácia da sentença”, nos arts. 286 a 290.

É de ressaltar que não existia no CPC 1939 – como há hoje no atual Código – uma definição do que seja a coisa julgada. Porém, pela redação do art. 288, é possível afirmar que o legislador de 1939 adotou a posição da coisa julgada como efeito da sentença. Referido dispositivo fazia menção às decisões que “não terão efeito de coisa julgada”.¹⁰⁰ Ora, se algumas decisões não terão “efeito de coisa julgada” é porque a coisa julgada é um efeito da sentença.

Assim, percebe-se que, à semelhança do que ocorreu no âmbito doutrinário, também na legislação houve a superação da ideia – antes dominante –

decreto, sentença, ou decisão judicial que põe termo, de modo definitivo e irrevogável, à controvérsia, litígio ou demanda, ou a alguma incidente ocorrido no processo”.

⁹⁹ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 309.

¹⁰⁰ O artigo em questão arrola os despachos interlocutórios, sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária, preventivos e preparatórios e de desquite por mútuo consentimento.

de coisa julgada como presunção. Prestigiou-se a teoria da coisa julgada como efeito da sentença, o que se dá a partir da influência das lições de HELLWIG e CHIOVENDA.

Contudo, à luz dos dispositivos legais que tratam do tema, não é possível afirmar que houve a integral adoção de quaisquer das teorias dos autores europeus.

Quanto ao defendido por HELLWIG, não é possível reconhecer que o CPC 1939 tenha acolhido integralmente a teoria de eficácia da declaração, visto que referido diploma não restringe a coisa julgada à declaração contida na decisão – até porque, no momento histórico da elaboração do Código, a doutrina de classificação das ações e das sentenças por suas cargas de eficácia não estava suficientemente desenvolvida em nosso país.

Não obstante essa conclusão – obtida a partir do simples cotejo do diploma legal com a teoria em comento – PONTES DE MIRANDA afirma que o CPC 1939 efetivamente adotou a teoria de HELLWIG.¹⁰¹

Tampouco se pode falar que o CPC 1939 tenha acolhido integralmente a tese de CHIOVENDA. De início, merece destaque a ressalva de LIEBMAN, para quem a teoria de CHIOVENDA na verdade não foi bem desenvolvida no Brasil.¹⁰²

Além disso, o Código é lacônico, visto que apenas menciona a coisa julgada como efeito da decisão e silencia quanto à preclusão das questões decididas e da coisa julgada como efeito de indiscutibilidade e obrigatoriedade do comando contido na sentença (pontos esses fundamentais na formulação chiovendiana).

Dessarte, o Código de 1939 adotou a teoria da coisa julgada como efeito da sentença – mas não é possível concluir se o Código perfilha a teoria de algum autor específico.

Tanto é assim que CELSO NEVES – o qual em sua monografia realizou uma completa e cuidadosa exposição de cada uma das teorias até então desenvolvidas –, ao analisar o referido Código apenas afirma que o

¹⁰¹ Ao comentar o art. 290 e parágrafo único de tal Código, referido autor afirma: “O que se há de entender por eficácia de coisa julgada material é a eficácia que o elemento declarativo da sentença produz, (...). Consiste em vincular as partes à declaração” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1939). Rio de Janeiro: Forense, 1962. t. 4, p. 127).

¹⁰² Cf. Prefácio de LIEBMAN, datado de 1943, à tradução de sua obra *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 5. “O fato é que, no Brasil, a doutrina de CHIOVENDA sobre a coisa julgada não foi até hoje plenamente desenvolvida em todo seu alcance”.

diploma adotou a “coisa julgada como efeito da sentença”.¹⁰³ Esse silêncio eloquente reforça a conclusão de que não é possível apontar a adoção integral de qualquer teoria acerca da coisa julgada pelo pretérito CPC.

Mas o CPC 1939 não se restringe a apontar a coisa julgada como efeito da sentença. Outro dispositivo que pode nos dar alguma indicação a respeito das doutrinas adotadas pelo legislador de 1939 é o art. 287, cujo parágrafo único foi objeto de muita polêmica no tocante aos limites objetivos da coisa julgada e da motivação da sentença.¹⁰⁴

No que nos interessa, assim dispunha o *caput* do referido artigo: “A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas”.

A locução “força de lei” nos remete à teoria da sentença como *lex specialis*.

Tal doutrina,¹⁰⁵ cujos expoentes são os alemães MERKL¹⁰⁶ e BACHMANN,¹⁰⁷ tem como premissas o fato de considerar a sentença como uma lei especial criada para o caso concreto¹⁰⁸ e que seria imutável no tempo – aí residindo o fundamento jurídico da coisa julgada.

Já PEDRO BATISTA MARTINS, autor do anteprojeto do Código de 1939, ao doutrinariamente comentar o capítulo referente à sentença,¹⁰⁹ expõe que a posição dominante entende a coisa julgada como um requisito para a eficácia da sentença, e, portanto, um efeito da sentença. Mas, já acolhendo a teoria elaborada por LIEBMAN, afasta-se dessa posição.¹¹⁰

¹⁰³ NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 242: “No art. 288 tem-se a coisa julgada como efeito da sentença (...)”, sem indicar qual seria o autor que influenciou o Código.

¹⁰⁴ Polêmica essa que foge dos objetivos deste trabalho. De qualquer forma, acerca do tema, consultar, de BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Coisa julgada – efeito preclusivo*. In: _____. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 76 e ss.

¹⁰⁵ ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*, cit., p. 92.

¹⁰⁶ *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923, apud LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 40.

¹⁰⁷ *Das rechtskraeftige Zivilurteil als konkrete Rechtsnorm mit beschaenkter Rechtsgeltung*, 1931, apud LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 42.

¹⁰⁸ LIEBMAN, ao discorrer acerca do assunto, antes de passar para a efetiva crítica da teoria, menciona que: “Expondo em primeiro plano a já velha concepção da sentença como *lex specialis*, tenta-se, a bem dizer, solucionar o problema da coisa julgada na sua qualidade de norma jurídica concreta, em seu valor plenamente equivalente ao do direito objetivo” (*Eficácia e autoridade da sentença* cit., p. 40).

¹⁰⁹ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 3, p. 248.

¹¹⁰ Interessante refletir acerca da posição de PEDRO BATISTA MARTINS. Da análise de sua obra (*Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., passim), percebe-se seu

No entanto, independentemente das palavras do autor do anteprojeto, ao analisarmos a disposição das matérias no Código, percebe-se que o diploma legal trata da coisa julgada no capítulo destinado à “eficácia da sentença”. E, além disso, o art. 288 faz expressa menção a efeito da sentença. Destarte, o que constou do Código mostra a influência da doutrina então dominante de coisa julgada como efeito da sentença.

Em síntese, o CPC 1939 deixou de lado a antes dominante teoria da coisa julgada como presunção de verdade e adotou a teoria de coisa julgada como efeito da sentença – com inspiração nas ideias de HELLWIG e de CHIOVENDA, mas sem adotar expressamente quaisquer das teorias. Além disso, também o Código se mostrou influenciado pela doutrina da coisa julgada como *lex specialis*, em virtude do teor do art. 287.

3.3 Doutrinas que influenciaram a atual legislação (CPC 1973)

Pouco tempo depois da elaboração do CPC 1939, já começou a discussão a respeito da criação de um novo Código. Assim, as teorias de CHIOVENDA e HELLWIG continuavam em voga. Mas houve um autor adicional a contribuir para o debate, que inclusive aportou no Brasil vindo da Europa por força da II Guerra Mundial: LIEBMAN – processualista de grande influência no Processo Civil brasileiro.¹¹¹

O anteprojeto do atual Código, de autoria de BUZAID e apresentado em 1964, adotou a teoria defendida por LIEBMAN.¹¹² É indubitável que a

conflito acerca do tema. Como autor do anteprojeto, como visto *supra*, aproxima-se da doutrina de coisa julgada como efeito da sentença. Contudo, ao comentar o tema em sede doutrinária (p. 248, supracitada), afasta-se dessa posição positivada para se filiar à teoria de LIEBMAN. Por sua vez, posteriormente (p. 252), afirma que a coisa julgada, “não é nem ficção, nem presunção de verdade, nem uma *lex specialis*, como o pretendem as correntes doutrinárias em luta. Ela é simplesmente, uma criação da lei”; sendo que reforça seu argumento reproduzindo indagação formulada por JOÃO MONTEIRO: “não parecerá mais verdadeiro dizer que a coisa julgada não é nem ficção nem presunção, mas positiva e exclusivamente uma criação da lei?”

¹¹¹ Sobre a influência de LIEBMAN no processo civil brasileiro, conferir, de autoria de BUZAID, introdução às *Instituições de direito processual civil* de CHIOVENDA, (p. XV – 8) bem como o artigo *L'influenza di Liebman sul diritto processual civile brasiliano*. In: STUDI in onore di E. T. Liebman. Milano: Giuffrè, 1975.

¹¹² Acerca do confronto entre a tese de HELLWIG e a de LIEBMAN, vale consignar a opinião de CELSO NEVES para quem não existe “contraste essencial” entre ambas. Afirma referido autor (*Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 500) que “é importante que se acentue, de início, a inexistência de contraste essencial entre a concepção processualística de HELLWIG a respeito da coisa julgada, enquanto relaciona o seu conceito à eficácia declaratória da sentença, e a formulação de LIEBMAN, ao

obra do mestre italiano trouxe novas luzes ao estudo da coisa julgada. Sua tese teve considerável aceitação em nosso país e, conforme usualmente se afirma, teria sido a encampada pelo CPC 1973.

LIEBMAN desenvolveu suas ideias na obra *Eficácia e autoridade da sentença*, da qual destacamos os seguintes aspectos: (i) a desvinculação da coisa julgada dos efeitos da sentença e (ii) a constatação de que os efeitos da sentença podem ser produzidos antes mesmo do trânsito em julgado.¹¹³

Assim, LIEBMAN não se filia à teoria então prevalecente de coisa julgada como efeito da sentença. A *res judicata* é, na verdade, uma qualidade de indiscutibilidade e imutabilidade que adere aos efeitos da sentença (comando emergente da sentença).

Vale reproduzir a própria definição do autor:¹¹⁴

(...) autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

É corrente a afirmação de que o atual CPC adotou a teoria liebmaniana quanto à coisa julgada.¹¹⁵ O próprio BUZAID manifestou-se nesse

defini-la como qualidade de seus efeitos. Certa a construção de LIEBMAN, a qualificação própria da coisa julgada seria de todos os efeitos da sentença; certa a proposição de HELLWIG, essa qualificação seria estrita aos efeitos declaratórios da sentença⁷. Com a devida vênia a tal posição, não nos parece possível compatibilizar ambas as teses, especialmente por não ser possível conciliar a coisa julgada como efeito da sentença (HELLWIG) e a coisa julgada como qualidade do efeito da sentença (LIEBMAN) – e nem tanto pela discussão referente a quais dos efeitos da sentença são protegidos pela coisa julgada.

¹¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., passim.

¹¹⁴ Idem, p. 50.

¹¹⁵ Em rol não exaustivo, citamos: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 88; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 3, p. 301; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 555-556; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Sentença*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1997. p. 34 e 92; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 4, p. 39; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., p. 52; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 787; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003. p. 19 e 25; e GRECO

sentido, conforme se vê na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, na qual há a afirmação de que o projeto perfilhou o “conceito de coisa julgada elaborado por LIEBMAN e seguido por vários autores nacionais”.¹¹⁶

Contudo, após a comparação entre a terminologia utilizada por LIEBMAN e o que do Código consta, é de se concluir que a assertiva não corresponde à realidade.

Ora, LIEBMAN¹¹⁷ entende por coisa julgada a qualidade que adere ao comando emergente da sentença, qualidade essa que torna imutáveis tanto os efeitos como a própria sentença. Já na legislação (CPC, art. 467) temos a seguinte definição: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença (...)”.

Há disparidades entre os dois conceitos. LIEBMAN menciona “qualidade” e “comando emergente da sentença”, ao passo que a lei se vale de “eficácia” e “sentença”. Qualidade não é sinônimo de eficácia. Comando emergente da sentença não é sinônimo de sentença.

O descompasso entre a lei e a tese de LIEBMAN tem justificativa, esclarece MONIZ DE ARAGÃO: (i) houve alteração no texto enviado ao Congresso, diferenciando-o do anteprojeto original e (ii) houve emenda senatorial quando do trâmite do anteprojeto no Congresso.¹¹⁸

Portanto, o texto aprovado no Congresso não foi aquele proposto por BUZAID – não obstante a Exposição de Motivos ter permanecido exatamente a mesma.¹¹⁹

FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 248-249. Para esses autores, a coisa julgada é qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade dos efeitos da sentença – independentemente do que consta do CPC. Outrossim, referidos autores, invariavelmente, apontam que a doutrina dominante no direito brasileiro é aquela formulada por LIEBMAN.

¹¹⁶ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Capítulo III, título III, item 10.

¹¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 50.

¹¹⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 238-239. Afirma o autor que: “O Projeto enviado à Câmara dos Deputados afastou-se da redação do Anteprojeto, em um aspecto irrelevante (‘denomina-se’ em lugar de ‘chama-se’) e em outro relevante (a substituição do vocábulo ‘qualidade’ por ‘eficácia’). (...) Alterou-o ainda mais a Emenda n.º 372, apresentada ao Senado Federal pelo Sen. Benedito Ferreira, que a justificou com estas palavras: ‘Muitas discussões se travam em torno da definição da coisa julgada material. Modernamente, no entanto, resolveu-se pela eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença e não o seu efeito, na realidade mero reflexo do ato judicial’”.

¹¹⁹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 239.

Pelo texto do anteprojeto original de BUZOID,¹²⁰ o art. 507 (correspondente ao atual art. 467) teria a seguinte redação: “Chama-se coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recursos ordinário ou extraordinário”.

O cotejo entre a doutrina de LIEBMAN e a definição original de BUZOID nos mostra claramente o desiderato do autor do anteprojeto em adotar exatamente a posição do mestre italiano: coisa julgada como qualidade¹²¹ que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença.¹²²

Não obstante, o dispositivo legal aprovado e constante do Código – e ainda hoje em vigor sem qualquer alteração – na verdade conceitua a coisa julgada como “eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença”.

Ora, a “eficácia de imutabilidade da sentença”, positivada em nosso Código, não coincide com a construção liebmaniana de “qualidade do efeito da sentença”.

Por “eficácia” entende-se a aptidão para gerar efeitos.¹²³ Assim, a coisa julgada, definida no CPC como “eficácia de imutabilidade e indiscutibilidade da sentença”, é uma aptidão que a sentença dispõe para gerar efeitos imutáveis e indiscutíveis (portanto, potencialidade do ato decisório).¹²⁴ Portanto, não se trata da posição de LIEBMAN (“qualidade do efeito da sentença”). Destarte, a rigor técnico, o CPC não reproduziu a teoria liebmaniana.

A exegese do texto legal (art. 467 do CPC) foi realizada por BARBOSA MOREIRA, com ponto de partida comum ao ora exposto, mas com ponto de chegada distinto.

¹²⁰ Cf. NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada civil*, cit., p. 242; ARA-GÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 238.

¹²¹ Termo constante tanto da definição de LIEBMAN quanto da redação original do CPC.

¹²² LIEBMAN valeu-se de “comando emergente de uma sentença”, ao passo que BUZOID utilizou-se simplesmente do termo “efeito da sentença” – o que se justificaria, tendo em vista que, para LIEBMAN, a estabilidade do comando emergente da sentença acaba por tornar estável o efeito da sentença.

¹²³ O entendimento, aqui, é de BARBOSA MOREIRA (Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. In: _____. *Temas de direito processual* – 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175), no que é seguido por grande parte da doutrina.

¹²⁴ Inclusive, há quem reconheça nessa redação do Código a conclusão de que o legislador chegou a definir a coisa julgada como efeito da sentença. É o que afirmam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART (*Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 664). “(...) peca a definição ofertada pelo Código de Processo Civil ao estabelecer a coisa julgada como um efeito da sentença”.

Para referido mestre,¹²⁵ existem duas opções para a interpretação do texto legal. Uma delas é aquela aqui exposta: a eficácia prevista no dispositivo legal se refere à própria sentença (ou seja, trata-se de uma potencialidade do ato jurisdicional, como anteriormente defendido). A outra é a de que, na verdade, o termo eficácia não se refere à sentença, mas sim ao fato de a sentença já não estar mais sujeita a recurso.¹²⁶

Afirma o professor fluminense que a melhor interpretação é a segunda, pois, se correta a primeira interpretação.¹²⁷

(...) ter-se-ia o Código atrelado – surpreendentemente – à teoria doutrinária que vê na coisa julgada material um efeito da sentença, ou mais precisamente um efeito da declaração contida na sentença.

Ou seja, entende BARBOSA MOREIRA que, caso se interprete o dispositivo como aqui propugnado, teria sido acolhida a teoria de HELLWIG. Portanto, deve-se entender que o termo “eficácia” contido no art. 467 do CPC não se refere à sentença, mas sim ao fato de a sentença já não estar mais sujeita a recurso.

Com o devido respeito ao processualista, não nos parece a interpretação mais escorreita. A partir da própria evolução do texto legislativo, claro é que o legislador, no texto originário, buscava fazer menção à coisa julgada como uma qualidade da sentença. Contudo, no texto final houve a alteração do termo “qualidade” para “eficácia”. Ora, se assim é, não há de se discutir que a eficácia se refere à sentença.

Igualmente concluindo que o direito positivo não adotou a formulação de LIEBMAN, MONIZ DE ARAGÃO entende que o Código acaba por conceituar a coisa julgada como um possível efeito da sentença, aproximando o CPC 1973 da posição defendida por CELSO NEVES, inspirada em HELLWIG.

¹²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: _____. *Temas de direito processual*. 3.^a série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 107-108.

¹²⁶ Segue a passagem (idem, ibidem, p. 107-108): “Que é que tem, para o Código, a eficácia de tornar imutável e indiscutível a sentença? De duas respostas pode-se aqui cogitar: a) a eficácia é da própria sentença; b) a eficácia é do fato de já não estar a sentença ‘sujeita a recurso ordinário ou extraordinário’, ao qual se refere a parte final do dispositivo”.

¹²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: _____. *Temas de direito processual*. 3.^a série, cit., p. 108.

Vale reproduzir a passagem:¹²⁸

Contrastando, pois, a disposição comentada com a teoria de LIEBMAN vê-se que o Código repudiou-a, pois a coisa julgada corresponde, na construção dogmática do autor, a uma ‘qualidade, um modo de ser de manifestar-se’ dos efeitos da sentença e não à ‘eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença’. A emenda aprovada no Senado Federal aproximou a disposição comentada da tese do Prof. CELSO NEVES, que relaciona a coisa julgada à declaração contida na sentença, na linha do pensamento de HELLWIG.

Aduz ainda o autor que apesar das críticas de BARBOSA MOREIRA à utilização do termo “eficácia” no dispositivo legal – supraexpostas –, se tal palavra for tomada na acepção proposta por CHIOVENDA – de autoridade – estar-se-á próximo da definição do autor italiano. Também reproduzimos a passagem:¹²⁹

Talvez o vocábulo tenha sido usado por “autoridade”, o que o explica. Assim se expressara CHIOVENDA, para quem “a coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda”, e a “eficácia ou autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos”. Abandonada a doutrina de LIEBMAN, o emprego do vocábulo não seria inaceitável, usado que fora por CHIOVENDA.

Segundo nos parece, na verdade o CPC não adotou nenhuma teoria em específico. As alterações atécnicas impostas ao texto acabaram por criar algo sem qualquer embasamento teórico.

O CPC 1973 define a coisa julgada como “aptidão da sentença para gerar efeitos imutáveis e indiscutíveis”, sendo que esse conceito, apesar de ter sido inicialmente inspirado em LIEBMAN, em verdade não se filia a qualquer doutrina já existente¹³⁰ – até em virtude da forma atabalhoada pela qual se deu a redação final do dispositivo legal.¹³¹

¹²⁸ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*, p. 239.

¹²⁹ Idem, p. 240.

¹³⁰ E nem se diga que foi acolhida a tese de HELLWIG, já que o dispositivo, como aprovado, não faz qualquer tomada de posição quanto aos efeitos que são cobertos pela coisa julgada (portanto não se pode falar em limitação ao efeito declaratório) – o que é fundamental na teoria de tal autor.

¹³¹ De qualquer forma, em virtude do teor do art. 468 do atual Código (A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas), é de reconhecer similitude entre o CPC 1973 e o CPC 1939 em relação à doutrina da *lex specialis* – tese esta brevemente exposta no tópico anterior.

De qualquer forma, como já exposto, a doutrina majoritária aponta que a teoria de LIEBMAN é a adotada em nosso país.¹³² Destarte, a interpretação dominante afasta-se daquilo que é previsto no Código.

Ou seja, apesar do teor da legislação – que não encampou a doutrina de LIEBMAN – tal formulação influenciou (e influencia) de forma considerável o pensamento jurídico nacional.

Nessa perspectiva, são pertinentes as palavras de TESHEINER, para quem, apesar de o Código não ter expressamente adotado a doutrina liebmaniana, “(...) o certo é que a teoria de Liebman é dominante entre nós, não podendo, pois, ser ignorada”.¹³³

Conveniente ainda consignar que, atualmente, dentre os autores pátrios, não há unanimidade quanto à correção da formulação teórica de LIEBMAN. Diversos autores que têm se debruçado acerca do assunto, não obstante apontarem os méritos de LIEBMAN, entendem que sua formulação admite reparos. É o que será oportunamente analisado neste trabalho.

3.4 A coisa julgada no projeto de Novo CPC (PL 166/2010 do Senado e PL 8046/2010 da Câmara)

O projeto de NCPC, em tramitação no Congresso, traz a seguinte definição para coisa julgada: “Art. 489. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

O projeto busca aproximar o conceito legal de coisa julgada à construção teórica de LIEBMAN, ao substituir o termo “eficácia” (constante do art. 467 do CPC) por “autoridade”.

Contudo, não há a efetiva aproximação à construção de LIEBMAN, ao insistir na imutabilidade da sentença – apenas substituindo esse termo por “decisão de mérito”, de modo a efetivamente abarcar acórdão e decisões monocráticas.

Ou seja, o ponto de partida do NCPC é o mesmo do CPC 1973 – a teoria de LIEBMAN. Mas o projeto falha tanto por não aderir na íntegra a

¹³² Como já exposto, existem posições distintas. Não obstante, cumpre consignar que ainda há quem defina a coisa julgada com base em seu momento de ocorrência – como propõe a LINDB (ex-LICC, art. 6.º, § 3.º). Nesse sentido, LUÍS IVANI DE AMORIM ARAÚJO: “Assim sendo, consideramos coisa julgada a decisão que não é mais suscetível de recurso algum, seja ordinário, seja extraordinário” (*Da sentença e da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 31).

¹³³ TESHEINER, José Maria Rosa. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 72. Esse autor gaúcho também sustenta, a partir de MONIZ DE ARAGÃO, que o Código não adotou a teoria de LIEBMAN.

LIEBMAN quanto por não levar em consideração a importante contribuição doutrinária pátria posterior à formulação liebmaniana.¹³⁴

Logo, em nosso entender, há repetição sem qualquer evolução no projeto.

4. DAS CARACTERÍSTICAS DA SENTENÇA E DO CONCEITO DE COISA JULGADA

4.1 Sentença: conceito, efeitos, eficácia

Em virtude da escassez de bens para a satisfação das necessidades humanas, é natural que surjam conflitos acerca de um mesmo bem. Por sua vez, em muitos desses casos, o direito, de forma abstrata, já previu uma solução para tais conflitos.¹³⁵

Apesar da existência de uma solução prevista em abstrato, é possível que haja resistência de um em face da pretensão do outro. Diante disso, surge a controvérsia – pretensão qualificada pela resistência – ou simplesmente lide, na clássica definição de CARNELUTTI.¹³⁶

Ao longo da história, diversas foram as formas de solução da lide. Atualmente, segue a jurisdição sendo o mecanismo de maior relevo – apesar do inegável destaque que os métodos alternativos de solução dos conflitos (ADRs)¹³⁷ ganham nas últimas décadas.

No âmbito da jurisdição, o Poder Judiciário é provocado pela parte interessada,¹³⁸ e a decisão da lide se dará com a aplicação do direito objetivo (a supramencionada regra abstrata) ao caso concreto.

E a decisão se dá por meio de ato jurisdicional denominado sentença que, no dizer de PONTES DE MIRANDA, “é a prestação jurisdicional, objeto da relação jurídica processual”.¹³⁹

O Poder Judiciário, porém, antes de efetivamente apreciar o pedido formulado pelo autor, deve verificar a higidez da relação jurídica processual.

Assim, ao proferir a sentença, deve o Poder Judiciário manifestar-se acerca da existência da ação (condições da ação), da adequação formal da

¹³⁴ A respeito do tema, conferir item 4.3, infra.

¹³⁵ Nesse sentido, cf. BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença*, cit., p. 35.

¹³⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*. Pádua, 1933. v. 1, p. 128.

¹³⁷ A respeito da evolução do tema, conferir o trabalho de: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

¹³⁸ *Nemo procedat iudex ex officio* (CPC, art. 2.º e art. 262).

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 5, p. 47.