

## OBRAS DO AUTOR

*Parcerias público-privadas – Um enfoque multidisciplinar.* Org. conj. Monica S. Justen. São Paulo: RT, 2005.

*Processo de execução.* 7. ed. rev., atual. e ampl. Coop.: Luiz Carlos Wambier; Flávio Renato Correia da Almeida. São Paulo: RT, 2005. v. 2. (Curso avançado de processo civil)

*Processo cautelar e procedimentos especiais.* 6. ed. rev., atual. e ampl. Coop.: Luiz Carlos Wambier; Flávio Renato Correia da Almeida. São Paulo: RT, 2005. v. 3. (Curso avançado de processo civil)

*Teoria geral do processo e processo de conhecimento.* 7. ed. rev., atual. e ampl. Coop.: Luiz Carlos Wambier; Flávio Renato Correia da Almeida. São Paulo: RT, 2005. v. 1. (Curso avançado de processo civil)

*Tutela monitoria. A ação monitoria – Lei 9.079/95.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

*Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.* 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, 2003.

EDUARDO TALAMINI

# COISA JULGADA E SUA REVISÃO

- ▶ Coisa julgada e Constituição
- ▶ O regime infraconstitucional da coisa julgada
- ▶ A ação rescisória e outros meios rescisórios típicos
- ▶ Os limites da revisão atípica (“relativização”) da coisa julgada
- ▶ As sentenças inexistentes

### Dados Internacionais de Catalogação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Talamini, Eduardo  
Coisa julgada e sua revisão / Eduardo Talamini. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.  
ISBN 85-203-2810-5

1. Brasil - Direito constitucional 2. Coisa julgada – Brasil I. Título

05-7020

CDU-347.953(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Coisa julgada : Processo civil 347.953(81)

EDITORA  **REVISTA DOS TRIBUNAIS**

Não há como falar em “relativização” da coisa julgada sem antes delinear o terreno em que esse instituto se põe. A falta de tal definição de premissas cria dois riscos em sentidos opostos. Por um lado, arrisca-se cogitar de falsos problemas de “coisa julgada a relativizar”, ou seja, atribuir erroneamente coisa julgada a situações que em verdade dela não se revestem e cuja injustiça ou ilegitimidade pode vir a ser corrigida ou superada independentemente de qualquer solução que envolva verdadeira quebra da coisa julgada. Por outro, há o risco da pretensa solução de problemas que verdadeiramente envolvem “coisa julgada”, mediante artificios destinados a negar a sua ocorrência (v. n. 2.9 e cap. 6).

Empregar-se-á no texto o termo “coisa julgada” para designar a coisa julgada *material*. Adiante, trata-se da coisa julgada *formal* (n. 2.7).

## 2.1 Conceito de coisa julgada material

A coisa julgada material pode ser configurada como uma qualidade de de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial.

Esse conceito comporta o desenvolvimento detalhado dos seus vários aspectos.

### 2.1.1 Os atos *acobertados* pela coisa julgada

O primeiro desses aspectos diz respeito ao âmbito de incidência da coisa julgada, i.e., o universo de atos sobre os quais ela recai.

A coisa julgada é atributo que pode recair apenas sobre atos jurisdicionais. Mais especificamente, mesmo entre os atos jurisdicionais, apenas aqueles que contenham um suficiente grau de intensidade de cognição são compatíveis com a coisa julgada. A esse respeito, veja-se o n. 2.2.3, a seguir.

Também não são todos os atos jurisdicionais decisórios que fazem coisa julgada. É bem verdade que a Lei de Introdução ao Código Civil vincula a coisa julgada a toda “decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º, § 3º).<sup>1</sup> Mas essa definição é inadequada: quando muito, serve para estabelecer a noção — bem mais ampla — de preclusão da faculda-

<sup>1</sup> No projeto de nova Lei de Introdução, mantém-se a mesma definição (Projeto de Lei do Senado 243/2002, art. 6º, §3º).

de recursal (v. n. 2.8). Por sua vez, o art. 467 do Código de Processo Civil pretendu estabelecer definição mais precisa, mas também pecou. À parte outras imprecisões a seguir indicadas, contentou-se em consignar que a coisa julgada material recairia sobre qualquer “sentença” não mais sujeita a recurso. A rigor, no ordenamento processual brasileiro, não é possível delimitar os pronunciamentos aptos a revestirem-se da coisa julgada mediante a mera leitura dos preceitos que pretensamente a “definem”. É o art. 485 do diploma processual que estabelece de modo mais preciso o âmbito de incidência da coisa julgada material, ao prever para sua constituição a via restrita e excepcional da ação rescisória: “sentença de mérito transitada em julgado”? Lembre-se apenas que o “mérito” do processo (*reclitus*: seu *objeto*) pode eventualmente dizer respeito a um direito, relação ou situação processual (p. ex., embargos à execução, ação rescisória, mandado de segurança contra ato judicial etc.) — e a sentença que o decide, desde que presentes os demais pressupostos, estará apta a fazer coisa julgada material.

Assim, estão alheios à coisa julgada material os atos judiciais não decisórios (p. ex., os atos executivos), as decisões interlocutórias, as sentenças que extinguem o processo sem julgamento de mérito, as sentenças que encerram o processo executivo (pois não julgam mérito). Estão também alheias, por razões melhor examinadas nos itens 2.2.3 e 2.2.4, as sentenças de cognição sumária (p. ex., nos processos urgentes, na jurisdição voluntária etc.).

Sobre a coisa julgada nas sentenças que extinguem o processo com julgamento de mérito nas hipóteses dos incisos II, III e V do art. 269, veja-se o n. 3.4.9, adiante.

### 2.1.2 *Trânsito em julgado* e coisa julgada

O segundo aspecto concerne ao *trânsito em julgado*. Não basta tratar-se de sentença de mérito. Para que se estabeleça a coisa julgada

<sup>2</sup> Algo semelhante ocorre no direito italiano. Embora o art. 2.909 do Código Civil italiano refira-se genericamente a “sentença” ao pretender conceituar a coisa julgada, o universo de incidência dessa autoridade acaba por ser extraído dos dispositivos que tratam dos instrumentos destinados precisamente a combater atos revestidos pela coisa julgada: *revocazioni* e *opposizione di terzo* (vide a respeito Garbagnati, *Il procedimento*, n. 3, p. 7).



é preciso que estejam esgotadas as possibilidades de alteração da sentença mediante mecanismos internos ao processo em que ela foi proferida. Ou seja, é necessário que da sentença já não caiba nenhum recurso nem reexame de ofício. O trânsito em julgado indica o momento em que isso ocorre.

Note-se que *trânsito em julgado* e *coisa julgada* são institutos inconfundíveis. Cabe ao direito canônico firmar a distinção (v. n. 4.2 e 4.3). Se, por um lado, não há coisa julgada sem que tenha havido o trânsito em julgado, por outro, nem sempre o trânsito em julgado traz consigo a coisa julgada material. Quando muito, pode-se vincular o trânsito em julgado à coisa julgada formal, de que se fala adiante. Mas, ainda assim, não há identidade entre os dois conceitos. O primeiro concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença; o segundo diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditiva da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito.

### 2.1.3 *Coisa julgada, efeitos da sentença e conteúdo do decísium*

O terceiro aspecto diz respeito ao núcleo essencial da coisa julgada. Por muito tempo, vigorou a noção tradicional, de índole romanística, de que a coisa julgada seria um efeito da sentença. De acordo com essa concepção, tratar-se-ia de um dos vários efeitos produzidos pela sentença ou, ainda, identificar-se-ia com o próprio efeito declaratório.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Trata-se da concepção até hoje prevalente na doutrina alemã. Cf., v.g.: Goldschmidt, *Derecho procesal*, n. 63, p. 387 e 395-396; Schönke, *Derecho procesal*, n. 76, p. 276; Rosenberg, *Tratado*, v. 2, n. 146, p. 442; Lent, *Dritto processuale*, n. 65, p. 258; Jaureñig, *Derecho processual*, n. 62, p. 316, e n. 65, p. 342; Leible, *Proceso civil alemán*, cap. 4, E, n. 5, c, p. 345, e n. 8, p. 377. No direito brasileiro: Neves, *Coisa julgada*, parte 5, cap. II, p. 443 e seguintes, cap. VI, p. 505. Já Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, n. 1 à Seção 2, p. 100-102, e n. 2 ao art. 467, p. 111-112) adota uma concepção intermediária, similar à posteriormente defendida por Ovidio B. da Silva (v. adiante). Na Itália, Redenti, p. ex., considerava ser a coisa julgada uma "qualidade" da declaração ("accertamento") comida no provimento (*Dritto processual*, I, n. 15, p. 71). Também Chiovenda aderiu à idéia de ser a coisa julgada um efeito da sentença, resritivo à declaração (v. p. ex., *Principii*, § 8, n. III, p. 187; § 76, n. III, p. 900; e *Instituições*, v. 1, n. 53, p. 199) – mas veja-se também o exposto no parágrafo seguinte do presente texto. No direito italiano recente, v., v.g., Nicoletti, *Lineamenti*, cap. III, n. 1 e 2, p. 81-82. Em Portugal: Castro, *Direito processual*, n. 167, p. 405.

Já em Chiovenda nota-se um esboço de superação da noção antes reinante. Em seus *Principii* e depois nas *Instituições*, ao tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, Chiovenda lança afirmações que se prestam a distinguir os *efeitos* da sentença da *autoridade* da coisa julgada. Sobre os primeiros, escreve que "como todo ato jurídico relativamente às partes entre as quais intervém, a sentença existe e vale com respeito a todos". A respeito da segunda, consigna: "O julgado [judicatio] é restrito às partes e só vale como julgado entre elas".<sup>4</sup> Em outra passagem, ao afirmar que as partes podem renunciar ao efeito do julgado, mas nunca pretender nova decisão sobre o já decidido, Chiovenda deixa também nítida a diferença entre o "efeito do julgado" e a autoridade da coisa julgada (proibição de nova decisão).<sup>5</sup> Mas faltava, ainda, explicação adequada para o fenômeno.

Coube a Liebman a precisa distinção entre coisa julgada e efeitos da sentença. Segundo sua lição, coisa julgada é uma qualidade ("autoridade") dos efeitos da sentença – e não um de seus efeitos. É o "modo de ser", o modo como se manifestam e vigoram os efeitos da sentença – sejam eles quais forem (declaratórios, constitutivos ou condenatórios, de acordo com a classificação tradicional, vigente à época da obra de Liebman).<sup>6</sup>

Em seu ensaio clássico sobre o tema, Liebman critica a tese concebida pela doutrina germânica que identificava a coisa julgada com o próprio efeito declaratório da sentença. De acordo com esse entendimento, a autoridade de estabilidade do julgado seria a própria declaração, com força obrigatória e indiscutível, presente em todas as sentenças cognitivas. Daí que o efeito constitutivo estaria alheio à coisa julgada, tal como o estaria também a condenação, considerada em si mesma. Nas sentenças com essas eficácias – ainda conforme a teoria criticada – a coisa julgada restringir-se-ia à declaração também presente e que lhes serve de pressuposto lógico.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> *Principii*, § 80, n. I, p. 921, e n. II, p. 924; e *Instituições*, v. 1, n. 133, p. 414, e n. 135, 417 (de onde se extrairam os trechos citados, na trad. port. de G. Menegale).

<sup>5</sup> *Instituições*, v. 1, n. 119, p. 383.

<sup>6</sup> *Eficácia e autoridade*, §§ 1-3, p. 1-70.

<sup>7</sup> Vejam-se as referências indicadas acima.

Liebman aponta o “erro lógico” em que incorre essa construção, por confundir num mesmo plano os efeitos da sentença com a coisa julgada. Em tese, todos os efeitos da sentença podem produzir-se antes ou independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que tenham sua essência desnaturada. Liebman pondera que o próprio efeito declaratório pode ser imaginado nesses termos. Ele até reconhece que a declaração, despidida da imunização que a coisa julgada lhe confere, tende a ter menor utilidade para o jurisdicionado. Mas mesmo a eficácia declaratória é concebível sem a coisa julgada, servindo como exemplo disso a declaração contida em atos administrativos. Há também manifestações jurisdicionais declaratórias com essa característica: v.g., a sentença que no processo canônico declara estado de pessoa não se reveste da coisa julgada (v. n. 4.3 e 15.2.2, adiante).<sup>8</sup> Ademais, não apenas o efeito condenatório (execução provisória) e o constitutivo, mas também o efeito declaratório pode produzir-se mesmo antes do trânsito em julgado da sentença.<sup>9</sup> Liebman ainda pondera que a identificação da coisa julgada com o efeito declaratório pretendida pela doutrina alemã, por um lado, deixa sem a proteção da coisa julgada os demais efeitos e, por outro, ignora a autonomia do efeito declaratório, que acaba absorvido na coisa julgada.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> *Efficácia e autoridade*, n. 3, p. 18-20, e n. 8, p. 37-39.

<sup>9</sup> Em um dos últimos ensaios que publicou sobre o tema, já na década de 1980, Liebman examinou detidamente a disposição então contida no art. 337, I, do Código de Processo Civil italiano, o qual confirma que a sentença produz efeito declaratório mesmo antes de fazer coisa julgada. Tal dispositivo determina que, se para a decisão de um segundo processo, há uma questão prejudicial que já foi objeto de sentença, mas ainda não transitou em julgado, o juiz do segundo processo pode: (i) desde logo decidir tomando em conta o comando da sentença ainda não transitada em julgado ou (ii) suspender o processo e aguardar o resultado de recurso contra a primeira sentença. Não pode, contudo, desde logo sentenciar sem levar em conta a sentença do primeiro processo (“Sentença e coisa julgada...”, n. 3 e seguintes, p. 298 e seguintes). Os autores italianos atuais que ainda se prendem à concepção criticada por Liebman não conseguem dar explicação satisfatória para a regra (v., p. ex., Nicoletti, *Lineamenti*, cap. III, n. 2, p. 82). Ada Grinover observa não haver semelhante dispositivo no ordenamento brasileiro, mas reputa que — tal como o próprio Liebman entendia antes da referida regra ser expressamente introduzida no direito italiano (em 1950) — as mesmas diretrizes são aplicáveis (nota ao ensaio de Liebman ora referido, n. 4, p. 324).

<sup>10</sup> *Eficácia e autoridade*, § 1, p. 6, nota de aditamento b.

Assim, para Liebman, a coisa julgada, em face dos efeitos da sentença, é um elemento novo, um *plus*, que vai além daquilo que os efeitos, em si, já propiciariam. A coisa julgada *qualifica* todos os efeitos da sentença.<sup>11</sup>

A explicação de Liebman para o fenômeno da coisa julgada e de sua relação com os efeitos da sentença está longe de constituir simples tese acadêmica. É de vital relevância para a solução de questões ainentes aos limites subjetivos da coisa julgada, tema de grande relevância prática e intimamente vinculado às garantias fundamentais do processo (v. n. 2.5).

Quanto ao seu cerne, de distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, a doutrina em discurso conta com ampla adesão na Itália e na França e é objeto de “consenso generalizado” no Brasil.<sup>12</sup>

Mas a teoria de Liebman foi, entre nós, alvo de percuente crítica por parte de Barbosa Moreira.<sup>13</sup> Segundo o ilustre processualista carioca, a coisa julgada não consiste propriamente na imutabilidade dos efeitos da sentença, mas na imutabilidade do *conteúdo* do comando da sentença. Os efeitos da sentença eventualmente se modificarão ou extinguirão — quer porque isso deriva da sua normal atuação (p. ex., efeito condenatório), quer porque, desde que o objeto seja direito disponível, as partes podem posteriormente ajustar solução diversa (p. ex., as partes separadas judicialmente em processo litigioso retomam o vínculo conjugal; re-

<sup>11</sup> *Idem*, § 2, n. 3, p. 19-20.

<sup>12</sup> Na Itália, cf. Besso, *La sentenza*, cap. 3, n. 7, p. 127, nota 104; Micheli, *Corso*, I, n. 83, p. 289-293; Fazzalari, *Istituzioni*, parte 2, cap. X, n. 2, p. 452, n. 3, p. 453-455; Verde, *Profilo*, 2, cap. 7, n. 2, C, p. 338; Caponi, *L'efficacia*, cap. 1, n. 1, p. 3, e cap. VII, n. 17, p. 266-267. Ver mais referências em ensaio do próprio Liebman (“Sentença e coisa julgada...”, nota 2), e em obra de Mario Vellani, o qual, mesmo sem aderir-lhe, relata a ampla aceitação da tese liebmaniana na Itália (*Naturalza*, p. 64, nota 91). Xavier Lagarde afirma ser “unânime” na doutrina francesa a distinção entre efeitos e a autoridade da sentença (*Reflexion*, n. 232, p. 369-370 e nota 918). No Brasil, vejam-se as referências em Ada Grinover, nota ao § 1 do *Eficácia e autoridade*, de Liebman, n. 1, p. 8-9 (é dela a expressão entre aspas no texto).

<sup>13</sup> Ainda e sempre a coisa julgada”, *passim*. Em ensaios posteriores, o autor retomou e desenvolveu as idéias contidas nesse estudo (v. esp. “Coisa julgada e declaração”, “Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, “Conteúdo e efeitos da sentença (...)” e “Notas sobre el contenido, los efectos y la inmutabilidad de la sentencia”).



missão da divida objeto da condenação). Será impossível, isso sim, a obtenção de outro comando, junto a qualquer juiz, para aquele mesmo objeto de processo antes decidido pela sentença revestida da coisa julgada.

Rigorosamente, a crítica de Barbosa Moreira é antes um reparo à fórmula sinéctica da tese de Liebman (“coisa julgada é qualidade dos efeitos”) do que uma oposição ao conteúdo da teoria liebmaniana como um todo. Do exame geral da exposição feita por Liebman, fica claro que sua preocupação maior estava em diferenciar efeitos e coisa julgada. A afirmação de Liebman de que a coisa julgada é “qualidade dos efeitos” não retrata integralmente tudo o quanto o mestre italiano expõe em seu ensaio. Afinal, o próprio Liebman reconhecia que a relação jurídica que foi objeto da sentença pode ser posteriormente modificada pelas partes, sem que isso afete a coisa julgada (usava como exemplo um daqueles empregados por Barbosa Moreira: o pagamento, com o que “perde a condenação todo o valor”).<sup>14</sup> Mais ainda, em outra passagem Liebman diz mesmo que a “precisa” definição da coisa julgada é a de “imutabilidade do comando emergente de uma sentença” (muito embora, a seguir, ao procurar explicar o sentido da definição, afirme que a definitividade recaia não apenas sobre o ato em si, mas também sobre os seus “efeitos”).<sup>15</sup>

Em certo sentido, a constatação feita por Barbosa Moreira já havia sido oposta a Liebman por críticos seus na década de 1930, os quais, todavia, chegaram a conclusões menos adequadas do que as do processualista fluminense.<sup>16</sup> Na época, Liebman respondeu-lhes afirmando que a modificação da relação jurídica objeto do julgado não implicaria alteração dos efeitos da sentença – que permaneceriam incólumes.<sup>17</sup> Mas, nesse ponto, Liebman confundiu a eficácia (i.e., a aptidão, a potência, de produzir efeitos) da sentença, cuja base está contida na sentença, com os próprios efeitos. Os efeitos consistem na concreta repercussão do *decisum*

<sup>14</sup> *Eficácia e autoridade*, n. 5, p. 25; e “Ainda sobre a sentença...”, n. III, p. 183.

<sup>15</sup> *Eficácia e autoridade*, n. 15, p. 54.

<sup>16</sup> V., p. ex., Allorio (*La cosa giudicata*, n. 15 bis, p. 40; “Natura della cosa giudicata”, n. 16, p. 202), que se valia da constatação para reafirmar a teoria combatida por Liebman, de identificação da coisa julgada com o efeito declaratório da sentença.

<sup>17</sup> “Ainda sobre a sentença...”, n. III, p. 183.

sobre a situação objeto de julgamento. Desse modo, se essa situação, depois de sofrer (ou de estar apta a sofrer) a repercussão da sentença, pode ainda assim ser modificada pelas partes, isso significará que os próprios efeitos estarão sendo modificados, extintos ou impedidos de operar. Então, não serão os efeitos que permanecerão incólumes, como pretendia Liebman, mas sim e apenas o conteúdo do *decisum* anterior: não será possível a emissão de novo comando jurisdicional a respeito daquele objeto (mesma causa de pedir e pedido) já decidido. Portanto, o que Barbosa Moreira faz é levar adiante, aprimorar, a distinção entre efeitos e autoridade da sentença – sem negar o cerne da tese de Liebman, seja no que concerne a essa distinção, seja na negativa de limitar a coisa julgada ao efeito declaratório. Aliás, em um dos últimos ensaios que Liebman publicou sobre o tema, em 1979, a formulação por ele proposta aproximou-se significativamente da de Barbosa Moreira: em face da coisa julgada, o que não se permite às partes “é pretender um novo juízo sobre o que foi validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida”.<sup>18</sup>

Já Ovídio Baptista da Silva, embora concordando parcialmente com a teoria de Liebman e com a crítica de Barbosa Moreira, opõe-se a determinados aspectos de ambas. Desse modo, acaba por formular uma tese que em grande medida se reaproxima daquela original concepção combatida por Liebman, ainda que com ela não se identifique. A concepção de Ovídio B. da Silva está apresentada em uma série de ensaios produzidos no seio de qualificada polémica com Barbosa Moreira.<sup>19</sup>

Para Ovídio B. da Silva, Liebman acertou ao afirmar que a coisa julgada não é um efeito da sentença. Por outro lado, o processualista gaúcho concorda com Barbosa Moreira na constatação de que a coisa julgada não é qualidade que torna imutáveis todos os efeitos da senten-

<sup>18</sup> “Efeitos da sentença e coisa julgada”, n. 4, p. 287.

<sup>19</sup> Cf. Ovídio B. da Silva, “Eficácias da sentença e coisa julgada”, esp. n. 6, p. 105; “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, *passim* e, esp. n. VIII, p. 208-210. Sua posição está também exposta em seu *Curso*, I, n. 19.3 e 19.4, p. 490-497. A ela aderem Arenhart e Marinoni, *Manual*, parte 3, n. 5.2, p. 661, e Porto, *Cosa julgada*, cap. 9, p. 71-72. Os textos de Barbosa Moreira que, de um modo ou outro, se relacionam com essa polémica são os citados na nota 13, acima.

ça. Porém, discorda da ideia de que a coisa julgada consista na imutabilidade do conteúdo do comando jurisdicional. Segundo Ovídio Baptista da Silva, a coisa julgada seria a qualidade de imutabilidade que recai apenas sobre a *declaração* contida na sentença. Aquilo que Barbosa Moreira denominou de “conteúdo” da sentença, que se torna imutável, seria, a rigor, o seu *elemento declaratório*. Para Ovídio, quando, por exemplo, a dívida é paga ou perdoadada, ocorre a extinção do efeito condenatório, mas permaneceria incólume o efeito declaratório, certificador.<sup>20</sup> Idêntico fenômeno dar-se-ia em relação aos demais efeitos da sentença (constitutivos, mandamentais, executivos...). Todos poderiam ser objeto de renúncia, perdão ou transação — exceto o efeito declaratório.<sup>21</sup> A concepção defendida por Ovídio, contudo, em um relevante ponto não se identifica com aquela tradicional orientação contra a qual se voltou Liebman: embora afirmando que a coisa julgada é qualidade que se restringe ao efeito declaratório da sentença, o processualista gaúcho não reputa — ao contrário da doutrina criticada por Liebman — que a coisa julgada seja indispensável para que a sentença tenha efeito declaratório.<sup>22</sup>

#### 2.1.4 A relevância concreta da disputa teórica — A margem de liberdade das partes diante da coisa julgada

Do aqui sintetizado, os dados fundamentais residem na distinção entre autoridade e efeitos da sentença e na constatação da possibilidade de que os efeitos sejam, em determinadas condições, alterados ou extintos sem que se caracterize afronta à coisa julgada. Evidencia-se também estar superada toda e qualquer concepção que pretenda relacionar a coisa julgada com o conceito de “verdade” (v. n. 4.1.3 e 4.2). A coisa julgada não estabelece presunção ou ficção de verdade dos fatos afirmados na sentença; apenas, pragmaticamente, torna imutável o resultado da atuação jurisdicional.

No mais, poderia parecer que a superação das divergências entre as concepções acima descritas, ainda que pertinente para o rigor dos conceitos teóricos, não repercutiria de modo significativo nas questões con-

<sup>20</sup> Ovídio B. da Silva, “Conteúdo da sentença e coisa julgada”, n. VIII, p. 209.

<sup>21</sup> Idem, n. IX, p. 218.

<sup>22</sup> Ver, p. ex., Ovídio B. da Silva, *Curso*, v. 1, n. 19.3, p. 492-493.

cretas relativas ao tema. Mas a questão tem relevância prática. Uma repercussão concreta — já apontada acima e retomada adiante — põe-se no âmbito dos limites subjetivos da coisa julgada (n. 2.5). Mas há ainda outra de grande importância, que merece ser aqui destacada.

A definição da coisa julgada como qualidade do conteúdo do *decisum* ou como qualidade da *declaração* ali contida passa pela consideração (e tomada de posição diante) da seguinte questão: qual a vinculação das partes ao efeito declaratório da sentença? A indagação pode ser configurada concretamente nos seguintes termos: tendo a sentença declarado a inexistência do direito, podem as partes depois consensualmente estabelecer que o direito exista, extraindo-lhes todos os efeitos desde o momento em que pretenciam ter-se-ia constituído?

No âmbito das relações disponíveis, não há dúvidas de que as partes podem estabelecer o direito. Mas a questão continua posta. Não se trata de as partes constituírem *agora* um direito, mas de reconhecerem sua existência pretérita, para todos os fins. Vale dizer: reconhecer a existência daquilo que a sentença declarou inexistente. Alguém poderia supor que se trata de uma falsa questão, sob o argumento de que, nessa hipótese, tanto faria saber se as partes estão de fato reconhecendo o direito pretérito ou, na verdade, estão apenas, no presente, constituindo um novo direito que inclui no seu conteúdo a dimensão patrimonial que corresponderia à sua existência pretérita (p. ex., se o crédito negado pela sentença tinha o suposto valor 10, e os juros que sobre ele teriam incidido, desde a constituição, caso ele existisse, até o ajuste entre as partes, montariam a 8, as partes, ao pretensamente “reconhecer” agora a dívida pretérita, estariam em verdade *constituindo*, nesse momento, uma dívida de 18). Mas não é indiferente concluir em um sentido ou no outro. Pense-se nos casos em que a exata definição da data de surgimento do direito é relevante para definir-lhe o regime aplicável ou implicará repercussões perante terceiros. Considerem-se, ainda, os casos que nem sequer comportam uma variação do momento de existência do direito ou da relação jurídica (de modo que ou ela sempre existiu ou não). Portanto, cabe res-ponder à questão tal como posta.

Pois bem, caso a resposta seja negativa, ou seja, caso se considere que as partes não poderão, mediante consenso, reconhecer a existência (pretérita) do direito disponível já declarado inexistente pela sentença,



isso significará que a coisa julgada atinge a própria declaração, nos termos concebidos por Ovídio Baptista da Silva.<sup>23</sup> Já se a resposta for positiva, ter-se-á como pressuposto que a coisa julgada recalc sobre o conteúdo do comando da sentença, apenas impedindo nova solução jurisdicional para o objeto anteriormente decidido, mas não perpetua nem mesmo o efeito declaratório contido na sentença.

Não parece haver razão para rejeitar essa segunda solução: as partes podem consensualmente reconhecer a existência (pretérita) do direito ou relação jurídica de caráter disponível já declarada inexistente pela sentença, assim como podem ter por inexistente (desde a origem) o direito ou relação disponível declarado existente pelo juiz. Não poderão, todavia, pretender do juiz declaração ou qualquer outra providência no sentido oposto à declaração que ele já emitiu. Portanto, a formulação de Barbosa Moreira parece a mais adequada.

Convém frisar: as partes não ficam vinculadas à declaração jurisdicional; podem, no âmbito das relações disponíveis, abdicar da solução de eliminação da incerteza dada pelo juiz e consensualmente estabelecer outra; *porém, ainda que estando de acordo entre si, é vedado às partes obter novo pronunciamento que vá contra o conteúdo do dispositivo revestido da coisa julgada* (e a coisa julgada é questão de ordem pública, a ser conhecida de ofício no curso do processo – v. n. 2.2.7, adiante). Isso significa que em todos os casos em que, mais do que o reconhecimento de uma relação, as partes dependam de uma providência judicial que elas não podem produzir extrajudicialmente (ações constitutivas necessárias), não haverá como se obter tal resultado, pois não será dado ao juiz, nem mesmo com o consenso entre as partes, deixar de subordinar-se à coisa julgada. Por exemplo, declarada a filiação em sentença, não bastará o posterior consenso entre as partes de que a filiação não existe. Mais do que isso, seria necessário alterar-se o registro público – o que, todavia, depende de intervenção judicial, vedada pela coisa julgada. Mas considerem-se agora a hipótese inversa, em que a sentença houver negado a

<sup>23</sup> O qual afirma expressamente que “nenhum negócio jurídico envolvendo o efeito declaratório da sentença que importe em renúncia, ou perdão, ou confissão contrária ao que o Juiz declarou, terá qualquer eficácia jurídica, por ser negócio jurídico absolutamente inválido, por contrário e ofensivo à coisa julgada” (“Conteúdo da sentença e coisa julgada”, n. IX, p. 218).

existência da relação de filiação. A despeito disso, as partes poderão posteriormente, de comum acordo, reconhecer a existência dessa relação, pois o reconhecimento da filiação independe de intervenção judicial (C. Civ., art. 1.609, II e III).<sup>24</sup>

De resto, não é de descartar que terceiros juridicamente interessados venham a se opor à solução consensual dada pelas partes em sentido contrário ao estabelecido na sentença. Na medida em que um terceiro se revista mesmo de interesse jurídico e legitimidade para discutir a questão,<sup>25</sup> e caso ele a leve ao Judiciário, as partes daquele primeiro processo ficarão vinculadas à anterior coisa julgada. Vale dizer: a coisa julgada poderá ser invocada contra as partes por um terceiro. Afinal, a coisa julgada não vincula o terceiro (n. 2.5, adiante), mas, nos seus limites objetivos, a coisa julgada é oponível *pelo terceiro contra as partes* a ela vinculadas. Considere-se o seguinte exemplo: um dos sócios propõe contra a sociedade ação declaratória de nulidade de assembleia, que é julgada procedente, formando-se coisa julgada. Depois, esse sócio e a sociedade chegam a um consenso e reconhecem a validade da assembleia. Se, em face disso, outro sócio levar a questão a juízo, nem a sociedade nem o sócio autor da primeira ação terão como se subtrair da autoridade da coisa julgada. Nesse novo processo, o juiz ficará vinculado ao comando anterior, que reconheceu a nulidade.

Note-se que a possibilidade de as partes darem outra solução para a questão (inclusive, tendo por existente o que se reputou inexistente) não é afetada nem mesmo pela idéia de que a coisa julgada “imuniza”, esta-biliza, a *norma concreta* para a situação objeto do processo.<sup>26</sup> Se a nor-

<sup>24</sup> A solução adotada nessa segunda hipótese está pressupondo que se reveste de (certo grau de) disponibilidade o ato de reconhecimento – conclusão que parece viável em vista das regras sobre reconhecimento voluntário (a indisponibilidade põe-se apenas na retratação do reconhecimento). Mas na medida em que o direito material se transforme quanto a esse ponto, a solução para a questão passaria a ser outra.

<sup>25</sup> O terceiro pode deter interesse jurídico originário (p. ex., o de qualquer dos sócios no que tange à validade das deliberações societárias) ou ter seu interesse meramente econômico transformado em jurídico na medida em que impute fraude ao ato das partes.

<sup>26</sup> Idéia essa que, no Código, está expressa, inadequadamente, no art. 468: “A sentença (...) tem força de lei, nos limites da lide (...)”.

ma em abstrato não era “cogente” (i.e., não estabelecia posições jurídicas indisponíveis), a *norma concreta* da mesma natureza se reveste. A “maior intensidade”<sup>27</sup> de que a *norma em concreto* se reveste, se comparada com a norma em abstrato, está retratada na sua intangibilidade em face da lei, de novos pronunciamentos jurisdicionais e, conseqüentemente, da insubordinação do vencido. Todavia, o conteúdo disponível da relação não se altera. Sustentar o contrário implicaria atribuir caráter material à coisa julgada e função criadora de direito à sentença (v. n. 2.1.7).<sup>28-29</sup> Já quando a norma abstrata era “cogente” (no sentido acima indicado), assim como a parte titular da posição jurídica ativa já não podia dispor dessa posição antes, não poderá igualmente fazê-lo depois. Nesse sentido, haverá de se submeter cogentemente também à sentença que *declara* a norma *in concreto* (i.e., “atua a vontade concreta da norma”). A “indisponibilidade” não está na coisa julgada, mas na norma atuada.

Por sua vez, a “imperatividade” da sentença — aquilo que Liebman inicialmente chamou de sua “eficácia natural” —,<sup>30</sup> além de não se confundir com a coisa julgada, tampouco impede as partes de abrir mão de suas posições jurídicas disponíveis. Significa apenas que a sentença, como ato estatal, impõe-se mesmo contra a vontade daquele que *sofre* os seus efeitos.

No direito brasileiro, a possibilidade de as partes disporem de outro modo a respeito da situação jurídica (disponível) que foi objeto do processo e da sentença que fez coisa julgada é confirmada pela regra do art.

<sup>27</sup> Expressão usada por Betti, que é enfático em destacar o caráter meramente processual da coisa julgada (“Cosa giudicata...”, n. 3, p. 550).

<sup>28</sup> Ou seja, implicaria adotar a concepção “unitarista” de ordenamento jurídico. Sobre o tema, demonstrando o acerto da concepção oposta, “dualista”, v. Dinamarco (“Direito e processo”, *passim*, esp. n. 24, p. 61-62). De resto, note-se que mesmo Carnelutti, que preconizava uma noção “monista” da ordem jurídica, afirmava a possibilidade de, mesmo depois da coisa julgada, as partes “compreem a lide” de outro modo (*Lezioni*, v. 4, n. 393, p. 482).

<sup>29</sup> “Se se trata de matéria cuja disciplina jurídica é disponível, podem elas [as partes] convencionar outra regulamentação normativa, afastando a incidência da norma senencial” (TJSP, 2ª C., AI 124.929-1, rel. Des. Cezar Peluso, j. 10.11.1989, RJ 157/69).

<sup>30</sup> *Eficácia e autoridade*, “Prefácio...”, p. 249-250. V. ainda Fazzalari, *Istituzioni*, parte 2, c. IX, n. 6, p. 446.

850 do Código Civil de 2002, correspondente ao art. 1.036 do diploma anterior: *apenas se algum dos transatores não tinha ciência da anterior coisa julgada* é que será nula a transação.

Bem por isso, nos casos em que as partes podem transigir, nada impede que celebrem um compromisso arbitral para o exame do mesmo objeto atingido pela anterior coisa julgada.<sup>31</sup> O que não lhes é dado — repita-se — é pretender novo exame pelo Judiciário.

Por outro lado, quando o direito envolvido é indisponível, a impossibilidade de as partes, ainda que de comum acordo, darem para a causa solução diversa da fixada na sentença deriva do fato de que já se definiu a norma “cogente” *in concreto* e não é dado às partes não a cumprir. Isso advém, em primeiro lugar, da própria “eficácia natural” (“imperatividade”) da sentença. Vale dizer: mesmo que, por força de alguma norma excepcional, a sentença nessa hipótese não faça coisa julgada material, as partes não estão autorizadas a simplesmente ignorá-la: poderão, não havendo coisa julgada, até voltar a juízo pedir outro pronunciamento, mas não poderão simplesmente desconsiderar a “norma concreta”. A coisa julgada é apenas o aspecto de imutabilidade que se adiciona ao comando, impedindo que qualquer das partes ou ambas em conjunto pretendam ir a juízo meramente alterá-lo ou obter outro que lhe seja incompatível.

### 2.1.5 O conceito de coisa julgada e a definição veiculada em lei

Como aponta autorizada doutrina, o nosso Código de Processo Civil, ao definir a coisa julgada, não adotou literalmente a concepção de Liebman.<sup>32</sup> Afinal, o art. 467 diz consistir a “coisa julgada material” na “*eficácia* que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

<sup>31</sup> Assim, expressamente, Goldschmidt, *Derecho procesal*, n. 63, p. 388.

<sup>32</sup> Thereza Alvim, *Questões prévias*, cap. XII, p. 87-89; Ada Grinover, nota ao § 1 da obra *Eficácia e autoridade*, de Liebman, n. 1, p. 8, e nota ao § 3, n. 2, p. 64-65; Araken de Assis, “Breve contribuição...”, n. 2.2.2, p. 243; Barbosa Moreira, “La definizione...”, n. 8-10, p. 46-48. O art. 467 não se manteve com a redação que o Anteprojeto do Código lhe propunha, essa sim, fiel à teoria de Liebman (v., entre outros, Moniz de Aragão, *Sentença*, n. 169, p. 239, e Araújo Cintra, *Comentários*, v. 4, n. 258, p. 296-297).



A constatação doutrinária é correta. No entanto, cumpre notar que o pretenso conceito veiculado no art. 467 não é, em qualquer hipótese, de todo adequado. Sua inadequação não se põe em face dessa ou daquela concepção teórica (pois se fosse assim, seria uma inadequação irrelevante; ou, até mesmo, poderia estar desautorizando a concepção teórica). A pretensa formulação contida no art. 467 é falha tomando em conta o próprio conceito de coisa julgada extraível do ordenamento a partir da consideração de outros dispositivos, conforme visto acima (n. 2.1.1, acima). Vale dizer, a literalidade do art. 467 é desautorizada por outras normas contidas no próprio Código.

### 2.1.6 Coisa julgada como situação jurídica de indiscutibilidade do comando judicial

De resto, a alusão à coisa julgada como “eficácia”, no art. 467, não chega a ser absolutamente incompatível com a preocupação em distinguir tal fenômeno dos efeitos (outros) da sentença. O fundamental é reconhecer que a coisa julgada não se identifica, em si mesma, com as eficácias (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental etc.) que a sentença veicula como uma resposta à demanda de tutela nem com as demais eficácias secundárias e anexas tradicionalmente reconhecidas.

Mas, uma vez estabelecida essa distinção, cumpre reconhecer que a qualidade de imutabilidade — recaia ela sobre os efeitos da sentença (Liebman), sobre o conteúdo do comando (Barbosa Moreira) ou sobre o efeito declaratório da sentença (Ovídio Baptista da Silva) — está necessariamente vinculada à idéia de que antes era possível examinar algo e depois já não o é mais. Ou seja, está indissociavelmente atrelada à noção de *mudança de situação jurídica* (de permitido para proibido). Portanto, em certa perspectiva — e sem prejuízo da precisa distinção entre efeitos (ou demais efeitos) da sentença e sua imutabilidade — o advento da coisa julgada pode ser visto em si mesmo como uma eficácia própria, *constitutiva* (insista-se: inconfundível, de todo modo, com os efeitos principais, secundários e anexos da sentença tradicionalmente considerados). Com o trânsito em julgado, *constitui-se situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença*.

Nessa perspectiva, é um efeito anexo do trânsito em julgado da sentença — vale dizer, um efeito diretamente atribuído por norma de lei, em

relação à qual a sentença transitada em julgado funciona como mero *fato jurídico*.<sup>33</sup> Essa eficácia constitutiva anexa é o instrumento pelo qual opera a *qualidade consistente na imutabilidade do decisor*.

Em suma, o que ora se propõe não é considerar a coisa julgada como efeito da sentença, mas, sim, como efeito do trânsito em julgado da sentença.<sup>34</sup>

### 2.1.7 O caráter processual do instituto e sua repercussão material

Não se veja na afirmação de tal força constitutiva um mero retorno à concepção romanística da *res iudicata* (v. n. 4.1.2) — muito embora se preste a realçar o quanto havia nela de correto. Tampouco isso significa aderir à teoria “substancial” da coisa julgada. De acordo com essa concepção, a coisa julgada consistiria em fenômeno de direito material, que constituiria, criaria, a situação jurídico-material de solução do conflito.

O que se está afirmando aqui é algo diverso. A sentença *não* constitui o direito do vencedor ao reconhecer que ele tem razão. Mesmo as sentenças com eficácia principal constitutiva *declaram* que o vencedor é titular de determinado direito potestativo, para no momento lógico subsequente constituir a situação jurídica a que ele tem (*recrius*: já tinha) direito. A situação jurídica que se constitui com o advento da coisa julgada não concerne ao direito material, mas ao processo. É a proibição de que se emita novo comando jurisdicional sobre o mesmo objeto proces-

<sup>33</sup> Sobre a sentença como fato jurídico, a gerar efeitos por força de sua simples existência nos termos previstos na lei, confira-se Calamandrei, “Apunti sulla sentenza...”, *passim*. Já Liebman prefere falar em efeitos que “ocorrem automaticamente por força de lei, quando se produzem os principais” (*Eficácia e autoridade*, § 4, p. 71-76). Mas note-se que nenhum desses autores qualifica a coisa julgada nesses termos.

<sup>34</sup> Barbosa Moreira, de passagem, sugere como interpretação “preferível” para a regra do art. 467 algo nos termos ora propostos: a coisa julgada como sendo uma eficácia do trânsito em julgado (“Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, n. 5, p. 108). Ele conclui seu ensaio qualificando a coisa julgada como uma nova “situação jurídica” de estabilidade (“Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada”, n. 8, p. 113), retomando, assim, uma idéia já preconizada por Machado Guimarães (“Preclusão...”, n. VII, p. 14). Também Betti, afirma que a coisa julgada cria uma nova situação jurídica, de caráter processual (“Cosa giudicata...”, n. 3, p. 551).

sua<sup>35</sup> e, ainda, a determinação de que se adote o comando anterior como premissa inafastável nos pronunciamentos jurisdicionais proferidos nos processos subseqüentes para os quais o objeto do processo anterior funciona como questão prejudicial. Em ambos os casos, trata-se de diretrizes cogentes para os órgãos da jurisdição e para o exercício das garantias jurisdicionais. Nesse sentido, a concepção ora exposta está mais próxima da teoria “processual” da coisa julgada.

Contudo, não há como ignorar que o instituto situa-se no limite entre o direito material e o processo,<sup>36</sup> quando incide sobre as sentenças de mérito: perpetua-se um ato de poder jurisdicional que *incidiu sobre a esfera jurídico-material, sobre a vida do jurisdicionado*. Isso não faz da coisa julgada fenômeno de direito material (caso contrário, não apenas a coisa julgada, mas a própria sentença de mérito e o processo como um todo, em sua função nuclear de prestar tutela jurídica, teriam caráter substancial – com o que estaria abolida a autonomia do direito processual). Mas é o que basta para evidenciar o quanto o tema está longe de ser uma simples questão técnica interna ao processo.

## 2.2 Coisa julgada, atividade jurisdicional e Constituição

Apenas se rewestem da coisa julgada material os atos em relação aos quais a lei expressamente atribui essa autoridade. Não se trata de qualidade inerente a todo ato jurisdicional; nem de escopo essencial do processo. São perfeitamente concebíveis manifestações da função jurisdic-

<sup>35</sup> Trata-se de “vínculos e imperativos de natureza jurídico-processuais (*sic*), que impedem os órgãos jurisdicionais de prestar nova tutela estatal aos litigantes, para o caso já decidido” (Frederico Marques, *Manual*, v. 3, n. 684, p. 235). Como escreveu Beiti, a parte vencedora obtém um reforço *processual* para sua posição em face do adversário (“Cosa giudicata...”, n. 3, p. 551). V. também Carnelutti, *Lezioni*, v. 4, n. 394, p. 489; a coisa julgada tolhe o poder de o juiz decidir e o direito da parte de pretender a decisão.

<sup>36</sup> Beiti alude a uma “zona de interferência” entre o direito material e o processual, mas também lhe reconhece o caráter processual (“Cosa giudicata...”, n. 1, p. 546, e n. 2, p. 549). Em certo sentido, pode-se aludir a um “ponto de estrangulamento”, tomando-se emprestada expressão de Dinamarco em referência a outros institutos (*A instrumentalidade*, n. 28.1, p. 183). Aliás, mais recentemente, o próprio Dinamarco enquadrou a coisa julgada material entre os “institutos de direito processual material” (*Instituições*, v. 3, n. 955, p. 303).

cional que não se tornem imutáveis. Mais ainda, é em tese imaginável sistema processual cujos pronunciamentos sejam sempre passíveis de revisão – sem que por isso se afaste sua natureza jurisdicional. A atribuição da autoridade da coisa julgada decorre de opção política entre dois valores: a segurança, representada pela imutabilidade do pronunciamento, e o ideal de justiça, sempre passível de ser buscado enquanto se permitia o reexame do ato. É unicamente nos limites dessa escolha operada pelo legislador que haverá coisa julgada. Daí a idéia da coisa julgada como um dado político.<sup>37</sup>

### 2.2.1 Coisa julgada e jurisdição

Diante disso, deve-se pesquisar o sentido e o acerto da afirmação, feita por autorizados processualistas e publicistas em geral, de que a coisa julgada seria traço diferencial da jurisdição, em contraste com as demais funções do Estado.<sup>38</sup>

A coisa julgada – reitere-se – não é o atributo essencial da jurisdição. Mas essa constatação não afasta o acerto de outra assertiva: somente o ato jurisdicional (e não o administrativo nem o normativo) pode, em certas condições, tornar-se absolutamente irrevisável. De todo modo, essa é uma afirmação que tem valia jurídico-positiva, e não lógico-jurídica. Não se trata de uma inerência da jurisdição e sim do Estado de Direito, tal como delineado nos modernos ordenamentos: por um lado, consagra-se a inafastabilidade da jurisdição, assegurando-se sempre ao prejudicado pelo ato legislativo ou administrativo a sua revisão jurisdicional, e, por outro, impede-se a ingerência dessas outras atividades sobre o resultado da atividade jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV e XXXVI). Por-

<sup>37</sup> A título meramente exemplificativo, v.: Chiovenda (*Instituições*, v. 1, n. 115, p. 370); Liebman (*Eficácia e autoridade*, n. 8, p. 38-39); Couture (*Fundamentos*, n. 263, p. 406-407); Amaral Santos (*Comentários*, v. 4, n. 344, p. 432); Moniz de Aragão (*Sentença*, n. 138, p. 189); Adroaldo Fabrício (“Réu revel...”, n. 7, p. 36); Donald Armelín (“Flexibilização...”, n. 4, p. 53-54); Vivian J. P. Caminha (“Coisa julgada...”, n. 12.3.1, p. 218-220).

<sup>38</sup> V., p. ex., Fazzolari, *Istituzioni*, parte 2, cap. X, n. 5 e 7, p. 467 e 471; Vincent e Guinchard, *Procédure civile*, n. 172, p. 162; Ana M. Lourido Rico, *La cosa julgada*, n. 1.1, p. 29; C. A. Bandeira de Mello, *Curso*, cap. I, n. 9, p. 34; Teresa Wambier, *Multíades*, n. 2.2.4, p. 166.



tanto, se algum ato público está apto a tender à imutabilidade, esse é o ato jurisdicional, e não os outros.

No mais, o traço fundamental nem é propriamente o da imutabilidade. O aspecto nuclear consiste em uma verdadeira “reserva de sentença”: apenas um pronunciamento jurisdicional pode remover ou modificar outro pronunciamento jurisdicional.<sup>39</sup> Os comandos contidos na sentença apenas podem ser revogados, alterados ou declarados ilegítimos mediante outras pronúncias jurisdicionais. Por isso, nem o ato privado nem o provimento administrativo ou legislativo podem incidir direta e imediatamente sobre uma sentença, de modo a cassá-la ou reformá-la. Isso é diferente do que se passa, nos modernos Estados de Direito, com os atos particulares e os atos públicos administrativos e legislativos – todos sujeitos à revisão jurisdicional.

Em suma: a coisa julgada não é inerente à atividade jurisdicional, mas a atividade jurisdicional é a única compatível com a coisa julgada.

Essa constatação tampouco permite aceitar a tese de que, embora não sendo o critério essencial de identificação da jurisdição, a coisa julgada seria um efeito necessário do atributo essencial da jurisdição. É a tese defendida por Segni. Para ele, a circunstância de os atos legislativos e administrativos serem “sempre modificáveis” seria uma consequência da “natureza da função”. Ao exercer a função como “portador do interesse” envolvido, o administrador ou o legislador poderia sempre rever seu comportamento anterior. Já o juiz, como se substitui às partes na condição de um terceiro imparcial desvinculado dos interesses envolvidos, desenvolveria uma atividade cujo resultado voltaria a ser o mesmo, tantas vezes quantas se repetisse essa atividade – razão por que não se admitiria a sua reiteração.<sup>40</sup> Tal explicação é insatisfatória em mais de um aspecto. Primeiro, hipoteticamente pode haver um sistema com ampla revisão das decisões jurisdicionais pelos órgãos jurisdicionais, sendo possível a diversidade de resultados. Permitir ou não tal revisão – repita-se – é opção política, como aliás indiretamente reconhece o próprio Segni,

<sup>39</sup> Sandulli, “Funzioni pubbliche...”, p. 214-215. No mesmo sentido: Chiara Besso, *La sentenza*, cap. 5, n. 11, p. 383.

<sup>40</sup> “Giurisdizione...”, n. 3, p. 988. Em linha semelhante, Vocino, *Considerazioni*, n. 20, p. 56.

ao citar as sentenças matrimoniais no processo canônico. Além disso, é concebível que o ordenamento preveja a impossibilidade de revisão, na esfera administrativa, dos atos administrativos praticados no exercício de “competência vinculada”. Ou seja, é possível a “autovinculação” ao resultado da atividade anterior mesmo em sede administrativa, em que o agente atua como “portador do interesse envolvido” (v.g., a “coisa julgada administrativa”).<sup>41</sup> E isso não significará que o ato praticado pela Administração tenha natureza jurisdicional nem excluirá o controle jurisdicional. Em síntese: a impossibilidade de os atos serem revistos no âmbito do próprio Poder que o emitiu não se relaciona com a natureza da função desenvolvida: tal traço pode tanto estar ausente na esfera jurisdicional, como presente nas demais. A diferença não vai ser encontrada, portanto, na possibilidade ou não dessa “revisão interna”. O elemento distintivo diz respeito à “revisão externa”. E, nesse ponto, recai-se na idéia de “reserva de sentença”: os atos jurisdicionais são os únicos não revisáveis pelos outros Poderes.

Apenas não parece possível sustentar – como faz Sandulli –<sup>42</sup> que a “reserva de sentença” seja um traço de caráter meramente “formal” e, além disso, o único apto a identificar a jurisdição. Ao menos em um sentido, a “reserva de sentença” guarda relação com o atributo da “substitutividade”, que qualifica substancialmente a jurisdição (v. n. 5.5, *d*). A “reserva de sentença” é constituída de dois diferentes aspectos: (1°) os atos de outra natureza são revisáveis pela jurisdição; (2°) os atos jurisdicionais não são passíveis de revisão pelas outras funções estatais. É até concebível atuação jurisdicional (“substitutiva”) em um sistema que isente certos atos administrativos ou legislativos do controle jurisdicional. Dir-se-á que apenas esses atos estão alheios ao crivo da jurisdição, a qual permanecerá íntegra em suas características relativamente aos demais atos passíveis de controle. Mas cairia por terra a “substitutividade” se os pronunciamentos jurisdicionais pudessem ser revisados por atos administrativos e legislativos. Assim, a “substitutiva-

<sup>41</sup> Mesmo no âmbito da produção normativa essa “autovinculação” não fica afastada. Por exemplo, a consagração de uma nova garantia fundamental mediante emenda constitucional não poderá depois ser suprimida, diminuída ou revogada nem mesmo pelo próprio Congresso Nacional (CF, art. 60, § 4º, IV).

<sup>42</sup> “Funzioni...”, p. 214-215.

de” e a impossibilidade de “revisão externa” estão intimamente ligadas. Por um lado, a “substitutividade” justifica a impossibilidade de “revisão externa”. Por outro, a impossibilidade de “revisão externa” é mecanismo de viabilização da substitutividade.

## 2.2.2 O valor constitucional da coisa julgada

A coisa julgada é instituto vinculado ao princípio geral da segurança jurídica (v. n. 2.2.6, adiante). Mereceu expressa menção no texto constitucional, no rol de direitos e garantias fundamentais: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato perfeito e a coisa julgada” (CF, art. 5º, XXXVI).

Ocorre que, em seus termos literais, o enfoque principal desse dispositivo parece residir na garantia da irretroatividade das leis, e não tanto nos institutos nele mencionados. Diante disso, cabe investigar qual o exato alcance da coisa julgada como garantia constitucional. Há de se saber qual o preciso sentido da cláusula do rol de direitos e garantias fundamentais em que ela está mencionada. A norma em discurso confere relevo constitucional para a coisa julgada apenas nos limites em que o instituto funciona como mecanismo de preservação da irretroatividade das leis, como querem alguns (v. n. 6.2)? Ou, diferentemente: confere-se ao próprio instituto da coisa julgada, em si mesmo, o valor de garantia constitucional? A resposta a essas questões comporta a formulação de algumas diretrizes:

(1ª) Não há como deixar de conferir relevância constitucional à coisa julgada, estando ela — como está — tutelada em dispositivo constitucional. É impossível dar ao inciso XXXVI do art. 5º estrito significado de mecanismo meramente instrumental à garantia de irretroatividade das leis. Mesmo se fosse possível dizer que o teor literal do dispositivo se restringe a isso (e não se restringe — como se vê adiante), haveria de se aplicar a máxima de hermenêutica pela qual as normas sobre direitos e garantias fundamentais merecem interpretação extensiva. Além disso, basta comparar a disposição com outras contidas no próprio art. 5º da Constituição: o inciso XXXV prevê apenas que a “lei não excluirá” o acesso à justiça — e no entanto ninguém duvida que a garantia ali consagrada vai muito além disso, impondo a qualquer aplicador do direito o respeito a todas as derivações extraiáveis da inafastabilidade da tutela ju-

risdicional; o caput do art. 5º refere-se apenas à igualdade “perante a lei”, mas reconhece-se facilmente a incidência do princípio da isonomia em todo e qualquer momento de aplicação do direito. Tal como nesses casos, a coisa julgada não é mencionada como simples limite, baliza, da atividade legislativa. A referência no texto da Constituição implica outras conseqüências.

(2ª) A afirmação de que não é dado à lei suprimir a coisa julgada que já se tenha formado implica também o princípio geral de que o aplicador da lei não pode, ele mesmo, desrespeitar a coisa julgada. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a esse respeito.<sup>43</sup> Não faria sentido limitar a atividade do legislador para o fim de proteger a coisa julgada e, ao mesmo tempo, deixar o aplicador da lei livre para agir como bem entendesse. Trata-se de conjugar o art. 5º, XXXVI, com o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II). Assim, fica definitivamente afastada a idéia de que o inciso XXXVI do art. 5º estaria tratando unicamente de irretroatividade das leis. Ainda que não mediante fórmula explícita, o dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada. E, revestindo-se de tal condição, a coisa julgada não pode ser suprimida da Constituição nem sequer mediante emenda constitucional (CF, art. 60, § 4º, IV). Por um lado, a coisa julgada constitui uma garantia individual: na perspectiva do jurisdicionado, ela se presta a conferir estabilidade à tutela jurisdicional obtida.<sup>44</sup>

<sup>43</sup> RE 92.823, RTJ 99/794; RE 112.405, RTJ 121/373. Cf. Moniz de Aragão, “Mandado de segurança...”, n. 24, p. 20, Frederico Marques, *Manual*, 3, n. 685, p. 235, e Donald Armelin, “Flexibilização...”, n. 4, p. 48. Trata-se de aqui aplicar uma diretriz geral, muito bem expressa na doutrina e jurisprudência constitucional alemãs: “Nenhum tribunal pode tomar por base para a sua decisão uma regra que ‘nem sequer o legislador poderia ordenar’” (Alexy, “Direito constitucional...”, n. 1.3, p. 57, reportando-se a uma fórmula cunhada por Schumann).

<sup>44</sup> Como observa Cândido Dinamarco, a coisa julgada não consiste, em si mesma, na tutela jurisdicional em proi da parte, mas “vale como uma tutela aos efeitos produzidos” (“Tutela jurisdicional”, n. 5, p. 64). Vale dizer, é a tutela da tutela, um *reforço* da tutela. Por isso, na Espanha, p. ex., o Tribunal Constitucional reconhece valor constitucional à coisa julgada como manifestação da “seguridad jurídica integrante del derecho a la tutela judicial efectiva” (Ana M. Lourido Rico, *La cosa juzgada*, n. II.3, p. 54-57; J. Carreras del Rincón, *Comentarios*, cap. VII, n. 14, p. 411, n. II.5, p. 424 e n. III.5, p. 480 e seguintes; Montero Aroca, *El nuevo*



Por outro, a coisa julgada tem também o caráter de garantia institucional, objetiva: prestígia a eficiência e a racionalidade da atuação estatal, que desaconselham, em regra, a repetição de atividade sobre um mesmo objeto. Assim, discorda-se de recente doutrina que pretende negar caráter constitucional ao instituto na ordem jurídica brasileira (v. n. 6.2, adiante).

(3ª) No entanto, a precisa definição do regime da coisa julgada é tarefa do legislador infraconstitucional.<sup>45</sup> Volta-se aqui à idéia da coisa julgada como dado político, com a qual se iniciou o item 2.2. Cabe à lei disciplinar o campo de incidência, as condições para formação, os limites objetivos e subjetivos, os meios de revisão e todos os demais aspectos do instituto. Portanto, é sempre possível a sua (re)modelação infraconstitucional — desde que limitada sua aplicação a pronunciamentos que ainda não tenham transitado em julgado. Esse é o primeiro e mais óbvio limite à atuação do legislador, extrável da própria cláusula do inciso XXXVI. As alterações no regime da coisa julgada não podem servir para desfazer nem facilitar o desfazimento daqueles comandos jurisdicionais já acobertados *in concreto* por tal autoridade. Mas não se trata do único limite que a Constituição impõe.

(4ª) Não parece razoável supor que o legislador infraconstitucional possa vir a abolir integralmente a coisa julgada, consagrando a possibilidade permanente de revisão de todo e qualquer pronunciamento da jurisdição. Nem mesmo se essa abolição total tivesse eficácia *ex nunc*, de modo a preservar as coisas julgadas anteriormente estabelecidas, ela seria admissível. Muito embora do ponto de vista lógico-jurídico seja perfeitamente concebível um modelo processual jurisdicional despido da coisa julgada, o direito constitucional positivo brasileiro afasta essa possibilidade. A Constituição impõe a premissa de que o modelo processual jurisdicional contemplará a coisa julgada — ainda que remetendo ao legislador infraconstitucional, dentro de certas condições, a liberdade de

processo, cap. 24, p. 537). No Brasil, v. Frederico Marques, *Manual*, v. 3, n. 685, p. 235-236; L. Greco, “Eficácia...”, n. 2, p. 150.

<sup>45</sup> Ver por exemplo: RTJ 159/682, rel. Min. S. Perencez; RE 226.887-PF, rel. Min. Carlos Velloso — ambos citados no RE 220.517-2, rel. Min. Celso de Mello (em RT 794/196). Mas em todas essas decisões reconhece-se a essência constitucional da coisa julgada (v. n. 7.2, d, adiante).

definição dos atos que serão revestidos dessa estabilidade.<sup>46</sup> Esse é mais um dos significados extraíveis do inciso XXXVI do art. 5º.

(5ª) Além disso, outras normas constitucionais também condicionam a atividade do legislador infraconstitucional na formulação da disciplina da coisa julgada. Do próprio inciso XXXVI extraem-se os *limites à supressão da coisa julgada* acima mencionados: proibição de a lei retroagir e prejudicar as coisas julgadas anteriores; proibição de a lei abolir integralmente a coisa julgada, ainda que com eficácia *ex nunc*. Mas existem também *limites constitucionais à própria previsão da coisa julgada*. É do que se trata a seguir.

### 2.2.3 Critérios constitucionais para a atribuição da coisa julgada pelo legislador

Afirmou-se acima que a atribuição da coisa julgada é uma “opção” do legislador. Mas o legislador não goza de irrestrita liberdade nessa sua escolha política: segue parâmetros constitucionais.

Apenas é constitucionalmente deferível a coisa julgada à decisão proferida em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes — o qual será efetivo ou potencial, conforme o grau de disponibilidade dos interesses em disputa. Somente pode ser destinatário de comando irreversível aquele a quem antes foi dada a oportunidade de participar do processo de formação desse comando. Uma das implicações dessa condicionante constitucional diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada. Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional. A esse respeito, veja-se o n. 2.5, adiante. Mas também entre as próprias partes do processo o princípio do contraditório põe-se como baliza para a incidência da coisa julgada: a lei não pode atribuir essa autoridade a pronunciamentos emitidos sem a ouvida da parte contrária.

<sup>46</sup> Como nota Elival da Silva Ramos, à lei infraconstitucional é dado regular os aspectos processuais do instituto; não, porém, interferir sobre a diretriz contida no inciso XXXVI do art. 5º (*A proteção dos direitos*, n. 24, p. 143).

Outro parâmetro fundamental para a atribuição da coisa julgada é a presença de cognição exauriente. O instituto – que tem por essência a imutabilidade – é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraiáveis inclusive da cláusula do devido processo. Como visto, dentro do sistema constitucional, a possibilidade de certos atos virem a se tornar imutáveis é atributo que só se concede à atividade jurisdicional. Não se concebe idêntica qualidade para os atos normativos e administrativos. E assim o é em razão da inafastabilidade do controle jurisdicional: toda atuação pública ou privada é submetida ao crivo da Jurisdição. Daí já se vê que a imutabilidade da coisa julgada – qualidade excepcional no quadro da função pública – não pode ser atribuída indistintamente a qualquer ato jurisdicional. O que confere idoneidade para o ato ficar imune à revisão não é só a circunstância de ele ter sido precedido da oportunidade de manifestação das partes, mas sobretudo a profundidade da cognição que se pôde desenvolver. A emissão de decisões amparadas em cognição sumária (superficial) não é, em si mesma, incompatível com as garantias do processo. Renuncia-se a uma investigação mais completa e aprofundada das questões relevantes para a solução do conflito em troca de uma decisão célere. Em certos casos, isso é justificado pela necessidade de proteção jurisdicional rápida e eficiente, sem a qual não se estaria dando pleno cumprimento à garantia insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição. Mas se paga um preço pelo emprego da cognição superficial. A contrapartida razoável consiste na impossibilidade de que a decisão adquirida o mesmo grau de estabilidade atribuível ao resultado da cognição exauriente. Adota-se solução de compromisso: sacrifica-se a profundidade e se produz um pronunciamento urgente e apto a gerar os resultados concretos desejados, mas que não constitui decisão definitiva.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Sobre o tema, v.: Stefan Leibler, *Processo civil alemão*, cap. 8, A, p. 528; Donald Armelín, “Flexibilização...”, n. 4, p. 51. A respeito de sua repercussão concreta no direito brasileiro, v. Talamini, *Tutela monitoria*, parte 2, n. 2.2.4, p. 98-102; Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inhibitoria*, n. 3.10, p. 218 e seguintes; Teresa Wambier e Medina, *O dogma*, n. 3, p. 86-169.

Não se trata de constatação recente. Adiante se verá que já a antiga doutrina reconhecia não haver coisa julgada no “juízo sumário” (cap. 4).

Mas na arguição da tese que originou o presente livro, o Prof. J. R. S. Bedaque opôs-se a essa noção de que a cognição sumária não é apta a produzir coisa julgada material. Segundo ele, um exemplo em sentido contrário seria o da revelia no processo comum de conhecimento.

A seguir são reiterados e sistematizados os argumentos naquela oportunidade opostos contra esse seu entendimento.

A sentença de mérito proferida no processo comum de conhecimento em que houve revelia faz, sim, coisa julgada material. Mas não se tem na hipótese cognição sumária. O juiz está investido de toda a gama de poderes instrutórios que lhe permitem, *se for necessário*, inclusive determinar a produção de provas de ofício, apesar da revelia. O próprio Prof. J. R. S. Bedaque reconhece essa possibilidade –<sup>48</sup> opinião com a qual já concordei anteriormente<sup>49</sup> e que foi recentemente endossada em valiosa monografia sobre o tema.<sup>50</sup> A revelia gera como efeito principal a presunção relativa de veracidade dos fatos narrados pelo autor. Mas essa presunção pode ser derrubada ou abalada por fatos notórios, máximas da experiência ou documentos contidos nos autos (eventualmente trazidos pelo próprio autor). Quando isso ocorrer, o juiz não estará impedido – aliás, terá o dever – de determinar diligências probatórias destinadas a apurar os fatos (art. 130).

A existência dessa possibilidade já é o que basta para que não se possa considerar a hipótese como sendo de cognição sumária (v. n. 2.2.5, a seguir). Há uma fundamental diferença, p. ex., entre essa situação no processo comum de conhecimento e aquela que ocorre no processo monitorio quando o réu deixa passar em branco o prazo para o embarcos ao mandado. Nesse último caso, o juiz está de mãos atadas; não pode

<sup>48</sup> *Poderes instrutórios*, p. 102, nota 237.

<sup>49</sup> Talamini, “Sanamento...”, n. 6, p. 93.

<sup>50</sup> Umberto Bresolin, *Efeitos da revelia...*, n. 8.5, p. 160-161, que, aliás, se refere tanto ao escrito de Bedaque quanto ao meu. Cf. ainda, com amplas referências e fundamentos, Maria Lúcia de Medeiros, *A revelia*, n. 3.4.1, p. 148-156.



promover nenhuma diligência instrutória, formando-se “de pleno direito” o título executivo. Isso sim é um caso de cognição sumária, e não gera coisa julgada material.<sup>51-52</sup>

Nem se diga que a cognição sumária estaria caracterizada apenas nos casos em que, diante do efeito principal da revelia, o juiz, tendo por suficiente a presunção dali provinda, julgasse antecipadamente a lide. Ora, isso nada mais é do que um julgamento amparado em presunção – o que é normalmente possível em qualquer outro processo comum de conhecimento. Ou seja, a valer a tese aqui criticada seria “de cognição sumária” todo julgamento amparado em presunções, ainda quando proferido em processo comum de conhecimento – idêntica essa que é acertadamente criticada pela mais autorizada doutrina e a jurisprudência inclusive dos tribunais superiores (v. n. 2.2.5, adiante). Por essa ótica, seria também de “cognição sumária” todo julgamento antecipado da lide proferido nos casos em que, não tendo o réu cumprido o ônus da impugnação específica (art. 302), não há controvérsias sobre os fatos (arts. 330, I, e 334, III) – o que tampouco procede. O julgamento antecipado da lide na hipótese de ocorrer o efeito principal da revelia (art. 330, II) não diverge, quanto aos pressupostos, conteúdo e conseqüências, daquele previsto no inc. I do art. 330.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> V. adiante, n. 2.8, e Talamini, *Tutela monitoria*, parte 2, n. 2.2.4, p. 98.

<sup>52</sup> Há projeto de lei de reforma da tutela antecipada em que se propõe a “monitorização” de todo o processo de conhecimento: toda vez que fosse concedida antecipação de tutela (incidentalmente ou em medida preparatória cuja instauração o mesmo esboço propõe) e o réu não tomasse medidas para dar andamento ao processo de conhecimento, a decisão sumária concessiva da antecipação estabilizar-se-ia definitivamente. Segundo o projeto tal decisão faria “coisa julgada material” (PLS 186/2005 – Senado Federal). Na exposição de motivos do projeto, argumenta-se que se estaria dando ao processo de conhecimento o mesmo tratamento que já recebe o processo monitorio. Mas há um defeito nessa premissa: no processo monitorio a decisão concessiva do mandado não-embargada não faz coisa julgada material.

<sup>53</sup> V., mais amplamente, em Talamini, “Sanamento...”, n. 6, p. 92-93. É essa também a opinião de dois recentes e brilhantes monografistas do tema: Maria Lúcia de Medeiros, *A revelia*, n. 3.4, p. 146, e Umberto Bresolin, *Efeitos da revelia*, n. 9.2, p. 174-177 (com referências doutrinárias e jurisprudenciais).

### 2.2.4 *Segue. As espécies de cognição e a coisa julgada*

Nesse ponto, cumpre considerar a existência de dois tipos de sumariedade de cognição: a “horizontal” e a “vertical”.<sup>54</sup>

A cognição horizontalmente sumária implica um corte na extensão da matéria cognoscível – residindo a sumariedade precisamente nessa secção. De toda a situação conflituosa, apenas uma fração é trazida para dentro do processo para ser objeto de exame jurisdicional (v.g., conversão da separação em divórcio, busca e apreensão na alienação fiduciária, ações possessórias, embargos de terceiro etc.). Nessa hipótese, alude-se a cognição *parcial*, pois ela abrange apenas uma parte do conflito ou da matéria envolvida no conflito. Opõe-se a cognição *total*, que recai sobre a integralidade do conflito.

A sumariedade pode ainda se dar no sentido “vertical”. Diminui-se a profundidade da investigação desenvolvida pelo juiz. Se a sumariedade “horizontal” concerne à amplitude (quantidade) do objeto da cognição, a sumariedade “vertical” refere-se à qualidade, à *intensidade*, da própria cognição. Fala-se, então, em cognição *superficial* (ou *sumária em sentido estrito*), para se referir ao exame da mera plausibilidade, verossimilhança, aparência, do direito. São exemplos disso: as decisões de antecipação de tutela no processo comum nas ações especiais; a eliminação e sentença cautelar (ressalvado o exame exauriente que no processo cautelar se permite fazer da prescrição e da decadência); os processos de jurisdição voluntária como o inventário (v. art. 984, parte final); a fase inicial do processo monitorio etc. A cognição *superficial* contrapõe-se à cognição *exauriente*.

A sumariedade de cognição incompatível com a coisa julgada é essa segunda, atinente ao corte “vertical”.

O mesmo não se passa com a cognição sumária na perspectiva “horizontal”. Nada impede – e, aliás, é comum – que a cognição *parcial* seja *exauriente*, no limite das matérias que lhe constituem o objeto. Haverá, então, “limitação no tocante à amplitude, mas ilimitação quanto à profundidade”.<sup>55</sup> As sentenças de mérito proferidas nessa hipótese fazem

<sup>54</sup> Cf., entre outros, Watanabe, *Da cognição*, cap. 5, p. 83 e seguintes; Ovídio Baptista da Silva, “A plenitude de defesa...”, n. 12, p. 158.

<sup>55</sup> Watanabe, *Da cognição*, n. 20.2, p. 88.