

## AINDA E SEMPRE A COISA JULGADA

Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 6 | p. 679 | Out / 2011DTR\2012\1704

**José Carlos Barbosa Moreira**

**Área do Direito:** Processual

**Sumário:**

*Revista dos Tribunais • RT 416/9 • jun./1970*

1. Conforme eloqüentemente atesta a vastidão da bibliografia a respeito, poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções. Séculos de paciente e acurada investigação foram incapazes de produzir, já não diremos a aquietação das polêmicas, que subsistirão enquanto o homem fôr o que é, mas ao menos a fixação de uma base comum em que se possam implantar as multiformes perspectivas adotadas para o tratamento da matéria.

A razão fundamental dêsse desconcerto parece residir na equivocidade do próprio conceito a partir do qual se desenvolvem as elaborações dos doutrinadores. Não é de espantar que se chegue a resultados tão díspares quando se verifica quão longe se está de alcançar um consenso mínimo sobre a determinação mesma do ponto de partida. Impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações, se não há sequer unanimidade de vistas quanto à delimitação conceptual do objeto pesquisado. Como esperar que se harmonizem as vozes, antes de ter-se a certeza de que tôdas se referem a uma única e definida realidade?

2. De “coisa julgada”, com efeito, tem-se falado em sentidos muito diversos. Entre os romanos, o particípio “iudicata” qualificava o substantivo “res”, para indicar, em relação a êste, a situação particular que advinha de já se ter proferido o julgamento<sup>1</sup> – tal como a expressão “in iudicium deducta” qualificava a “res” submetida ao conhecimento do juiz, mas ainda não julgada. Mas, tanto na locução “res in iudicium deducta”, como na outra, “res iudicata”, o elemento que ressaltava era uma substância, algo que se punha como o objeto da atividade cognitiva judicial – visto, ali, de um ângulo anterior, e aqui de um ângulo posterior à prolação da sentença.

Estranho à concepção romana seria, ao contrário, identificar a noção de coisa julgada com a própria sentença, ou com o respectivo conteúdo, ou com a sua eficácia em geral, ou em particular com um de seus efeitos; e mais ainda com uma qualidade da sentença ou de seus efeitos. O direito moderno, com notável volubilidade, tem contraído, sucessivamente, compromissos mais ou menos sérios com todas essas atitudes doutrinárias. Há nelas um traço comum, que é o deslocarem a tônica do conceito, do substantivo coisa para o adjetivo julgada; mas, nas quatro primeiras, ainda sobrevive algo da conotação substancialista que marcava no tema o pensamento romano – ou, em outras palavras, subsiste, afastada embora de sua originária linha de inserção, a referência a uma “res”.

A Lei de Introdução ao Código Civil ( LGL 2002\400 ) , por exemplo, conceitua a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso” (art. 6º, § 3º, com a redação da lei n. 3.238, de 1957). Identifica, pois, a coisa julgada com a sentença dotada de uma especial característica, que é a de não comportar impugnação por meio de recurso. Firmaria o texto legal a equação: “res iudicata” = sentença irrecorrível. Em cada membro da igualdade há uma expressão do tipo substantivo + adjetivo; mas em vão se tentará conjugar em pares os elementos à primeira vista correspondentes, porque nem a têrmo “sentença” equivale ao têrmo “res”, nem “irrecorrível” a “iudicata”. A distância a que se chegou da perspectiva romana só em anos-luz se poderia medir.

Na doutrina alemã<sup>2</sup> cristalizou-se a tendência a identificar a coisa julgada (material) com o chamado efeito declaratório (“Feststellungswirkung”) da sentença insuscetível de recurso. À eficácia da decisão, “in genere”, ou – o que seria o mesmo – à sua “imperatividade”, pretendeu equipará-la, na Itália, Carnelutti.<sup>3</sup> O Código Civil ( LGL 2002\400 ) italiano de 1942, em fórmula que não logrou

cativar a simpatia de certos quadrantes doutrinários, relaciona-a com o conteúdo da sentença: “L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa” (art. 2.909).

Puramente adjetiva, enfim, é a notória concepção de Liebman, para quem a coisa julgada consistiria na “immutabilità del comando nascente da una sentenza”, ou seja, numa especial qualidade que lhe reveste, a partir de dado momento (trânsito em julgado), o conteúdo e os efeitos.<sup>4</sup> Esse modo de pensar a tal ponto se difundiu na recente doutrina processual brasileira, influenciada pelo mestre peninsular, que já agora se quer incorporá-lo no direito positivo: O Anteprojeto de novo Código de Processo Civil ( LGL 1973\5 ) define “expressis verbis” a coisa julgada material como “a qualidade que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (art. 507).<sup>5</sup>

3. Que juízo fazer dessa multiplicidade de conceituações? A coisa julgada é instituto de função essencialmente prática, que existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado. Importa, pois, verificar se alguma das fórmulas sugeridas espelha fielmente o mecanismo pelo qual se atinge essa meta na realidade da vida jurídica.

Desde logo se pode afastar, por obviamente insatisfatória, a da Lei de Introdução ao Código Civil ( LGL 2002\400 ) . Chamar “coisa julgada” à própria sentença, desde que inatacável através de recurso, será, na melhor hipótese, empregar linguagem figurada para indicar o momento em que a coisa julgada se forma. A expressão, demasiado simplificadora, permite-nos saber quando começa a existir coisa julgada; nada nos informa, porém, sobre a essência do fenômeno e sobre o modo como ele atua para desempenhar sua função específica. Detém-se a regra legal no aspecto cronológico e deixa totalmente na sombra o aspecto ontológico da coisa julgada.

A fórmula prevalecente entre os alemães padece de um radical vício de empostação, o de deslocar para o campo dos efeitos da sentença a declaração que lhe integra (e em alguns casos lhe exaure) o conteúdo. A sentença não produz uma declaração: contém-na e até se pode dizer que nela consiste, exclusivamente ou não. Ainda, pois, que se anuisse em limitar ao elemento declaratório da sentença – e não parecem decisivas as razões de tal limitação<sup>6</sup> – o âmbito de manifestação da coisa julgada, restaria a impropriedade consistente em usar-se o adjetivo para qualificar algo a que ele mal se ajusta.

Nesse sentido, mais exata é a dicção da lei italiana, quando se refere à “declaração contida na sentença”; o art. 2.909 do “Código Civile”, porém, não ministra propriamente uma conceituação da coisa julgada, cingindo-se a disciplinar de um lado (e à semelhança do direito pátrio, embora com fórmula diversa) o momento de sua formação, de outro a área subjetiva por ela coberta; Aliás, quanto ao primeiro aspecto, a disposição da lei substantiva precisa ser conjugada com a da lei processual, que esclarece quando se há de ter a sentença por “passata in giudicato” (“Código di Procedura Civile”, art. 324).

4. Consideração à parte merecem, por suas estreitas relações com o nosso direito processual civil – constituído e “constituendo” – as concepções de Carnelutti e de Liebman.

A primeira, para ser bem compreendida, exige que se tenha em mente a posição original assumida, na matéria, pelo ilustre autor, que, distinguindo na sentença a “imperatividade” (ou eficácia) da imutabilidade, fazia corresponder àquela o conceito de coisa julgada material, e a esta o de coisa julgada formal. Daí surgiam duas importantes consequências, que singularizam na literatura processual o pensamento carneluttiano: de um lado, a coisa julgada formal ampliava-se conceptualmente para abranger a impossibilidade de modificar-se a decisão não só no âmbito do mesmo processo, mas também nos processos futuros; de outro, invertiam-se os termos em que tradicionalmente se visualiza a relação entre a coisa julgada material e a coisa julgada formal, para ter-se aquela como antecedente desta, e não vice-versa, pois a sentença produziria efeitos (isto é, seria imperativa) desde a sua prolação, antes mesmo de preclusas as vias recursais (ou seja, antes de tornar-se imutável).<sup>7</sup>

Reflete-se este último aspecto da interessante construção teórica na redação do art. 287 do Código pátrio, de corte sabidamente carneluttiano.<sup>8</sup> Observará o leitor, com efeito, que o dispositivo, em seu teor literal, não subordina ao trânsito em julgado a manifestação da eficácia normativa da sentença – ou, segundo a expressão, menos feliz, do texto, a “fôrça de lei” que a ela se atribui.<sup>9</sup> Se isso nos obriga a reconhecer que o direito brasileiro consagra a tese exposta, ou se a interpretação

sistemática aponta noutro sentido, é questão que a seu tempo será enfrentada.

6. Quanto à doutrina liebmaniana, em alguns pontos, sem sombra de dúvida, trouxe à teoria da coisa julgada contribuição que se pode ter por definitivamente adquirida. Assim a demonstração, ao nosso ver irrefutável, de que a “*auctoritas rei iudicatae*” se distingue quer do imprópriamente chamado “efeito declaratório”, quer, “*in genere*”, da eficácia da decisão – que, aliás, duvidaríamos em identificar, à maneira de Carnelutti, com a “imperatividade”, expressão comprometida com a habitual tendência a enxergar na sentença uma ordem ou comando. A eficácia, entendida simplesmente como aptidão para produzir efeitos (variáveis, é claro, segundo a natureza da decisão), é atributo autônomo, do ponto-de-vista conceptual, em relação à coisa julgada, como atestam os casos em que, inexistente esta, nem por isso se dirá que a sentença seja desprovida de efeitos<sup>10</sup> – sem que, por outro lado, se negue à lei possibilidade de marcar para a produção deles, em caráter absoluto ou como regra geral, um termo “*a quo*”, coincidente com o momento de formação da “*res iudi-cata*”. Nesta hipótese, a sentença só produzirá efeitos, aos menos no comum dos casos, quando se houver tornado imutável; mas nem por isso será me– nos nítida a distinção ontológica entre eficácia e imutabilidade.

Tem razão, pois, Liebman em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dele, e só dele, visualizar a coisa julgada. Menos feliz parece, entretanto, a escolha da direção em que se projetou o feixe luminoso. O mestre, que deu um passo decisivo no sentido de libertar a problemática da “*res iudicata*” da inoportuna vinculação com a da eficácia da sentença, não conseguiu libertar-se totalmente, êle mesmo, do pêso de um equívoco em má hora feito tradição. Tendo demonstrado que a coisa julgada não se podia equiparar a um efeito da sentença, hesitou em atravessar o Rubicon, para assentar, como cumpria, a absoluta independência, no plano dos conceitos, entre “*auctoritas rei iudicatae*” e eficácia da decisão. A única alternativa que descobriu para atitude tradicional foi a de identificar a coisa com uma qualidade (imutabilidade) da sentença e... dos seus efeitos! Mais destes que daquela, até, se considerarmos a maior insistência com que Liebman, ao longo de sua brilhante elaboração, se detém no segundo aspecto.<sup>11</sup>

Ora, a quem observe, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade muito simples: se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença. A decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício; mas que impede as partes de, no curso desse prazo, de comum acôrdo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porem fim à locação? Os cônjuges que hoje se desquitam, (mesmo litigiosamente) podem amanhã restabelecer a sociedade conjugal, como podem os donos de terrenos confinantes estabelecer convencionalmente, para as respectivas áreas, divisa diferente da que se fixara no processo da ação de demarcação. No tocante ao efeito executório, peculiar às sentenças condenatórias, a coisa é de ofuscante evidência: cumprida espontaneamente ou executada a sentença, cessa o efeito, que já nascera com. o normal destino de extinguir-se – a êle se aplicaria talvez melhor o epíteto, que Heidegger quis aplicar ao homem, de “*ser-para-a-morte*”...

“*Il vero è che immutabili non sono gli effetti della sentenza; immutabile è la. sentenza stessa*” escreveu Allorio no último parágrafo da parte dedicada, em penetrante) ensaio,<sup>12</sup> à crítica da teoria de Liebman. A crítica, ao nosso ver nem sempre fundada, neste ponto atinge o alvo e ministra-nos a deixa para passarmos a nova etapa destas reflexões.

6. Imutabilidade, pois: mas não “da sentença e dos seus efeitos”, como pretende Liebman, senão apenas da “própria sentença”. Seria essa, enfim, a suspirada fórmula? Não para Allorio, em todo caso: logo em seguida ao período acima transcrito, esclarece o autor que, a seu ver, a imutabilidade da sentença constitui sômente a “coisa julgada *em sentido formal*”,<sup>13</sup> quanto à coisa julgada material ou substancial, identificar-se-ia com “a eficácia normativa” (ainda aqui a indefectível referência à eficácia!) “da declaração judicial”.<sup>14</sup> Da declaração judicial passada em julgado, convém notar: Allorio não chegou aí, como chegaria Carnelutti, à inversão da relação consagrada; para êle, a coisa julgada formal continuava a ser o pressuposto da coisa julgada substancial.<sup>15</sup>

No particular, mais próximo de Carnelutti estava, paradoxalmente, o próprio Liebman, consoante se torna claro para quem atende mais no fundo do pensamento de cada um do que na forma através da qual êle se exterioriza. Ambos, realmente admitiam como regular a produção de efeitos pela sentença antes do trânsito em julgado.<sup>16</sup> Que Carnelutti chamasse “coisa julgada” (material) precisamente a essa eficácia, e Liebman preferisse reservar para outro fenômeno a designação, é

por menor que não elimina a substancial concordância dos dois escritores em torno deste ponto relevantíssimo: a sentença é eficaz antes de tornar-se imutável. Nem foi à toa que Carnelutti, talvez com uma pitada de ironia, acabou reduzindo às proporções de simples “questão de nomes”<sup>17</sup> e divergência de que se originara a celeberrima polêmica...

O mais curioso é que seja em tudo menos pacífica a proposição em que convinhem os talentosíssimos polemistas que justamente onde concordaram se ouse discordar. E no entanto, em linha de princípio, a verdade é bem outra. Os efeitos da sentença, estranhos que sejam ao conceito da coisa julgada, em regra começam a produzir-se no momento em que esta se forma, e só excepcionalmente – nos casos taxativos em que a lei assim disponha – a ela se antecipam. Para o direito brasileiro, a tese quase prescinde de demonstração. Lá está no Código, sem dúvida, o art. 287 – fibra de organismo diversamente estruturado, que se transplantou, sem consciência do perigo de rejeição, para o texto nacional... Mas lá está, (e é o que mais importa) o sistema da lei, ao qual o art. 287 tem de afeiçoar-se, com o qual há de manter coexistência pacífica, e no qual os recursos só não têm efeito suspensivo quando alguma regra expressamente o negue (“*verbi gratia*”, arts. 808, § 1º, 830 e 943). Aliás, como ressalta do art. 882, com relação ao efeito executório – e o que dêste se diz, aqui, deve dizer-se de quaisquer efeitos, por igualdade de razão – não seria exato conceber a interposição do recurso à maneira de ato que suspenda, pròpriamente, os efeitos da sentença, como se até êsse instante ela os estivesse produzindo. Na realidade, a decisão recorrível (sempre com ressalva das exceções expressas) é ineficaz enquanto recorrível, quer já recorrida, quer ainda não.

Tal é, também na Itália, a opinião predominante.<sup>18</sup> E – se não é temerário apontar contradição em obra tão dominada pela preocupação de coerência lógica – o próprio Liebman, no fundo, termina por encampá-la ao esclarecer que a eficácia da sentença recorrível “se produz para todos os efeitos (e não só para o executório) quando ficam preclusos os recursos ordinários, embora ainda interponíveis os extraordinários”,<sup>19</sup> reconhece que a produção de efeitos se condiciona à formação da coisa julgada, pois, segundo a mais autorizada doutrina, ao menos no sistema do velho Código de 1865, sob o qual êle escrevia, a impugnabilidade da decisão através dos chamados “recursos extraordinários” não obstava ao trânsito em julgado.<sup>20</sup>

7. É tempo de retomar o fio principal de nossas considerações. Excluídas do campo de pesquisa, por impertinentes, as noções de eficácia e de “imperatividade”,<sup>21</sup> resta-nos a imutabilidade da sentença, e é com ela que devemos contar para a tentativa de reconstrução ora empreendida. Por sentença imutável há de entender-se aqui a sentença cujo conteúdo não comporta modificação. Com isso nos aproximamos da fórmula acolhida no Código Civil ( LGL 2002\400 ) italiano, que todavia nos parece insuficiente por limitar-se ao elemento declaratório daquele conteúdo.<sup>22</sup>

A variável extensão da imutabilidade abre ensejo à distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material. Dá-se a primeira quando a sentença só se torna imutável no âmbito do processo em que foi proferida; ou seja, quando não há óbice a que, em outro processo, se profira nova decisão com o mesmo objeto. Ocorre a segunda quando a imutabilidade da sentença prevalece ainda em relação a processos distintos. Não há vantagem em alterar, como intentou Carnelutti, os termos tradicionais dessa distinção, para estender o conceito de coisa julgada formal à imutabilidade da sentença também noutros processos.<sup>23</sup> Com isso se esvaziaria, aliás, o conceito de coisa julgada material, que na construção do insigne autor – mas em nossa opinião, como já foi dito, inadequadamente – era preenchido pela eficácia ou “imperatividade”.

A discriminação, “in concreto”, dos casos em que a imutabilidade se restringe a um processo ou se amplia a todos há de ser a que resulte do direito positivo, cujos critérios, ao propósito, comportam certa dose de discricionariedade, conforme atestam as discrepâncias observáveis na matéria entre os vários ordenamentos. As considerações, de ordem prática, pelas quais se guia o legislador, em geral o levam a tornar ilimitadamente imutáveis as decisões definitivas (isto é, de mérito) e – se exata a inteligência dada ao sistema da lei, entre nós e alhures, pela doutrina prevalecente – também as relativas às chamadas “condições da ação”.<sup>24</sup> Tais decisões são, pois, idôneas a revestir-se da “*auctoritas rei iudicatae*” em sentido material.

Nenhuma decisão deixa de produzir coisa julgada ao menos em sentido formal, pois inexistente, no direito dos países ocidentais, série infinita de recursos, e portanto não há processo que, em dado momento, não se encerre, tornando-se imutáveis, no seu âmbito, as decisões nele proferidas. Ora, a essa imutabilidade corresponde, por definição, a coisa julgada formal. O registro é relevante para a correta interpretação de normas como a do art. 288 do Código de Processo Civil ( LGL 1973\5 ) , que

devem ser entendidas como excludentes apenas da coisa julgada substancial.<sup>25</sup>

8. A imutabilidade (ainda ilimitada) do conteúdo da sentença não importa, é óbvio, na imutabilidade da situação jurídica concreta sobre a qual versou o pronunciamento judicial. Se se julgou que A devia a B certa importância, nada obsta a que, antes ou depois do trânsito em julgado, A pague a dívida, ou B a remita, e assim se extingue a relação de crédito declarada pela sentença. Tal circunstância em nada afeta a autoridade de coisa julgada que esta porventura haja adquirido. A norma sentencial permanece imutável, enquanto norma jurídica concreta referida a uma determinada situação.

Evidentemente, se A, que pagou, propõe contra B, que insiste em dizer-se ainda seu credor, ação declaratória negativa, o pedido será acolhido por sentença em que se vai consubstanciar nova regra concreta, diversa da anterior porque formulada para situação jurídica também diversa. Essa nova regra de modo nenhum se porá em conflito com a outra, nem lhe tirará a força vinculativa de que se infunde no que tange à situação sobre a qual versou. As duas coisas julgadas coexistirão pacificamente, em planos distintos. A isso parece reduzir-se o decantado problema dos “limites temporais” da “res iudicata”, que tanto preocupa uma parte considerável da doutrina. Trata-se, a rigor, de um pseudoproblema: a autoridade da coisa julgada, como tal, não se subordina a limite temporal algum.<sup>26</sup> E é por isso mesmo que, tendo efetuado o pagamento, A jamais poderá frutiferamente pleitear a repetição do indébito.

O princípio vale inclusive para as chamadas sentenças “dispositivas” ou “determinativas” referentes a relações jurídicas continuativas, como a que fixa pensão alimentícia. Ao contrário do que às vezes se afirma, esses casos, do ponto-de-vista em que nos situamos” nada têm de excepcionais. A situação disciplinada pela sentença pode variar, e tal variação acarretará eventualmente a incidência da norma de direito substantivo que rege a matéria, alterando a obrigação no seu valor ou até fazendo-a cessar. Mas a regra, concreta formulada pelo juiz para a situação que constituiu o objeto de sua atividade cognitiva, essa permanece, como tal, imutável. Assim, se se julgou que A devia a B, a título de alimentos, a pensão x, o resultado do processo, com o encerramento deste, fica imune a ulteriores contestações, e A jamais poderá obter a restituição do que, em conseqüência, tiver pago a B, conquanto possa pleitear a formulação de nova regra concreta, se, pela modificação do estado de fato (“*verbi gratia*”, cessação da necessidade de B, que nesse meio-tempo enriqueceu), outra situação jurídica substituir a preexistente.

A rigor, portanto, a ressalva do art. 289, n. II, não abre qualquer brecha na estrutura da coisa julgada.<sup>27</sup> E muito criticável é a técnica usada pelo legislador em dispositivos como o do art. 25 da lei n. 5.478, de 25.8.1968, onde se lê que: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados.” A fórmula “não transita em julgado” é aí duplamente infeliz: primeiro, porque não traduz com fidelidade o que se quis exprimir (“transitar em julgado” não é a mesma coisa que “produzir coisa julgada material”); segundo, porque a idéia mesma inexatamente traduzida já encerra, em si, um equívoco.

9. Por “trânsito em julgado” entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável.<sup>28</sup>

Pouco importa que essa imutabilidade haja de limitar-se ao âmbito do processo, ou de projetar-se “ad extra”. Quer dizer: pouco importa que a decisão seja ou não seja idônea para revestir-se da “*auctoritas rei iudicatae*” no sentido material. Como não existe decisão que não produza ao menos coisa julgada formal, tôdas as decisões, seja qual for a sua natureza, em certo momento transitam em julgado.

Tal momento é aquele em que cessa a possibilidade de impugnar-se a sentença por meio de recurso. Se ela já era, “ab origine”, irrecorrível, transitou em julgado no próprio instante em que adquiriu existência como ato processual – ou seja, no instante da publicação. Se é recorrível, transitará em julgado exatamente quando deixe de o ser: ou no termo “ad quem” do prazo de interposição do recurso admissível, não utilizado; ou ao verificar-se algum fato capaz de tornar inadmissível o recurso, antes (exemplo: renúncia) ou depois (exemplo: deserção) da interposição; ou ainda com a homologação da desistência manifestada pelo recorrente.

O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso.<sup>29</sup> A consideração da coisa

julgada como situação jurídica permite maior precisão na delimitação dos conceitos com que estamos lidando. Não há confundir “res iudicata” com “auctoritas rei iudicatae”.<sup>30</sup> A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a situação jurídica em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade que – esta, sim – se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão “auctoritas rei iudicatae” e não “res iudicata”, portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade.

Quanto à eficácia da decisão – vale repetir ainda uma vez – nada tem que ver, conceptualmente, nem com coisa julgada, nem com autoridade da coisa julgada; o único traço comum reside em que também a primeira, em regra, se subordina, temporalmente, ao trânsito em julgado. Que, depois, a coisa julgada manifeste, por sua vez, uma eficácia própria,<sup>31</sup> é fato indiscutível; mas confundir essa eficácia com a da sentença representativa, já agora, o mais grave talvez de todos os equívocos que permanentemente ameaçam pôr em xeque a clareza das idéias na matéria.

---

1 É o que ressalta do famoso texto do “Digesto”, 42, 1.: “Res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absoluteione contingit”. Cf. Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil”, trad., 2ª ed., São Paulo, 1965, pág. 369: “A res iudicata” outra coisa não é para os romanos do que a “res in iudicium deducta” depois que foi “iudicata”. Sem dúvida, porque era a sentença que produzia a conversão da “res in iudicium deducta” em “res iudicata”, falam também os romanistas da coisa julgada como de um efeito da sentença (Kaser, “Das römische Zivilprozessrecht”, Munique, 1966, pág. 289); mas trata-se de acepção secundária e derivada.

2 Hellwig, “Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft”, 1967 (reimpressão), pág. 1 e segs.; Goldschmidt, “Zivilprozessrecht”, 1969 (reimpressão), págs. 206 e 212; Rosenberg, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, trad. esp., Buenos Aires, 1955, tomo II, pág. 442; Nikisch, “Zivilprozessrecht”, 2ª ed., Tübingen, 1952, págs. 398 e 401.

3 “Lezioni di Diritto Processuale Civile”, Pádua, 1933 (reimpressão), vol. IV, pág. 420; “Sistema di Diritto Processuale Civile”, Pádua, 1936, vol. I, pág. 276 e segs.; “Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza”, in “Studi di Diritto Processuale”, vol. III, Pádua, 1939, pág. 63 e segs., esp. 64 e 65.

4 “Efficacia ed autorità della sentenza”, Milão, 1962 (reimpressão), pág. 40.

5 Deixando de lado a questão da conveniência de inserir em texto de lei tal definição, aliás doutrinariamente muito discutível, a própria fórmula não parece traduzir com exatidão o pensamento de Liebman, que relaciona a imutabilidade – não apenas com o efeito da sentença, mas também com a sentença mesma; v.a rubrica do § 3º da obra citada: “L’autorità della, cosa giudicata come una qualità della sentenza e dei suoi effetti”.

6 V. em Liebman, “Efficacia”... cit., pág. 14 e segs., breve mas certeira crítica à referida concepção, que predomina – com seu consectário lógico, a negação da coisa julgada material para as sentenças constitutivas – na literatura tedesca (v., porém, nesta, as opiniões em contrário de Nikisch, “Zivilprozessrecht”, cit., pág. 410, e Schwab, “Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft”, in “Festschrift für Friedrich Lent”, Munique-Berlim, 1957, págs. 278-9).

7 Sobre todos êsses pontos, v. o ensaio citado em a nota n. 3, esp., págs. 72 e 73, e ainda “Bilancio di una polemica”, no mesmo volume, pág. 79 e segs., esp., 80. Cf., do mesmo autor, já anteriormente, “Lezioni” cit., vol. IV, págs. 178-81, 483-4, 486; “Sistema” cit., vol. I, págs. 286-8.

8 O texto do art. 287 é a tradução, algo mutilada, do art. 290 do Projeto italiano revisto de 1926, no qual se reproduzia “ipsis verbis” o art. 300 do Projeto preliminar, devido à pena de Carnelutti e assim redigido: “La sentenza che decide totalmente o parzialmente una lite ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Si considera decisa, anche se non sia risolta espressamente, ogni questione la cui risoluzione costituisca una promessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza”.

9 O ponto não tem despertado a atenção que se poderia esperar dos comentadores e tratadistas. José Frederico Marques, “Instituições de Direito Processual Civil”, Rio-São Paulo, vol. III, 2ª ed., 1962, pág. 508, ensina que no art. 287 (e também nos arts. 286 e 290) “a palavra sentença tem o sentido de julgado, isto é, de decisão definitiva que passou em julgado” – (grifos do autor) – sem contudo justificar, como seria oportuno o entendimento proposto.

10 É incontestável, ao propósito, a validade do argumento utilizado por Liebman, “Efficacia...” cit., pág. 27: seria absurdo sustentar que, apesar do disposto no cân. 1903 do “Codex Iuris Canonici”, as decisões sobre o estado das pessoas sejam, no direito canônico, ineficazes; ou que ineficazes fôssem as sentenças em geral, nos ordenamentos que as tinham por indefinidamente impugnáveis.

11 Uma passagem expressiva: “L’autorità della cosa giudicata non é effetto della sentenza, como postula l’unanime dottrina, ma solo un modo di manifestarsi e di prodursi degli effetti della sentenza medesima, qualche cosa che a questi effetti si aggiunge per qualificarli e rafforzarli in un senso ben determinato” (“Efficacia...” cit., pág. 28). A segunda parte da proposição dá a entender que, para o autor, não havia terceira solução: se a coisa julgada não era efeito, tinha contudo, forçosamente, de ser algo relacionado com os efeitos... Como se não se concebessem outras possibilidades!

12 “Natura della cosa giudicata”, in “Sulla dottrina della giurisdizione e dei giudicati” (“Problemi di Diritto”, vol. II), Milão, 1957, pág. 202 (grifos do autor). Na mesma página, lê-se que “gli effetti giuridici, quali che siano, prodotti dalla sentenza, non sono affatto sottratti a futuri mutamenti; essi soggiacciono anzi, in toto, al libero potere di disposizione delle parti, con l’unico limite che può derivare dalla natura degli stessi rapporti”.

13 Idem, ibidem (grifado no original).

14 14. Idem, ibidem, pág. 162. Cf. este trecho da pág. 201: “Né sembra possibile distinguere tra “efficacia della sentenza come accertamento” e “autorità della cosa giudicata”: almeno sul terreno giuridico”.

15 Idem, ibidem, pág. 162, nota 2.

16 V., quanto a Liebman, “Efficacia...” cit., págs. 26, 27, 28, 42; idem, “Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata”, no mesmo volume, págs. 137/8; no que tange a Caneluti, “Riflessioni sulla condizione jurídica della sentenza soggetta alla impugnazione”. in “Studi” cit., pag. 87 e segs.

17 “Bilancio di una polemica”, in “Studi” cit., pág. 80.

18 V., por exemplo, Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil”, trad., 2ª ed., São Paulo, 1965, vol. III, pág. 220 e segs., esp. 221-2: “Em si e por si a sentença não definitiva” (no sentido de não transitada em julgado), “não existindo ainda como declaração do direito, não pode produzir os efeitos correspondentes, a não ser os taxativamente admitidos por lei”; Calamandrei, “La Casación Civil”, trad. esp., Buenos Aires, 1945, tomo II, pág. 206 e segs., esp. 214: “... el pronunciamiento del juez de primer grado no 9’puede, mientras está sujeto a grávamen, producir los efectos de una declaración jurisdiccional de certeza”; Vellani, “Appunti sulla matura della cosa giudicata”, Milão, 1958, pág. 52 e segs., esp. 67: “prima del suo passaggio in giudicato formale, la sentenza produce quei soh effetti che sono tassativamente previsti dal legislatore”.

19 “Ancora sulla sentenza...”, no vol. cit., pág. 138.

20 Cf. Calamandrei, “La Casación Civil”, cit., tomo II, pág. 230 e segs.; Heinitz. “I limiti oggettivi della cosa giudicata”, Pádua, 1937, pág. 3.

21 Nosso anterior trabalho “Questões prejudiciais e coisa julgada”, Rio, 1967, ressentia-se em alguns passos (“verbi gratia”, pág. 69) da ambigüidade provocada pela inoportuna intromissão de tais conceitos no tratamento de problemática a que são estranhos.

22 Com razão, neste ponto, Liebman, quando classifica de “mediocre expediente” o sustentar-se “che l’incontestabilità dell’accertamento valga a sorreggere l’effetto costitutivo o quello di condanna, che ad esso eventualmente conseguono” (“Efficacia...” cit., prefácio à reimpressão, pág. IV),

Objetaríamos apenas a propriedade das expressões “efeito constitutivo” e “efeito condenatório”, pelo menos tão duvidosa quanto a da outra, “efeito declaratório”, criticada acima, no texto. A condenação, por exemplo – onde quer que se faça residir o seu traço característico – será mesmo “efeito” da sentença, ou antes elemento do seu conteúdo? Efeito da sentença condenatória é, ao nosso ver, o executório; a condenação é causa, e não efeito. Cf. Vellani, “Appunti...” cit., pág. 48: “non mi sembra che si possa porre su uno stesso piano effetto dichiarativo, effetto costitutivo ed effetto esecutivo, perchè primi due si riferiscono al contenuto della sentenza, l'esecutivo, invece, e quello effetto che a un certo momento inerisce alla condanna contenuta nella sentenza e che permette alla parte di portare a conseguenze pratiche la condanna stessa” (sem grifo no original). Esse autor, porém, ante a letra do art. 2.909 do “Codice Civile”, socorre-se (págs. 51-2) do “mediocre expediente” a que Liebman, aliás, reconhece “utilidade em sede exegética” (pref. cit., *ibidem*); isto é; admite como suficiente a “auctoritas rei iudicatae” conferida à declaração, para tornar imutáveis, ainda que por via de consequência, também, os outros elementos que integrem o conteúdo da sentença.

23 V. acima, n. 4 e nota 7.

24 V., sobre o ponto, J. C. Barbosa Moleira, “Questões prejudiciais...” cit., págs. 118-20, e a bibliografia aí citada em a nota n. 91 (pág. 118), a qual se acrescentará: Liebman, “Corso di Diritto Processuale Civile”, Milão, 1952, pág. 27.

25 V., no sentido do texto, os autores e julgados por nós arrolados em “Questões prejudiciais ...” cit., pág. 78, nota n. 1.

26 Adota-se no texto ângulo visual um pouco diferente daquele em que se coloca, para sustentar conclusão substancialmente igual. Machado Guimarães, em recente ensaio que representa uma das mais densas e originais contribuições de nossa literatura jurídica à elucidação da problemática ligada ao tema vertente: “Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo”, in “Estudos de Direito Processual Civil”, Rio-São Paulo, 1969, pág. 9 e segs. (esp., sobre o ponto de que agora se trata, 26-27).

27 “Quel ce vi è di diverso in questi casi” – escreve Liebman, “Efficacia...” cit., pág. 28 – “non è una minore rigidità della cosa giudicata, ma la natura del rapporto giuridico, che continua a vivere nel tempo con un contenuto od una misura determinati da elementi essenzialmente variabili, cosicchè i fatti che sopravvengono possono influire su di esso non solo nel senso di estinguerlo, facendo quindi venir meno il valore della sentenza, ma anche nel senso, di esigere un mutamento nella determinazione fattane preventivamente”. Arriscaríamos uma objeção: não é exato que a mudança do estado de fato (e por conseguinte da situação jurídica que sobre este se desenha) faça “venir meno il valore della sentenza”: esta, como norma concreta referida à situação para a qual se formulou, conserva intato o seu valor, e a “res iudicata” que sobre ela se constituiu é “destinada a atuar em processos futuros, sem limites no tempo”, para dizermos com Machado Guimarães (trab. cit. em a nota anterior, pág. 27), que ao propósito se refere à “eficácia panprocessual da coisa julgada material”.

28 Já exatamente, nas “Lezioni” cit., vol. IV, pág. 487, Carnelutti: “Si dice appunto che passa in giudicato la sentenza quando acquista la immutabilità”. Apenas, como já se sublinhou, para o mestre a imutabilidade integrava, no seu duplo aspecto (interior e exterior ao processo), o conceito de coisa julgada formal.

29 Cf. Machado Guimarães, trab. cit., pág. 14: “Há, portanto, uma relação lógica de antecedente – a – consequente (hão de causa – e – efeito) entre o trânsito em julgado e a coisa julgada”; *idem*, *ibidem*, pág. 32: “A decisão trãnsita em julgado cria, conforme a natureza da questão decidida, uma das seguintes situações: a) a coisa julgada formal, ou b) a coisa julgada substancial”.

30 Já o frisara Carnelutti em crítica a Liebman: “L'autorità non è la cosa giudicata ma un attributo della cosa giudicata” (“Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza”, no vol. cit., pág. 64). A distinção, sem dúvida necessária, não era suficientemente nítida na exposição liebmaniana (v. “Efficacia...” cit., págs. 5-6); não nos parece, entretanto, que deva orientar-se no sentido preconizado por Carnelutti, levando à identificação entre “autoridade” e “eficácia”. Ao nosso ver, a construção proposta por Machado Guimarães coloca o problema em termos mais adequados.



31 O fenômeno – que não comportaria tratamento ocasional neste último item do presente, trabalho – mereceu cuidadoso exame, num de seus aspectos, por parte de Machado Guimarães em cujo ensaio supracitado forte luz se projeta sobre o “efeito preclusivo” da coisa julgada (v. pág. 15 e segs., esp. 21-6 e 32).