

064
/P

ENRICO TULLIO LIEBMAN

DEDALUS - Acervo - FD



20400007860

EFICÁCIA E AUTORIDADE
DA
SENTENÇA

E OUTROS ESCRITOS SOBRE A COISA JULGADA
(com aditamentos relativos ao direito brasileiro)

Tradução de
ALFREDO BUZAID e BENVINDO AIRES

Tradução dos textos posteriores à edição de 1945
e notas relativas ao direito brasileiro vigente de
ADA PELLEGRINI GRINOVER.

3.^a edição

30936
UNIVERSIDADE DE S. PAULO
FACULDADE DE DIREITO
BIBLIOTECA CIRCULANTE
FORENSE
Rio de Janeiro
1984

ML
347.943
L682e
3. ed.
e. 4

1.ª edição — 1945
2.ª edição — 1981
3.ª edição — 1984

© Copyright

Enrico Tullio Liebman

Liebman, Enrico Tullio.

L681e. Eficácia e autoridade da sentença / Enrico Tullio Liebman : tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires ; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. — 3.ed. Rio de Janeiro ; Ed. Forense, 1984.

Bibliografia.

1. Direito-Jurisprudência I. Título

CDU — 343.152
/341.4352/

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir deste livro, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor. (Lei n.º 5.988, de 14.12.73.)

Reservados os direitos de propriedade desta edição pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299 - 1.º, 2.º e 7.º ands. - 20020 - Rio de Janeiro - RJ
Largo de São Francisco, 20 - loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

PREFÁCIO À SEGUNDA EDIÇÃO BRASILEIRA

Passaram-se quarenta e cinco anos desde a publicação, em Milão, do ensaio que constitui a parte principal deste volume. Dez anos depois, dois valentes processualistas brasileiros verteram-no para o português e o publicaram pela Editora Forense (e um deles ascendeu depois às honras e aos encargos do governo, sendo o principal inspirador do vigente-código de processo civil, no qual se espelha sua adesão a algumas idéias expostas neste ensaio). Em 1962, acolhido na coleção da Fundação Piero Calamandrei, foi ele reimpresso sem alterações, junto com outros trabalhos e com um novo prefácio, reproduzidos nesta segunda edição brasileira.

São essas as principais etapas do caminho percorrido por uma monografia que, ao vir a lume, foi considerada heterodoxa e que agora pode orgulhar-se de ter recebido autorizadas adesões, embora sem perder o privilégio de suscitar dissentimentos e de provocar acalorados debates, qualidades que considero indicadoras de vitalidade, não obstante os muitos anos que lhe pesam nos ombros, e do mérito de incidir profundamente sobre o sistema do processo.

Os tempos mudaram: e quer me parecer que um dos resultados a que esse ensaio contribuiu para levar foi a "descoberta" de que a sentença é o ato pelo qual o Estado, titular do poder jurisdicional, cumpre sua função, distribuindo justiça entre os consociados: daí por que a sentença não pode mais ser aproximada ao contrato (verdadeira relíquia histórica do tempo em que a autoridade da sentença devia ser reconduzida à litis contestatio), mas há de ser posta, como ato jurisdicional, ao lado do ato legislativo e do ato administrativo. Sua eficácia participa

das características típicas dos atos do poder público: produz unilateralmente e de modo vinculante, na esfera jurídica dos sujeitos, os efeitos declaratórios ou modificativos correspondentes àquilo que nela se dispôs. Essa eficácia é chamada pela doutrina italiana imperatividade ou autoritatividade e é independente da validade formal do ato.

Um segundo resultado que me parece poder reivindicar a este ensaio é aquele que um jovem e valoroso processualista, GIOVANNI FABBRINI, vê na figura da eficácia da sentença, distinta da coisa julgada: uma precisão conceitual que, "por seus caracteres de simplicidade e clareza, aparece como instrumento indispensável de análise".

O terceiro resultado a ser lembrado é o reconhecimento de que a noção da sentença não é completa sem o requisito de sua eficácia, que se erige em elemento intrínseco fundamental. Se é verdade que a apelação tem efeito suspensivo, isso quer dizer que a sentença é provida de eficácia executiva imediata (e por que, então, não teria também eficácia declaratória ou constitutiva, desde que seu conteúdo o permita?). A sentença é proferida para alcançar determinados efeitos práticos e para atingi-los deve ser dotada de eficácia. Não será o decurso dos prazos que lhe atribuirá uma eficácia que ela já não possuía em si mesma.

Finalmente, o último resultado que convém recordar é o que respeita ao sempre difícil problema da posição dos terceiros com relação à autoridade da coisa julgada. A distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada permite reconhecer ao terceiro uma posição distinta da das partes. Obrigado a respeitar o julgado pronunciado entre as partes, mas sem se lhe sujeitar, o terceiro, titular de uma relação de prejudicialidade-dependência com respeito à relação alheia objeto da sentença passada em julgado, não é nem indiferente a essa sentença, como os demais terceiros, nem é atingido pela autoridade da coisa julgada, como as partes que participaram do processo em que a sentença foi proferida: esta pode lhe ser oposta, mas ele também pode contestá-la demonstrando sua injustiça, porquanto existiam motivos suficientes para obter um julgado di-

verso. Eis a contribuição que meu ensaio deu ao problema dos terceiros. Recebeu ela autorizada adesão por parte da Cour de Cassation francesa, por intermédio de duas decisões mencionadas e aprovadas por P. HÉBRAUD e R. PERROT, consoante lembro em meu último escrito, e da Corte di Cassazione italiana, em dois acórdãos citados em meu Manuale (Cass. 10 outubro 1970, n. 1.924, e 11 novembro 1970, n. 2.347, publicados in Foro italiano, 1971, I, 410).

Uma valiosa contribuição ao tema dos terceiros foi dada pela autora das notas desta nova edição brasileira de meu ensaio, no estudo Eficácia e Autoridade da Sentença Penal, São Paulo, 1978.

Faço votos que esta nova edição, enriquecida pelas notas da Prof. ADA PELLEGRINI GRINOVER, possa interessar aos leitores brasileiros e criar um novo liame de amizade entre as novas gerações de estudiosos do processo civil no Brasil e este seu velho companheiro, que lembra com simpatia e saudade os anos passados em seu país, tão distante e ao mesmo tempo tão próximo de sua pátria.

Milão, 7 de julho de 1980

ENRICO TULLIO LIEBMAN

PREFÁCIO DO AUTOR À PRIMEIRA EDIÇÃO BRASILEIRA

Este livro não é monografia sobre a coisa julgada, mas uma contribuição para o estabelecimento de seu conceito.

Aspectos importantes da teoria da coisa julgada não se acham nele estudados ou só incidentemente são considerados, ao passo que outros têm desenvolvimento exagerado, em relação à economia do trabalho. A razão disso é que ele foi pensado e escrito com o escopo de orientar o estudo do assunto por um caminho diverso. Esta circunstância explica também a extensão dada à discussão das opiniões dos outros escritores. O que não quer dizer que das idéias expostas neste volume não decorram conseqüências práticas importantes; para prová-lo, bastam os exemplos aduzidos no capítulo final. Seriam elas, porém, ainda mais numerosas, se essas idéias fossem desenvolvidas numa exposição sistemática da teoria da coisa julgada.

Sem excluir a possibilidade de fazer no futuro este trabalho, decidi, todavia, autorizar, por ora, a publicação de uma tradução em língua portuguesa do livro em sua forma originária, acompanhado de alguns outros escritos menores, dedicados ao mesmo assunto ou a assuntos conexos. Duas são as considerações que me induziram a fazê-lo. Em primeiro lugar, pareceu-me dever aproveitar o cuidadoso trabalho de meus amigos ALFREDO BUZARD e BENVINDO AIRES que espontaneamente empreenderam a tarefa da tradução. Em segundo lugar, as referências feitas ao meu estudo em alguns recentes livros brasileiros, e principalmente no III volume do grande Comentário de PEDRO BATISTA MARTINS, me impuseram de certo modo a obrigação de torná-lo

accessível ao público do país que carinhosamente me hospeda, tanto mais que as circunstâncias do momento só permitem dispor de um número reduzido de exemplares da edição original.

A publicação desta tradução me ofereceu também outra oportunidade: a de acompanhar o texto com aditamentos remissivos, quando possível, ao direito positivo e à literatura jurídica brasileira, a fim de tentar uma correspondente aplicação dos conceitos expostos. Parece certa a utilidade desses aditamentos. Sem dúvida, a doutrina jurídica de um país não pode deixar de tirar proveito do conhecimento dos livros estrangeiros; o método comparativo, já de uso freqüente entre os vários direitos positivos, pode encontrar campo de atividade não menos fértil, se for estendido às doutrinas. O pensamento realmente científico, isto é, quando consegue elevar-se da simples exegese à elaboração de conceitos gerais, oferece instrumentos de trabalho que podem ser úteis ainda na interpretação de direito positivo diferente daquele em relação ao qual foram originalmente concebidos.

Entretanto, essa transposição de uma doutrina jurídica para a interpretação de direito positivo diverso encerra também perigo que se deve cuidadosamente evitar: o de atribuir aos conceitos doutrinários valor absoluto, valor de princípios jurídicos, que eles não têm, até o ponto de fazê-los prevalecer sobre as disposições, o espírito ou a tradição histórica do próprio direito positivo. Esse procedimento, além de ilegítimo, pode levar a conseqüências de certa gravidade; com efeito, o conjunto das leis dum país forma um sistema fechado e possui seu equilíbrio interior, passível de ser perturbado pela irrupção violenta de doutrinas que bem podem ter a sua justificação, e mesmo seus necessários contrapesos ou compensações, somente no ambiente em que foram ideadas. Por isso, as doutrinas estrangeiras podem ser utilizadas na interpretação do direito nacional unicamente na medida em que se ajustam às suas várias disposições e ao conjunto delas, ou interpretam uma sua efetiva tendência evolutiva, ou ainda quando refletem novas aspirações da sociedade

humana, em uma palavra, quando esclarecem e revelam fenômeno jurídico realmente existente no corpo social ao qual se pretendem aplicar. Os conceitos doutrinários não têm outra finalidade legítima senão exprimir e condensar, em ordem logicamente coerente, a realidade fenomênica do direito. Mais do que nunca, ao utilizar conceitos elaborados em meio jurídico estranho, é preciso lembrar a sábia máxima de PAULO: "non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat" (Digesto, 50, 17, 1). Afinal, as regulae, ou seja, os conceitos jurídicos, nada mais são do que hipóteses de trabalho, cuja exatidão deve ser constantemente verificada à luz do direito positivo, o único que ministra os dados, isto é, os materiais para a construção do sistema do direito.

Neste momento, a doutrina do processo civil deve, em face da reforma legislativa e das transformações que vem sofrendo o mundo inteiro, renovar os seus conceitos e os seus princípios; por isso, pode ser mais perigosa e deve ser mais cuidadosa a aplicação de doutrinas estrangeiras. Só o conhecimento claro e firme da própria individualidade do direito processual civil brasileiro, conseguido pelo estudo de sua formação histórica, permite fazer essa aplicação sem correr o perigo de desnaturar-lhe o espírito ou alterar-lhe o equilíbrio alcançado em tantos séculos de trabalhosa evolução.

Ora, quem melhor do que o próprio autor do livro estrangeiro, uma vez que tenha suficiente conhecimento do direito brasileiro, poderia fazer essa prudente adaptação de suas idéias?

Não sei se logrei estar à altura de minha tarefa, ao escrever estes aditamentos e, em geral, o que publiquei nestes últimos anos; em todo caso, aí vão consignadas as preocupações de ordem metodológica presentes a meu espírito, ao dar minha contribuição ao estudo do Código de Processo Civil do Brasil.

Por outro lado, voltando a considerar mais de perto o caso deste livro, havia uma circunstância que tornava difícil a adaptação aludida na forma de notas fragmentárias; desejo

por isso expor, à guisa de premissa, algumas observações gerais. O fato é que, no Brasil, a doutrina de CHIOVENDA sobre a coisa julgada não foi até hoje plenamente desenvolvida em todo o seu alcance, ao passo que o meu livro representa a tentativa de um parcial superamento dessa doutrina. Daí o perigo de certa confusão na apreciação dessas várias correntes de idéias e dos respectivos resultados. A obra de CHIOVENDA, também neste ponto, quer como síntese do que de melhor nos deu a doutrina moderna, quer como contribuição pessoal, representa um passo de fundamental importância na evolução do direito processual, e não pode ser comparada — sobretudo para os países latinos — à de qualquer outro escritor contemporâneo. Pode-se resumir sua significação na distinção entre preclusão e coisa julgada. Esta distinção que, desenvolvida coerentemente em todas as suas conseqüências, serve para esclarecer a diferença entre duas coisas praticamente muito diversas entre si, sente-se muito à vontade na tradição jurídica luso-brasileira, a qual soube, melhor do que o direito de qualquer outro país, preservar a separação conceitual entre a sentença de mérito e os despachos interlocutórios. A meu ver, todavia, CHIOVENDA foi, por esse caminho, longe demais, ao afirmar a substancial diferença da natureza dos dois fenômenos, quando se trata antes do diverso significado que adquire um fenômeno jurídico essencialmente único, em razão do diferente objeto sobre o qual opera. Isso implica, naturalmente, um conceito diverso da coisa julgada e nele reside o primeiro dos resultados a que cheguei neste livro.

Ao que me parece, a teoria da coisa julgada, por um lado, e a classificação dos efeitos da sentença, por outro — apesar de apresentarem problemas estreitamente conexos — foram estudadas em separado, recebendo soluções que já não concordavam entre si. Tornou-se necessária uma revisão desses problemas. Ademais, tendo o processo tomado definitivamente seu lugar entre os institutos do direito público, era preciso também colocar a sentença (até então estudada isoladamente) na categoria dos atos do poder público e pôr em evidência os caracteres que, como tal, ela apresenta. Eis o que procurei fazer. O tempo de-

corrido após a publicação de meu livro e as discussões que a acompanharam deram-me a oportunidade para meditar longamente sobre as suas conclusões. Penso, porém, não dever modificá-las.

A diferente sistematização do conceito da coisa julgada leva logicamente a outro resultado, cujas conseqüências práticas são relevantes: refiro-me à posição dos terceiros. Este é um problema que, em todos os tempos, tem proporcionado grandes dificuldades tanto à teoria quanto à prática, porque a grande variedade de relações que os terceiros podem ter com o objeto do litígio torna impossível a fixação de uma regra satisfatória em todas as suas aplicações. Assim, o princípio que limita às partes a autoridade da coisa julgada sempre comportou exceções, que a doutrina procurou justificar com maior ou menor acerto. Nestes últimos tempos, importantes correntes da doutrina esforçaram-se por alargar o âmbito de extensão da coisa julgada e, em alguns casos, até por quebrar o clássico princípio, invalidando praticamente os seus efeitos. Não estaria talvez errado quem visse, nessas correntes, um reflexo, provavelmente inconsciente, da tendência socializadora e antiindividualística do direito, que vem abrindo caminho em toda parte. O homem já não vive isolado na sociedade. A atividade do indivíduo é de maneira crescente condicionada pelas atividades dos seus semelhantes; aumenta a solidariedade e a responsabilidade de cada um e seus atos se projetam em esfera sempre maior.

Contudo, as correntes extremistas, ao estudar a extensão subjetiva da coisa julgada, chegaram a resultados inaceitáveis, que importam o sacrifício irrestrito da posição dos terceiros, intolerável principalmente na hipótese de fraude organizada para prejudicá-los. O processo tornar-se-ia máquina perigosa, cujo uso constituiria grave ameaça para aqueles que dele não participaram.

A elaboração do conceito da eficácia natural da sentença, como distinta e menos intensa do que a da autoridade da coisa julgada, permite alcançar mais amplo aproveitamento dos re-

sultados do processo e diminuir a possibilidade de julgados contraditórios, ao contrário do que acontece sob o império da doutrina tradicional, e deixa ao mesmo tempo lugar aos terceiros para defender seus direitos, quando lesados injustamente. Também nesta parte permaneço fiel à solução apresentada há oito anos e que me parece, entre todas, a mais justa e equilibrada.

São Paulo, agosto de 1943.

INTRODUÇÃO

§ 1.º APRESENTAÇÃO DO TEMA

“Assistimos à lenta e progressiva transformação no modo de entender a eficácia, inerente à sentença do juiz, que designamos sob o nome de *autoridade da coisa julgada*”.¹

Com estas palavras, iniciava CHIOVENDA, há trinta anos, sua obra de revisão da doutrina da coisa julgada.² Hoje, ao mesmo tempo que avaliamos toda a importância das idéias que ele de-

¹ CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, em *Saggi di diritto processuale civile*, II, p. 399.

ADITAMENTOS AO § 1.º

A importante contribuição de CHIOVENDA à doutrina da coisa julgada (v. as obras citadas em suas *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. portuguesa de GUILMARÃES MENEGALE, vol. I, São Paulo, 1942, p. 511, e, em síntese, a exposição da matéria, *ibidem*, nos §§ 15-18, assim como as observações de caráter histórico a ps. 182 e segs. e 191 e segs.) consistiu principalmente em depurar o conceito e o fenômeno da coisa julgada de conceitos e fenômenos afins, isto é, em separar o seu conteúdo propriamente jurídico de suas justificações político-sociais; em distinguir, daí, a autoridade da coisa julgada da simples preclusão, que é a impossibilidade de se tornar a discutir no decurso do processo uma questão já decidida; em distinguir, conseqüentemente, a autoridade da coisa julgada (substancial) do fato processual da irrecorribilidade de uma sentença ou de um despacho interlocutório (coisa julgada formal); em limitar, por isso, a autoridade da coisa julgada à decisão que decide o mérito da ação, para declará-la procedente ou improcedente; em subtrair, por fim, toda a atividade puramente lógica, desenvolvida pelo juiz no processo, do campo de ação da coisa julgada, religando esta última ao ato de vontade ditado na sentença pelo órgão judiciário e acentuando energicamente a sua finalidade prática e o seu caráter publicístico.

fendeu e, sem interrupção, desenvolveu até os nossos dias, podemos também ouvir-lhe a advertência e retomar o caminho, pois é chegado o momento de tentar dar outro passo avante na evolução desta doutrina.

Na opinião e linguagem comuns, a coisa julgada é considerada, mais ou menos clara e explicitamente, como um dos efeitos da sentença, ou como a sua eficácia específica, entendida ela, quer como complexo das conseqüências que a lei faz derivar da sentença, quer como conjunto dos requisitos exigidos, para que possa valer plenamente e considerar-se perfeita.

As opiniões correntes, ainda as mais autorizadas, oscilam entre os limites de tais fórmulas.

Este modo de entender a coisa julgada inspira-se diretamente em antiga e augusta tradição, e mais propriamente na romanística. Em direito romano clássico, resumia-se o resultado do processo na *res iudicata*, que *vel condemnatione vel absolute contingit* (MODESTINO, D. 42, 1,1), o que não era senão a *res de qua agitur*, depois que se julgou devida ou não

Assim, a teoria de CHIOVENDA, combatendo a exagerada extensão e, por conseguinte, o enfraquecimento que seu conceito sofrera na doutrina medieval, conferiu à coisa julgada conteúdo mais claro, preciso e concreto, e representa, de certo modo, retorno à concepção romana da *res iudicata*, não obstante as profundas diferenças que, por outros aspectos, derivam da diversidade das instituições processuais modernas. Retoma a coisa julgada, em seu sistema, o posto que lhe compete no quadro dos institutos fundamentais do processo.

Acha-se toda a doutrina moderna italiana sob a influência desta idéia. Maior afastamento somente se encontra em CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Pádua, 1936, p. 270 e segs., acerca do qual v. adiante neste volume, p. 48 e segs. Os mesmos pontos de vista, também, na doutrina brasileira: v. AURELIANO DE GUSMÃO, *Cosa Julgada*, São Paulo, 1922, ps. 8, 12, 21 e segs., 34, etc.; GUILHERME ESTELITA, *Da Cosa Julgada*, Rio de Janeiro, 1936, p. 69 e segs.; PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, p. 72; vol. III, p. 308; JORGE AMERICANO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, ps. 287, 611, etc.

Na doutrina portuguesa: ALBERTO DOS REIS, *Breve Estudo sobre a Reforma do Processo Civil e Comercial*, 2.^a ed., Coimbra, 1933, ps. 197 e segs. e 465-466; *Código de Processo Civil Anotado*, 2.^a ed., Coimbra,

devida,² isto é, qual saía transformada da novação processual. A força criadora da sentença, por um lado, e, por outro, a consumação da *actio* bastam por si sós para configurar em todos os seus aspectos a significação da *res iudicata*, sem necessidade alguma de recorrer a qualquer caráter seu especial. O *iudicatum* ou impunha, na verdade, ao réu uma obrigação, sancionada pela *actio iudicati*, que não diferia, em nada, das outras *obligationes*, ou então o liberava do vínculo emergente da *litis contestatio*. E a impossibilidade de novamente propor a mesma ação era a conseqüência natural da consumação processual. Assim, para os clássicos era a *res iudicata* verdadeiramente o único e exclusivo efeito do *iudicatum*,³ e sem que, por isso, viesse a significar a atribuição duma eficácia especial, visto como aquele não exorbitava do campo das relações obrigatórias;⁴ ao passo que a inexistência de recursos não fazia surgir o problema de quando devia a sentença produzir a *res iudicata*.

Nisso se reflete, aliás, a concepção, que tinham os romanos clássicos, das relações entre direito e processo: pois que para eles apenas se levava em conta a *actio*, e o direito se considerava uni-

² CHIOVENDA, op. cit., p. 401, e *Cosa giudicata e preclusione*, em *Riv. Ital. di Scienze Giuridiche*, 1933, p. 6; B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, em *Studi Bonfante*, IV, p. 56.

³ Por isso, não se deve relacionar com o Edito senão a primeira parte da rubrica Dig. 42, 1: *de re iudicata [et de effectu sententiarum et de interlocutionibus]*. Cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*, 3.^a ed., p. 404, e BIONDI, op. cit., p. 51; "é absurdo falar de *re iudicata* et de *effectu sententiarum*, como se a *res iudicata* não fosse efeito da sentença".

BIONDI, op. cit., p. 57.

1940, p. 480; PAULO CUNHA, *Simulação Processual e Anulação do Caso Julgado*, Lisboa, 1935, p. 221 e segs.; ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Caso Julgado e Preclusão*, em *O Direito*, ano 69, 1937, p. 290 e segs., e ano 70, 1938, p. 98 e segs.

Na doutrina espanhola: PLAZA, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1942, p. 514 e segs.; PRIETO CASTRO, *Exposición del derecho procesal civil*, I, Saragoça, 1941, p. 310 e segs.

Na Argentina: ALSINA, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil*, vol. I, Buenos Aires, 1942, p. 576 e segs.

No Uruguai: COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1942, ps. 98, 163 e 256 e segs.

camente segundo as diversas fases do *agere*; e para eles, mais do que para quaisquer outros, seria errôneo falar a respeito da coisa julgada numa ficção ou presunção de verdade, visto que era ela o que de mais concreto e real se podia dar, enquanto a sentença não declarava a existência ou inexistência dum direito, mas criava antes um direito novo.⁶

Toda esta matéria sofreu transformações profundas com JUSTINIANO, que começa a distinguir entre os efeitos da sentença e a sua *auctoritas*; mas, como sempre, manifestaram-se essas transformações do modo mais discreto e menos aparente, e, em geral, não foram compreendidas em toda a sua significação, nem mesmo pelos modernos.

Assim, a tradição antiga, duas vezes milenária, faz sentir ainda todo o seu peso; e não se pode dizer, aliás, que o ver na coisa julgada o efeito da sentença, produzisse, até há pouco tempo (posta de lado a sua imprecisão), inconvenientes graves; enquanto se via na sentença genericamente a declaração do direito no caso concreto, o efeito desta aplicação e a intensidade com que ele operava; podiam sem prejuízo confundir-se. Mas, hoje, esta concepção da coisa julgada é mais uma daquelas idéias que (para expressá-lo com uma frase de CHIOVENDA)^a "permanecem sem base depois que as circunstâncias, das quais surgiram, desapareceram". Foi condenada no dia em que se fez a análise do conteúdo e dos efeitos da sentença e se descobriu que elas podem, conforme o caso, ser de índole bem diversa.^b

^a BRONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, em *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette*, Milão, 1931, p. 150.

^b *Saggi*, cit. loc. cit.

^b Refiro-me aqui à distinção que já se tornou tradicional, derivada do conteúdo e dos efeitos: sentenças condenatórias, declaratórias e constitutivas. Cfr. CHIOVENDA, op. cit., vol. I, p. 265 e os §§ 7.º, 8.º e 9.º. No Brasil, além do art. 290 do Cód. de Proc. Civil, cfr. especialmente PEDRO BATISTA MARTINS, op. cit., vol. III, p. 282; JORGE AMERICANO, op. cit., vol. I, p. 619 e segs.; LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, São Paulo, 1941, p. 73 e segs.; MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1941, p. 65; TORQUATO CASTRO, *Ação Declaratória*, 2.ª ed., São Paulo, 1942, p. 17 e

Considerar a coisa julgada como efeito da sentença e ao mesmo tempo admitir que a sentença, ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar frente a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange? Ou é, pelo contrário, antes uma qualidade desses efeitos, um modo de ser deles, a intensidade com que se produzem?

As próprias palavras usadas correntemente indicam-nos o caminho que devemos seguir. Hoje não se fala de *coisa julgada* senão para usar uma forma elíptica, a fim de designar a *autoridade* da coisa julgada (arts. 1.350 e 1.351 do Cód. Civil italiano). Ora, essa expressão, assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica, pelo contrário, a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles. O mesmo se pode dizer das diversas palavras por que se procura explicar a fórmula legislativa tradicional: imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade, termos que exprimem todos eles uma propriedade, uma qualidade particular, um atributo do objeto a que se referem, porque são, por si sós, expressões vazias, privadas de conteúdo e de sentido.

segs.; LIEBMAN, em *Revista Forense*, vol. 94, p. 214 e segs.; ALFREDO BUZARD, *Ação declaratória*, São Paulo, 1943, p. 86 e segs.

Sentenças declaratórias e constitutivas naturalmente sempre existem; basta pensar nas sentenças de nulidade e de anulação do ato jurídico. Mas aparecem como simples anomalia em confronto com a figura mais freqüente da sentença condenatória e não eram objeto de estudo particular, já que se costumava, até há pouco tempo, estudar o processo do ponto de vista exterior. A classificação das sentenças nas três categorias mencionadas, fê-la primeiramente WACH, *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1885, ps. 11-12. Graças ao estudo da disposição legal que introduziu como figura geral de tutela jurídica a ação meramente declaratória, foi ao depois mais aprofundada até tornar-se o principal critério para a classificação das ações.

Esta análise das várias figuras de sentenças demonstrou precisamente a variedade dos seus possíveis efeitos. Têm algumas efeito mera-

A linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças.

A análise do conteúdo da sentença torna, pois, necessária e urgente essa retificação, ou, talvez, essa mais exata conceituação. A demonstrá-la e desenvolvê-la em suas aplicações principais, dedica-se a primeira parte deste trabalho, cujo resultado há-de ser o de recompor a unidade do conceito da autoridade da coisa julgada e restabelecer a harmonia entre ela e a moderna doutrina da sentença. Esse resultado deverá, então, na segunda parte, servir para revelar algumas conseqüências importantes, em vista dos efeitos e da autoridade da sentença fora dos limites da coisa julgada.

mente declaratório, outras têm também efeito constitutivo, isto é, *modificativo* da situação jurídica existente entre as partes; enfim, produzem outras aquele particular efeito sancionador que se expressa pela palavra *condenação*. Ora, a questão apresentada no texto é a seguinte: se se define a coisa julgada como um efeito da sentença quais são as relações dela com a variedade de efeitos que as sentenças produzem, segundo pertencam a uma ou a outra das categorias mencionadas? É claro que o ponto de vista consoante o qual pode a coisa julgada considerar-se um efeito da sentença é diverso daquele que implica a distinção dos efeitos das sentenças, conforme o conteúdo delas e a categoria a que pertence. A tentativa da doutrina alemã de superar essa dificuldade, identificando a coisa julgada com o efeito declaratório (adiante no texto, p. 20), conduz a resultados inaceitáveis, porque deixa sem a proteção da coisa julgada o efeito condenatório e o constitutivo e desconhece, por outro lado, a autonomia do efeito declaratório, que vem a ser absorvido na coisa julgada. Restabelece-se corretamente a unidade do ponto de vista, tão-só reconhecendo que a coisa julgada não é efeito das sentenças, mas, pelo contrário, uma qualidade (a imutabilidade) de que podem revestir-se os seus efeitos, ou, melhor, todos os seus efeitos

NOTAS AO § 1.º

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — A partir de 1945 — data da primeira edição desta obra, que o próprio Autor adaptou ao direito brasileiro —, tem-se consolidado a adesão dos processualistas brasileiros à teoria de LIEBMAN sobre a coisa julgada. Pode-se dizer que a “acolhida bastante brusca” que a doutrina teria tido na Itália, segundo o próprio Mestre,¹ se converteu em aprovação e apoio no país que o recebeu com entusiasmo e carinho durante o período bélico e no qual se forjou a geração de processualistas que deu margem à “Escola processual de São Paulo”. Como já escreveu um de seus discípulos prediletos, antes dele existiram no Brasil grandes processualistas, mas não existia escola. Depois dele, existiu a escola, em cujo seio floresceram grandes processualistas.²

Essa escola, que se identifica pelo método e pela abordagem dos temas fundamentais do processo, transborda hoje dos limites geográficos de um Estado, para abarcar a maioria dos processualistas brasileiros, irmanados na mesma postura e na mesma visão, apesar das inevitáveis divergências próprias das posições de cada um, que não afetam a substância das coisas.

Assim, é até mesmo natural a adesão da ciência processual brasileira àquela que talvez possa ser considerada como a construção mais significativa no invulgar pensamento do Mestre:

¹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milão, reimpressão de 1962, Prefácio, neste volume.

² BUZAID, *L'influenza di Liebman sul diritto processuale civile brasiliano*, in *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. I, Milão, 1978, p. 1/2.

a teoria da coisa julgada. Ainda antes da promulgação do novo código de processo civil, a doutrina dominante³ e o Anteprojeto Buzaid⁴ acolhiam sua formulação; depois, o Código de 1973 encampou em grande parte a posição, ainda que com algum recuo e certa imprecisão.⁵ E os estudos processuais que floresceram a partir da promulgação da lei vigente demonstram claramente a recepção da teoria e de seus desdobramentos.⁶

³ REZENDE FILHO, *Direito Processual Civil*, 3.º vol., São Paulo, 1953, Cap. 79/80; AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3.º vol., São Paulo, Cap. LXXVII/LXXIX; MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 5.º vol., São Paulo, 1960, §§ 181 e segs.; BUENO VIDIGAL, *Da Imutabilidade dos Julgados que concedem Mandado de Segurança*, São Paulo, 1953, ps. 153 e segs.; PEREIRA DA SILVA, *Coisa Julgada Tributária*, Recife, 1970. Abrem largo espaço à teoria de Liebman, embora dela se distanciam, em parte: NEVES, *Contribuição ao Estudo da Coisa Julgada Civil*, São Paulo, 1970; BARBOSA MOREIRA, *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, Rio de Janeiro, 1967 e *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1971, ps. 133 e segs.; MACHADO GUIMARÃES, *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1969, ps. 9 e segs.

⁴ O Anteprojeto, no art. 507, definia a coisa julgada material como "a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recursos ordinário ou extraordinário." Os limites objetivos da coisa julgada vinham regulados pelos arts. 508/510; os limites subjetivos, no art. 512; as relações continuativas, no art. 511; a preclusão *pro iudicato*, no art. 513; e o princípio *tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat* constava do art. 514.

⁵ Veja-se, por exemplo, a definição do art. 467: "denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário". Também criticáveis são o § 1.º do art. 301 ("verifica-se a ... coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada") e o § 3.º do mesmo artigo ("... há coisa julgada, quando se repete ação que foi decidida por sentença, de que não caiba recurso"): aqui, como lá, além de o conceito limitar-se à coisa julgada formal, melhor fora dizer que a coisa julgada existe a partir do momento em que a sentença se torna imutável: quando se propõe a mesma ação, proíbe-se nova discussão, mas a coisa julgada forma-se anteriormente a este momento, que é meramente eventual.

⁶ AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3.º vol., São Paulo, 1979, Cap. LXXXI/LXXXIII; MARQUES, *Manual de Direito*

2 — Indiscutível, por sua vez, a adoção das idéias revisionistas de CHIOVENDA sobre a coisa julgada, a que o Autor alude no Aditamento *sub* "a".

A distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal é pacificamente aceita por todos os processualistas brasileiros, devendo, por isso mesmo, lamentar-se a redação defeituosa do art. 467, CPC, que, a pretexto de definir a coisa julgada material, acaba dando o conceito de coisa julgada formal.⁷

Depois de alguma incerteza da doutrina, que havia afirmado pela voz de um de seus autores mais categorizados que a coisa julgada também abrangia o julgamento sobre carência de ação,⁸ a sua limitação à decisão de mérito é hoje indiscutível, frente ao direito positivo: em primeiro lugar, porque a Exposição de Motivos do Código diz expressamente que o vocábulo

⁷ Como se disse — *supra*, notas de rodapé 4 e 5 —, o Anteprojeto BUZARD teve a redação do art. 507 alterada durante os trabalhos legislativos. Sobre a "história em vários capítulos", que gira em torno da definição do atual art. 467, escreveu DINAMARCO (*Direito Processual Civil*, São Paulo, 1975, ps. 15 e segs.), citado nesse ponto por LIEBMAN (*Manuale di Diritto Processuale Civile*, Milão, 1974, III vol., p. 160, nota 29).

⁸ MACHADO GUIMARÃES, em lúcido e elegante escrito (*Carência da Ação*, in *Estudos*, cit., ps. 93 e segs.), havia sustentado, à luz do art. 287 do código então vigente, que o conceito de lide poderia ser mais amplo que o de mérito, também abrangendo a admissibilidade sobre o pedido e, conseqüentemente, as condições da ação. E nesse caso, o julgamento de carência de ação teria força de lei nos limites das questões decididas, podendo a coisa julgada limitar-se à declaração da inexistência de determinada condição da ação (ps. 106/107).

Processual Civil, 3.º vol., São Paulo, 1975, §§ 111-113; THEODORO JÚNIOR, *Processo de Conhecimento*, Rio de Janeiro, 2.º vol., 1978, § 78; BORGES, *Comentários ao CPC*, 2.º vol., São Paulo, 1975, ps. 148 e segs.; FIDELIS DOS SANTOS, *Estudos de Direito Processual Civil*, Uberlândia, 1975, Cap. XXIII; GRINOVER, *Direito Processual Civil*, São Paulo, 1974, ps. 83 e segs.; *Eficácia e Autoridade da Sentença Penal*, São Paulo, 1978. BARBOSA MOREIRA (*Temas de Direito Processual*, São Paulo, 1977, ps. 81 e segs.), embora não acolhendo *in totum* a teoria de LIEBMAN, salienta a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada como inestimável serviço prestado à ciência processual.

lide equivale a mérito (n. 6) e o art. 468, repristinando integralmente o pensamento e a redação de CARNELUTTI, mutilados pelo art. 287 do código de 1939, afirma que "a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas";⁹ em segundo lugar, porque o art. 267, CPC, inclui a hipótese de extinção do processo por inocorrência das condições da ação entre os casos de extinção *sem julgamento de mérito* (inciso VI), possibilitando expressamente, no art. 268, a reapresentação da demanda.

Que a atividade lógica desenvolvida pelo juiz no processo não cai nas malhas da coisa julgada, cuja abrangência se limita ao dispositivo da sentença, é pacífico perante o código em vigor. O estatuto de 1939 havia dado margem a intermináveis dúvidas ao estabelecer, no parágrafo único do art. 287, que "considerar-se-ão decididas todas as questões que constituem premissa necessária da conclusão". A luz desse dispositivo, parte da doutrina havia reavivado — com algum disfarce — o velho pensamento de SAVIGNY, estendendo a coisa julgada aos fundamentos da decisão. A doutrina dominante, porém, já se firmara no sentido restritivo, entendendo que a abrangência da coisa julgada se limitava ao dispositivo da sentença.¹⁰ E hoje, a limitação da

⁹ Como é notório, o art. 287 do código de 1939 era reprodução, para pior, de dispositivo do Projeto italiano, assim mutilado: "A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas." Quanto à inoportunidade da inserção, no código vigente, de um dispositivo como o art. 468, profundamente embêbido da teoria da lide e de intenso sabor Carneluttiano — em sistema que não é o de Carnelutti — ver DINAMARCO, *Direito Processual* cit., p. 20.

¹⁰ BARBOSA MOREIRA dedicou ao tema uma monografia (*Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*, cit.), ressaltando que o parágrafo único do art. 287 não podia ser separado do *caput* do dispositivo, devendo entender-se que se consideram decididas as questões que constituam premissa necessária do julgamento, ainda que implicitamente decididas, desde que nos *limites da lide*. De nossa parte, afirmávamos, em 1972, a limitação objetiva da coisa julgada ao dispositivo da sentença (GRINOVER, *Ação Declaratória Incidental*, São Paulo, 1972, ps. 33 e segs.). Esposaram,

autoridade da coisa julgada ao dispositivo da sentença vem consagrada no art. 469, CPC, que dela exclui expressamente: I — os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II — a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III — a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.¹¹

Vale lembrar, a propósito da exclusão das questões prejudiciais da autoridade da coisa julgada, a exceção legislativa estabelecida pela denominada "Lei do Divórcio" (Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977), que também cuidou de modificar a legislação sobre reconhecimento de filhos ilegítimos (Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949), e cujo art. 51, introduzindo um parágrafo único ao art. 4.º da Lei n. 883/49, expressamente faz recobrir pela coisa julgada, na ação de alimentos, a relação de filiação, dispensando a ação de investigação de paternidade, se concedida a prestação alimentícia. Sobre esse aspecto, remetemos o leitor às Notas ao Ensaio sobre "A coisa julgada nas questões de estado", incluídas neste volume.

→ ¹¹ Como se sabe, a exclusão da decisão sobre a questão prejudicial da abrangência da coisa julgada vem temperada pelo instituto da ação declaratória incidental (art. 470), que visa exatamente a que se declare, por sentença idônea a revestir-se da qualidade da coisa julgada, a relação jurídica prejudicial.

expressamente, o entendimento restritivo, na vigência do CPC de 1939, após a edição brasileira do livro de LIEBMAN: BUZARD, *A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1943, n. 154; BUENO VIDIGAL, *Da Imutabilidade*, cit., ps. 153 e segs.; NEVES, *Contribuição*, cit., ps. 492 e segs.; AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas*, cit., vol. III, n. 686. Por uma posição intermediária do CPC de 1939, que se situaria entre o código alemão, restritivo (§ 322, ZPO de 1877) e o código português, amplo (art. 660), colocou-se PONTES DE MIRANDA, *Comentários do CPC*, 1947, vol. II, ps. 351 e segs. BOTELHO DE MESQUITA (*A Autoridade da Coisa Julgada e a Imutabilidade da Motivação da Sentença*, São Paulo, 1963), embora excluindo da coisa julgada, entendida como imutabilidade dos efeitos da sentença, a motivação, ressaltava que a lei processual a tornaria imutável; e a relação existente entre a imutabilidade da motivação e a autoridade da coisa julgada seria uma relação de causa e efeito (p. 62).

Por último, a finalidade prática e o caráter publicístico do instituto da coisa julgada vêm afirmados pela unanimidade da doutrina brasileira contemporânea.¹²

3 — Tomando como ponto de partida o conteúdo e os efeitos das sentenças, estas classificam-se, já tradicionalmente, em condenatórias, declaratórias e constitutivas: a doutrina brasileira é praticamente unânime no apoio à classificação de WACH, a que se refere LIEBMAN no Aditamento *sub* "b". Algumas modificações trazidas à classificação tripartida não significam que se abandone o reconhecimento da carga declaratória, constitutiva ou condenatória das sentenças.¹³ E o art. 4.º do Código vigente, inserido no Livro que trata do Processo de Conhecimento, regula a ação meramente declaratória, estabelecendo, no parágrafo único, sua admissibilidade, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.¹⁴

Já quanto à identificação da coisa julgada com o efeito declaratório da sentença, que LIEBMAN rechaça "porque deixa sem proteção da coisa julgada o efeito condenatório e o constitutivo

¹² Ver, por todos, NEVES, *Contribuição*, cit., ps. 429 e segs. e, de nossa autoria, *Eficácia e Autoridade*, cit., ps. 9 e segs.

¹³ A classificação das ações e das sentenças de PONTES DE MIRANDA é quintupla, acrescentando o Autor às declaratórias, constitutivas e condenatórias, as ações executivas e as mandamentais: estas últimas distinguir-se-iam pelo destinatário da ordem ou do mandado que é, no caso, um agente da autoridade pública (Tratado das Ações, Tomo I, São Paulo, 1970, ps. 116 e segs.). Já CELSO NEVES constrói uma classificação substancialmente binária, dividindo as ações em objetivamente simples e objetivamente complexas. As primeiras seriam a ação declaratória, no plano da cognição e a de execução, no plano juris-satisfativo; as segundas seriam as constitutivas e as condenatórias, nas quais a declaração pertence ao plano do juízo, e a constituição ou a condenação ao plano da satisfação (Classificação das Ações, in *Justitia*, n. 88).

¹⁴ Contra essa solução escreveram BARBI, *Ação Declaratória no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, 1968, p. 107, e DINAMARCO (*Direito Processual*, cit., p. 22/23).

e desconhece, por outro lado, a autonomia do efeito declaratório, que vem a ser absorvido pela coisa julgada", devem ser lembradas as posições de PONTES DE MIRANDA e de CELSO NEVES:¹⁵ mas o assunto será objeto de análise no próximo capítulo.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao CPC* (de 1939), vol. II, 1.ª ed., ps. 378/80, 444/446, etc.; *Tratado das Ações*, cit., ps. 183, 182/184; NEVES, *Contribuição*, cit., ps. 443 e segs. e 505.

PRIMEIRA PARTE

A AUTORIDADE DA COISA JULGADA

§ 2.º. A COISA JULGADA E A VARIEDADE DE CONTEÚDO DAS SENTENÇAS

SUMÁRIO: 1. Coisa julgada e função declarativa. 2. Análise dos efeitos das sentenças. 3. Crítica da limitação da coisa julgada à declaração. 4. Aplicações práticas. 5. A coisa julgada nas sentenças dispositivas. 6. Caráter jurisdicional das sentenças constitutivas e dispositivas. 7. Considerações finais.

1. Desde que se deixou de conceber o direito unicamente como sistema de *actiones*, tal qual era na época clássica da jurisprudência romana, para encarar-se como sistema de direitos, cujo gozo, somente, devia o processo garantir, vem-se solidamente firmando o princípio do caráter essencialmente declarativo da sentença.

Firme permanecia, por outro lado, o hábito de ver na coisa julgada o efeito próprio e específico da decisão judicial.

Encerrada entre essas duas barreiras, a teoria devia forçosamente chegar à conclusão de que a coisa julgada consistia na imposição da verdade da declaração do direito, contida na sentença; favorecida nisto, aliás, por aquele hábito mental que tendia a jungir o instituto da coisa julgada ao elemento lógico do processo, sob a influência de um conjunto de fatores e de circunstâncias que foram esplendidamente ilustrados por CHIOVENDA.¹

¹ V. os escritos citados e refundidos nas *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, ns. 32 e 115 (trad. port., São Paulo, 1942, I, ps. 179 e 511). Sobre o elemento lógico e imperativo no processo, considerem-se sempre as luminosas páginas de MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, p. 27 e segs.

Dai, curta era a distância que devia conduzir à explicação da coisa julgada como ficção de verdade, verdade formal, ou presunção de verdade. Estas fórmulas, pela autoridade dos escritores que a defenderam, especialmente SAVIGNY e POTHIER, tiveram grandíssima difusão, e a última, através do Código de Napoleão, penetrou no Cód. Civil italiano, mas foram então vivamente combatidas e finalmente repelidas da linguagem científica, pela sua imprecisão; todavia, a idéia da coisa julgada permaneceu no pensamento comum tenazmente presa à sentença como a decisão de uma questão duvidosa, tanto que ainda hoje um escritor da envergadura de CARNELUTTI chega a escrever, em seu estilo caracteristicamente incisivo, que a "imutabilidade da decisão corresponde não ao seu caráter imperativo, mas à sua função declarativa". ² É verdade, contudo, que contra essa orientação doutrinária reagiu vigorosamente CHIOVENDA, mas, desde que ele também vê na coisa julgada o efeito da sentença — o que por sua vez consiste na afirmação de uma vontade concreta da lei, isto é, na produção de certeza a respeito da sua existência —, a sua definição acaba, por igual, relacionando necessariamente a coisa julgada com a declaração emitida pelo juiz. ³ Assim, até o autor que, mais que qualquer outro, procurou desanexar a coisa julgada da sua ligação com a solução das questões lógicas do processo, para relacioná-la com o elemento imperativo, ao ato de vontade contido na sentença, não pode deixar de ver na coisa julgada senão uma produção de certeza indiscutível.

Ainda que várias sejam as fórmulas destinadas a explicar o misterioso instituto da coisa julgada, fazem-na todos em última análise equivaler à criação de uma declaração irrevogável.

2. O estudo atento e minucioso das relações entre direito e processo, da função da sentença sobre a configuração das relações jurídicas, das diversas categorias de sentenças segundo o seu conteúdo e os seus efeitos — mérito insigne da doutrina

² *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, n. 393.

³ *Istituzioni*, cit., I, § 15, e especialmente p. 341 (trad., p. 517).

contemporânea — evidenciou, porém, que a decisão judicial tem freqüentemente eficácia não meramente declarativa, mas também constitutiva. *

Surge, assim, um problema novo que não foi até agora enfrentado com a necessária franqueza: quais são, pois, as relações entre a coisa julgada e esses efeitos da sentença, vários e diversos, ora meramente declarativos, ora constitutivos? Se coisa julgada significa produção de certeza, já não será possível unificar e exaurir, em seu denominador comum, todos os efeitos da sentença, mesmo aqueles que se não limitam a declarar alguma coisa de preexistente. Tida a própria coisa julgada como efeito da sentença, deverá ela, então, pôr-se ao lado de outros efeitos eventuais daquela? E será, então, necessário distinguir em toda sentença uma parte suscetível de adquirir a autoridade da coisa julgada, de outra que permanece eventualmente sem ela? Dadas as premissas, deveria a resposta afirmativa a essas perguntas parecer natural e representar a conclusão lógica daquela evolução do pensamento que procurei delinear nestas páginas.

HELLWIG tentou, de fato, desembaraçar a meada, confiando, em resumo, a autoridade do julgado à pura declaração, tal como aparece em todas as sentenças; e já que estava firmemente persuadido de que nela residisse o efeito capital e característico da sentença, acabou por identificar a coisa julgada com a declaração obrigatória e indiscutível que a sentença produz. E, como era fácil prever, seguiu-o toda a doutrina em peso.

Observa ele que os atos, mediante os quais os órgãos jurisdicionais cumprem seu mister, são, ou atos declarativos ou atos constitutivos, e estes últimos devem abranger tanto as sentenças constitutivas em sentido restrito, as quais modificam as relações jurídicas substantivas preexistentes, como as sentenças condenatórias que criam o direito à execução forçada; mas as sentenças constitutivas, como as condenatórias, encerram ainda uma declaração, isto é, a declaração do direito à mudança jurídica ou à prestação. Ora, a coisa julgada (*Rechtskraft*) consiste na força vinculante da declaração, quer se apresente esta por si só na sentença, quer seja acompanhada de efeito constitutivo

Chiovenda

da espécie indicada; este efeito constitutivo, pois, nada tem que ver com a coisa julgada, absolutamente desnecessária para que ele se possa produzir. O termo tradicional de "coisa julgada" (*Rechtskraft*) poderia e deveria então substituir-se pelo mais preciso de "eficácia de declaração" (*Feststellungswirkung*), que indicaria, pois, o efeito constante de todas as sentenças com o qual podem apresentar-se juntos eventualmente também o efeito constitutivo ou o executório, conforme o tipo de sentença que se considere.⁴

Esta é a diretriz por onde se encaminha toda a doutrina,⁵ salvo ligeiras divergências nas aplicações particulares, como veremos.

3. Salta, porém, à primeira vista o erro lógico em que incorre essa maneira de sistematizar a coisa julgada ao lado dos outros possíveis efeitos da sentença; porque se colocam, assim, no mesmo plano coisas heterogêneas e de qualidade bem diversa. Ao efeito constitutivo da sentença poder-se-á comparar e contrapor o seu efeito declarativo, isto é, a sua eficácia de declaração, e não a coisa julgada que se forma sobre a declaração.

Essa identificação da declaração jurisdicional com a autoridade da coisa julgada, essa penetração de uma na outra, essa

⁴ HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, p. 1 e segs.; *System*, I, ps. 764-772.

⁵ STEIN-JONAS, *Kommentar*, obs. II ao § 322; HEIM, *Feststellungswirkung des Zivilurteils*, Munique, 1912, p. 68 e segs., especialmente p. 70 em nota; GOLDSCHMIDT, em *Archiv für Civilistische Praxis*, vol. 117, p. 7, e *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., ps. 206 e 212; ROSENBERG, *Lehrbuch*, 3ª ed., p. 512 e segs. Tornam-se inúteis outras citações, por nunca haver surgido contestação sobre o assunto.

Como se sabe, uma parte da doutrina germânica (representada hoje mormente por PAGENSTECHER) continua a defender a teoria "materialística" da coisa julgada, em contradição com a "processualística", sustentada por STEIN e por HELLWIG e pelos outros escritores mencionados nesta nota. Cfr. acerca desta polémica adiante, § 3º. Não parece todavia que tal diferença de vistas implique conseqüências para o tema explanado no texto, pois que também os defensores da teoria "materialística" restringem a coisa julgada à pura declaração: cfr., efetivamente, PAGENSTECHER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, p. 29, nota; SCHMIDT, *Lehrbuch*, 2ª ed., p. 746. Na Itália, essencialmente concordes, CHIOVENDA, *Principii*, ps. 145, 179, 187 e 901; *Istituzioni*, I, ps. 158 e 183 (trad. port. I, ps. 250 e 287); II, p. 494; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, p. 34; CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 71; BETTI, *Osservazioni sul progetto di Codice di Procedura Civile*, em *Anuario di Diritto Comparato*, II, p. 30 da separata.

redução da eficácia da primeira à segunda, constitui erro singular de perspectiva, cujo móvel psicológico não é difícil compreender, porque a incontestabilidade que a autoridade do julgado confere ao resultado do processo aparece, no caso de provimento de mera declaração, com caráter de necessidade bem maior do que sucede no caso da sentença constitutiva ou condenatória, pelo menos no sentido de que a declaração sem coisa julgada se apresenta destituída de importância e não serve para nada, não tendo outra utilidade que não seja a de produzir a certeza indiscutível da existência ou inexistência de uma relação jurídica.

Pode-se assim reconhecer que uma declaração destituída de autoridade da coisa julgada é para quem a obteve pouco menos que inútil (embora a existência de atos de declaração não contidos na sentença, mas, por exemplo, em ato administrativo, diminua a força desta observação); e não é improvável que a própria figura da sentença declaratória esteja ligada ao instituto da coisa julgada, e que, se este viesse a desaparecer, também aquela faltaria.

Contudo, estas considerações práticas não tiram nenhum valor, do ponto de vista lógico, à observação há pouco assinalada, nem à afirmação de que, na realidade, a declaração contida na sentença faz derivar a sua força obrigatória, ou, mais genericamente, a sua eficácia jurídica, da natureza imperativa e "autoritativa" do ato que a produz, nem mais nem menos do que advém pela mudança da relação jurídica produzida pela sentença constitutiva, ou pelo título executório oriundo da sentença condenatória. Uma coisa é distinguir os efeitos da sentença segundo sua natureza declaratória ou constitutiva, outra é verificar se eles se produzem de modo mais ou menos perene e imutável. De fato, todos os efeitos possíveis da sentença (declaratório, constitutivo, executório) podem, de igual modo, imaginar-se, pelo menos em sentido puramente hipotético, produzidos independentemente da autoridade da coisa julgada, sem que por isso se lhe desnature a essência. A coisa julgada é qualquer coisa mais que se ajunta para aumentar-lhes a estabele-

dade, e isso vale igualmente para todos os efeitos possíveis das sentenças.

Identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica.

4. Não é menor, porém, a perplexidade que se experimenta ao considerar as conseqüências práticas oriundas da opinião examinada.

Indicando na coisa julgada um efeito da sentença e distinguindo-lhe o eventual efeito constitutivo ou condenatório, exclui ela da autoridade do julgado estes últimos efeitos e os torna independentes desta, o que quer dizer que a despoja daquela característica intangibilidade de que a lei quis muni-los quando conferiu a autoridade da coisa julgada indistintamente a todas as sentenças que decidem a demanda.

É freqüente entre os escritores a observação de que o efeito constitutivo se produz sem dependência de outro fato além do de ter sido pronunciado pelo juiz; daí a conclusão de que a coisa julgada nada lhe pode ajuntar e se apresenta, a este respeito, supérflua.⁶ Expressa-o com extrema lucidez REDENTI, quando escreve que, no tocante ao efeito constitutivo, "os provimentos jurisdicionais operam como todos os outros atos do Estado, tendentes a operar sobre relações jurídicas, como opera, por exemplo, um decreto de expropriação ou de legitimação: não parece que, por este lado, os provimentos jurisdicionais apresentem características particulares".⁷ E disso se deduz a conseqüência de que o efeito constitutivo e também o condenatório se produzem erga omnes, embora a declaração produzida pela coisa jul-

⁶ V., por exemplo, CHIOVENDA, *Principii*, p. 187.

⁷ REDENTI, *op. cit.*, p. 35.

ADITAMENTOS AO § 2.º

• Tenha-se em mente que, segundo o direito italiano, pode a legitimação dar-se também por meio de decreto de caráter administrativo.

gada se restrinja tão-só às partes,⁸ resultado, sem dúvida, lógico e natural, mas por isso mesmo sintomático e também perigoso, porque autoriza a afirmação extremista dos que negam precisamente o caráter de coisa julgada às sentenças constitutivas, para as quais ela parece absolutamente inútil: se o efeito constitutivo vige para os terceiros, ainda sem a coisa julgada, por que não deveria ocorrer o mesmo também para as partes?⁹ Conclusão, esta última, certamente aberrante, pois que basta enunciá-la para ver como contradiz a lei, tanto quanto a poderosas exigências práticas, a exclusão da coisa julgada de toda uma categoria de sentenças. Que outra coisa, senão propriamente a coisa julgada, impediria que uma segunda sentença sobre o mesmo objeto revogue, modifique ou de qualquer modo contradiga o efeito constitutivo precedentemente produzido? A extensão do erro demonstra-se de modo decisivo pelo fato de que estes mesmos escritores devem, por seu lado, admitir que, em caso de rejeição da demanda, contenha a sentença uma declaração (negativa) e produza por isso a coisa julgada; mas uma coisa julgada *secundum eventum litis*, como se sabe, é inadmissível, devendo ser idênticos seu âmbito e sua extensão, qualquer que seja o teor da sentença, isto é, julgue ela procedente ou improcedente a demanda.¹⁰

Não desejaria chegar a tanto, naturalmente, a opinião dominante, segundo a qual a força vinculante da coisa julgada produzida pela declaração — contida na própria sentença — da legitimidade do efeito constitutivo, é suficiente para manter também este efeito que daquela declaração é a conseqüência. Assim, àquela declaração se poderá aplicar o dito de VERGILIO: *sic vos non vobis*; mas só a lógica da inexata formulação inicial obriga a preferir ao caminho certo (que consiste em reconhecer que a sentença em todo o seu conteúdo e em relação a todos os seus efeitos logra autoridade da coisa julgada) o mais longo

⁸ HELLWIG, *System*, I, ps. 773-774.

⁹ BÖTTICHER, *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess*, Berlin, 1930, p. 24 e segs.; ROSENBERG, *op. cit.*, ps. 268 e 514.

¹⁰ Sobre esse ponto, cfr. exatamente CHIOVENDA, *Principii*, p. 187.

e tortuoso da coisa julgada parcial, destinada a salvar todo o resultado.

Mas, o que é mais importante, esse escopo não pode dizer-se de nenhum modo alcançado; porque, se se admite o ponto de partida desta teoria, que coloca a coisa julgada como efeito distinto do constitutivo ou condenatório, nada assegura que a sua sorte deva depois ser comum, e bem poderá a coisa julgada estar a salvo de qualquer impugnação, sem que o mesmo valha também para o efeito constitutivo e condenatório. Será assim verdade, como se disse, que a mudança duma relação jurídica não tenha natureza diversa, pelo fato de ser operada por uma sentença, antes que por outro qualquer ato do Estado; não é, porém, menos verdade que, quando for ele produzido por uma sentença, logre uma segurança particular e característica, visto que se exclui a possibilidade de que qualquer outro provimento o contradiga, ou anule os seus resultados: significando assim que ainda a respeito dele se forma a autoridade da coisa julgada. Dá lugar a não menores objeções, enfim, a consequência que se tira de tal doutrina acerca da extensão subjetiva da sentença. Como se viu, HELLWIG e seus partidários, enquanto restringem inter partes o efeito da declaração indiscutível produzido pela sentença, porque se identifica com a coisa julgada admitem que se produza erga omnes o eventual efeito constitutivo.¹¹ Mas este desmembramento da sentença acerca da sua extensão subjetiva não persuade de nenhum modo, porque é contraditório submeter os terceiros aos efeitos da sentença em relação a uma parte e não em relação a outra, que da primeira é o pressuposto lógico e necessário, como se pudesse prevalecer o efeito constitutivo quando faltasse a declaração das condições a que ele está subordinado. Parece, também, muito estranho que deva valer só entre as partes, por exemplo, a sentença que

¹¹ HELLWIG, loc. ult. cit. Nisto concordam BÖTTICHER e ROSENBERG, II, cc. Em sentido contrário, todavia, GOLDSCHMIDT, em *Archiv für Civilistische Praxis*, vol. 117 cit., p. 14, e *Zivilprozessrecht*, p. 211, seguido por COESTER, *Rechtskraft der Staatsakte*, Munique, 1927, p. 78, e por BACHMANN, *Das rechtskräftige Zivilurteil als konkrete Rechtsnorm mit beschränkter Rechtsgeltung* (Beitr.z.ZPr.; Mannheim, 1931), p. 37, os quais restringem às partes também o efeito constitutivo.

declara a nulidade de um contrato e deva, no entanto, valer erga omnes a que decreta a anulação do mesmo contrato. Pode bem ser verdade que a sentença produza efeitos ainda além dos limites da coisa julgada e por isso também a respeito de terceiros (a isso voltaremos na segunda parte deste trabalho), mas esse fenômeno deverá então verificar-se não só para o efeito constitutivo, mas de igual modo também para a declaração. *

Estamos aqui em presença das últimas repercussões do erro inicial daquela doutrina que, querendo ver na coisa julgada um efeito da sentença, isto é, a declaração indiscutível que ela produz, deve, depois, contrapô-la aos outros possíveis efeitos da sentença, e por consequência está obrigada a decompor a decisão em tantas partes distintas e a sujeitá-las a uma disciplina jurídica diversa, consoante façam ou não parte da coisa julgada.

5. Surge uma questão particular a propósito das sentenças determinativas ou dispositivas, nas quais o juiz decide “segundo as circunstâncias” ou “segundo a equidade”, e está revestido em certa medida de um poder discricionário. Dispõe a lei, de fato, que “se, após a condenação nos alimentos, sobrevier uma mudança nas condições de quem os ministre ou de quem os receba, providenciará a autoridade judiciária para a cessação, a redução ou o aumento, segundo as circunstâncias” (art. 144 do Cód. Civil italiano); e ainda em outros casos análogos é certo que a determinação de uma relação jurídica, feita pela sentença, pode ser modificada, mudando as circunstâncias.^b

^b KISCH (*Beitraege zur Urteilslehre*, Leipzig, 1903, ps. 110 e segs.) foi o primeiro que estudou com atenção os casos em que ao juiz cabe determinar discricionariamente um elemento da relação jurídica litigiosa (v., por exemplo, no direito brasileiro, os arts. 400, 559, 924 e 1.092 do Cód. Civil, e, sobre o critério que deve guiar ao juiz nesses casos, o art. 114 do Cód. de Proc. Civil), e sustenta que as sentenças assim proferidas devem constituir categoria separada. Esse ponto de vista, retomou-o CARNELUTTI, que fez uma distinção fundamental entre processo declarativo e dispositivo, baseada na diferença entre a simples aplicação e a formação do comando jurídico por parte do juiz (*Sistema*, cit., vol. I, p. 133). É de mister, todavia, considerar que tal fenômeno não

Afirma-se geralmente que isso pode acontecer porque nesses casos a sentença é dada com a cláusula *rebus sic stantibus* e os princípios da coisa julgada sofrem por isso uma atenuação.¹² Mais enérgico do que todos, neste sentido, é CARNELUTTI, que, recordando o conceito de que “a imutabilidade da decisão corresponde, não ao seu caráter imperativo, mas à sua função declarativa”, disse deduz que “a imutabilidade tem pelo menos bem menor razão de ser a respeito daquelas decisões às quais falta a finalidade da declaração; quero dizer — às sentenças dispositivas”.¹³

Formulada nestes termos, e com tal motivação, não me parece aceitável a afirmação, porque prova demais, excluindo a autoridade da coisa julgada de todas as sentenças dispositivas. Ora, é certo, primeiramente, que a possibilidade da acenada mudança se verifica só para as sentenças dispositivas que se referem a uma relação continuativa, cujos elementos sejam por sua natureza variáveis;¹⁴ em segundo lugar, é certo, igualmente,

¹² V., por exemplo, CHIOVENDA, *Principii*, ps. 1.253 e 1.328; HELLWIG, *System*, I, p. 811; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 532. Dedicadas expressamente ao tema são as duas monografias de BETTI, *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legato di alimenti*, Camerino, 1921, e de S. COSTA, *Le sentenze civili con la clausola “rebus sic stantibus”*, em *Studi Senesi*, 1930.

¹³ *Lezioni*, IV, n. 393, e ainda mais decisivamente em *Funzione del Processo del Lavoro*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1930, I, p. 127.

¹⁴ BETTI, *op. cit.*, p. 69; COSTA, *op. cit.*, n. 17.

incide na costumada classificação das sentenças; ainda quando tal se verifique, a sentença não deixa de pertencer, segundo os seus efeitos, a uma das três categorias mencionadas. Por outro lado, na fase atual de desenvolvimento do direito, este poder determinativo conferido ao juiz não só é excepcional, mas também limitado a um só aspecto ou elemento da relação jurídica (por exemplo, a fixação dos alimentos ou o rumo da passagem, etc.), ao passo que a existência dessa relação e as suas outras modalidades (obrigação alimentar, direito de reclamar a passagem) são pela lei abstratamente estabelecidas. Por isso, não é exato dizer que nesses casos, “não existindo regra material, uma norma instrumental confere ao juiz o poder de compor um conflito de interesses” (CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 134). Existe uma regra material, mas o seu conteúdo é elástico e deve ser determinado e precisado, caso por caso, no momento da sua aplicação. A função do processo não é, pois, nestes casos, diversa da comum, e a sentença será, conforme as várias hipóte-

que também para elas a coisa julgada se forma como para todas as outras sentenças e vale enquanto permaneçam inalteradas as condições da relação, só se tornando possível uma mudança quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinaram a decisão.

Mas será verdade que isso signifique uma atenuação dos princípios da coisa julgada? A mim me parece que não. De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*,¹⁵ enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença: por exemplo, se o devedor paga a soma devida, perde a condenação todo o valor. Outra coisa não acontece para os casos ora considerados, nos quais tratando-se de uma relação que se prolonga no tempo, e dizendo a decisão ser determinada pelas circunstâncias concretas do caso, a mudança deste justifica, sem mais, uma correspondente adaptação da determinação feita precedentemente,

¹⁵ Assim, realmente, SAVIGNY, *Sistema* (trad. Ital.), VI, p. 378. Cfr. as minhas *Opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, n. 117.

ses, declaratória, condenatória ou constitutiva; a única particularidade consiste no fato de que a atividade do juiz, vinculada ordinariamente pela lei a aplicar, em vista de certos fatos, a consequência exatamente estabelecida, se exerce, em alguns casos, com certa medida de poder discricionário, destinado a permitir que se determinem as consequências legais conforme as exigências das circunstâncias concretas do caso examinado. Mas isso não altera a função exercida pelo juiz que, todos os dias, deve ponderar as circunstâncias do caso concreto (por exemplo, quando deve decidir se houve dolo, coação, boa fé, erro grosseiro, etc.). Pode acontecer, todavia, que a teoria de CARNELUTTI se justifique segundo o direito positivo italiano.

Esclarecido este ponto, é necessário considerar que, quando é feita discricionariamente pelo juiz a determinação das modalidades da relação jurídica, pode ela ser — em determinadas circunstâncias — modificada: v., quanto a alimentos, o art. 401 do Cód. Civil brasileiro, e mais geralmente o art. 289, II, do Cód. de Proc. Civil brasileiro. Mas, sobre a relação desse fenômeno com a coisa julgada, v. as explicações do texto e o que escrevem — concordando comigo — CHIOVENDA, *op. cit.*, I, p. 299, e PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários*, cit., vol. III, ps. 355 e segs.

o que será uma aplicação, e nunca uma derrogação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada. Esta, pelo contrário, fará sentir toda a sua força, neste como em todos os outros casos, no excluir totalmente uma apreciação diversa do caso, enquanto permaneça inalterado. O que há de diverso nestes casos não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo por isso extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente.

Confirma-se, pois, ainda nesta hipótese particularmente delicada, que a coisa julgada não é em nada restrita ao conteúdo declarativo da sentença.

6. Uma última dúvida possível deve ser aqui examinada, brevemente, antes de concluir este parágrafo.

Sabe-se que, segundo autorizada doutrina, a atividade exercida pelo juiz, ao prolatar uma sentença constitutiva, não é diversa daquela que exerce quando faz uma simples declaração e que os efeitos constitutivos se seguem, por força da lei, à própria declaração.¹⁶

Não me parece, contudo, aceitável essa concepção, visto considerar que na prolação da sentença constitutiva a atividade do juiz se dirige propriamente à produção de uma alteração jurídica. A idéia mesma de uma declaração com efeitos constitutivos parece-me contraditória, porque a operação com que se aplica uma norma ao caso concreto só se pode considerar ativi-

¹⁶ Neste sentido, com certa diferença de formulação, mas substancialmente concordantes, CHTOVENDA, *Principii*, p. 182, e *Istituzioni*, I, p. 180 (trad. port., I, p. 284 e segs.), e CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 71 (que por isso prefere falar de sentença de declaração constitutiva). Em sentido contrário, CALAMANDREI, *Studi*, cit., I, p. 246 e segs.; RANELLETTI, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milão, 1934, ps. 10 e 341, e ESPOSITO, *Validità delle leggi*, Pádua, 1934, p. 108; e ainda SATTI, *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1932, I, p. 344 e segs. (mas ver a nota seguinte).

dade de declaração enquanto sejam os seus efeitos meramente declaratórios, isto é, enquanto consistam em fixar as relações jurídicas tais quais eram precedentemente e não em modificá-las. A atividade do juiz que pronuncia uma sentença deve ser aquilatada, não do ponto de vista psicológico ou intelectual, mas do ponto de vista jurídico; e então será atividade de declaração ou de mudança das relações jurídicas existentes, justamente e só em relação aos seus efeitos, tais quais são dispostos pela lei, isto é, segundo sejam declaratórios, ou também constitutivos.¹⁷

Por essas razões, é necessário admitir na sentença constitutiva, unidas no mesmo ato, uma declaração e, conjuntamente, uma atividade tendente a produzir mudança na situação jurídica deduzida em juízo. A necessidade de distinguir esses dois momentos, ou elementos, contidos no mesmo ato, vem a ser confirmada pela possibilidade — pelo menos do ponto de vista lógico — de que, à declaração dos pressupostos aos quais subordina a lei a legitimidade da mudança, nem sempre se siga a conseqüente decisão da mudança; o que em certo caso é até previsto pela lei, quando admite que à declaração do inadimplemento de um contrato bilateral deixe de seguir-se a rescisão dele, em virtude da condição resolutiva tácita, mas seja, pelo contrário, concedida uma dilação à parte inadimplente (art. 1.165 do Cód. Civil italiano, *in fine*).¹⁸

¹⁷ Por isso me parece também inexacta ou irrelevante a afirmação de SATTI, *Premesse generali*, cit., ps. 350-351, de que também a sentença declaratória tem efeitos constitutivos. Que ela tenha efeitos é evidente, que ela constitua um meio de tutela jurídica não é contestável nem contestado; mas a distinção entre sentença declaratória e constitutiva se faz em atenção aos efeitos (declaratórios ou constitutivos) que produzem sobre a relação jurídica substancial deduzida em juízo, e não vejo que alcance possam ter sobre tal ponto os argumentos que ele aduz contra a doutrina comum. A posição que defende, notável pela independência de pensamento (cfr., em vista de certa analogia possível, SAUZA, citado adiante, n. 9, em nota), chega, todavia, a conclusões que não persuadem: o que sucede talvez porque quer relacionar os efeitos das sentenças, não às relações jurídicas, mas antes à norma; formulação esta que não parece aceitável, visto como a sentença decide situações jurídicas concretas e não abstratas e declara ou modifica, não a norma qual foi disposta pelo legislador (o que seria por definição impossível e contrário aos fins do processo), mas qual se modela concretamente no regular cada caso especial.

¹⁸ Assim também CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 250.

E então — e isso é o que aqui interessa — alguns escritores deduziram de semelhantes ou análogas considerações (e ao mesmo tempo de definição assaz rigorosa da função jurisdicional) a consequência de que assim a decisão constitutiva, considerada em si e separada da declaração subjacente, não representa um ato jurisdicional, mas um negócio jurídico ou, mais precisamente, um ato administrativo.¹⁹ Alarga-se este raciocínio e reforça-se a propósito das sentenças dispositivas para as quais o juiz não encontre em norma de lei preexistente o critério que deva guiá-lo na decisão, e nas quais, por isso mesmo, ao ato jurisdicional estaria unido nada menos que um ato legislativo.²⁰

Ora, poder-se-ia duvidar de que as sentenças constitutivas ou dispositivas carecessem, no todo ou em parte, da autoridade da coisa julgada, precisamente por causa do caráter não jurisdicional do ato, de que viriam a ser de tal modo constituídas.

Não é certamente possível tratar aqui, de modo cabal, os problemas gravíssimos que assim surgem e que exorbitam do tema do presente trabalho. Limitar-me-ei, por isso, a exprimir a minha convicção de que ainda tais sentenças fazem parte de todo em todo da função jurisdicional,²¹ observando somente que os poderes cada vez mais amplos conferidos pela lei à Magistratura, o número sempre crescente de jurisdições de equidade (entre todas caracterizadamente a do Trabalho), indicam

¹⁹ CAMMEO, *Azione del Cittadino*, em *Giurisprudenza Italiana*, 1905, IV, p. 23, n. 6; DONATI, *Il problema delle lacune*, p. 216; CALAMANDREI, loc. cit.

²⁰ DONATI, op. cit., p. 218; RANELLETTI, op. cit., p. 15; SEENI, *Tribunali del Lavoro*, em *Studi in onore di Chiovenda*, p. 769 e segs., n. 4; ANDRIOLI, *Archivio Studi Corporativi*, 1931, p. 147.

²¹ Para as sentenças constitutivas (além de, é claro, CHIOVENDA e CARNELUCCI), por último RANELLETTI, *Guarentigie*, cit., p. 10 e segs.; SATTI, *Premesse generali*, cit., p. 348; ESPOSITO, op. cit., p. 108 e segs.

Para as sentenças dispositivas, ESPOSITO, loc. cit.; RASKELI, *Magistratura del Lavoro*, Pádua, 1934, p. 19 e segs. Para estas sentenças, embora se devesse admitir a "novidade" do regulamento estabelecido para o caso concreto pelo juiz, a falta de abstração e generalidade me parece que basta para excluir o seu caráter substancialmente legislativo; sobretudo se se considera que o juiz, ainda aqui, aplica ao caso concreto uma norma ou um critério geral, que ele mesmo deduziu da consciência jurídica e social; mas o que permanece no ato jurisdicional é o ato de aplicação da regra, não esta, que ficará quanto ao mais entre os motivos explícitos ou implícitos, presentes ou talvez inconscientes à própria mente do juiz.

antes, que o conceito e a função mesma da jurisdição sofreram certa mudança, no sentido de que a atividade do juiz está menos vinculada a um sistema completo de preceitos jurídicos abstratos e tendente, ao contrário, a procurar uma decisão que satisfaça em cada caso a aspiração geral de justiça.²²

Aliás, pelo que aqui interessa, pode ser suficiente ajuntar que, embora se devesse sustentar que nestes casos a atividade do juiz não seja, pelo lado substancial, puramente jurisdicional, deva ela todavia — pela forma com que a lei quer que se realize (sentença), pela qualidade do órgão a que está confiada e pelo fato de estar estritamente unida a uma atividade jurisdicional — dar lugar igualmente à formação da coisa julgada.

7. As considerações amplamente desenvolvidas nas páginas precedentes permitem formular conclusão de algum modo interessante. Constitui erro de lógica definir a autoridade da coisa julgada como efeito da sentença e — consequência inevitável — identificá-la com a eficácia declaratória da própria sentença, contrapondo-a, portanto, aos seus outros possíveis efeitos (constitutivos ou condenatórios). Pouco convincentes, perigosas e até mesmo errôneas são as soluções práticas oriundas desta inexacta formulação inicial.

Nesta concepção comum se esconde a última manifestação daquela singular deformação da doutrina da coisa julgada, contra a qual saiu a combater CHIOVENDA, e que consiste na supervalorização do elemento lógico do processo, como conteúdo da coisa julgada. Um aspecto dessa mesma ilusão, que CHIOVENDA salientou particularmente e contribuiu decisivamente para destruir, consistia em relacionar a coisa julgada com toda a *questio*, com toda a *definitio*, de maneira que se sustentava suscetível de lograr a autoridade da coisa julgada toda forma de raciocínio do juiz. Mas a concepção comum está ainda jungida tenazmente ao aspecto inverso da mesma deformação, porque não sabe separar a coisa julgada do elemento lógico do processo,

²² V. as agudas considerações de JAMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, em *Archivio Giuridico*, 4ª série, vol. XXII, 1932, p. 129.

afirmando que só a resolução de uma questão controvertida possa adquirir autoridade do julgado.

Que se deva pôr toda a importância da coisa julgada “na expressão da vontade concreta do direito”,²³ uma verdade que deve ser entendida em toda a sua extensão: isto é, a essa expressão da vontade concreta do direito pode e deve acrescer a autoridade da coisa julgada, ainda quando o seu conteúdo e os seus efeitos não sejam meramente declaratórios, mas também de criação ou de modificação da realidade jurídica.

NOTAS AO § 2.º

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — A confinação da coisa julgada ao efeito declaratório da sentença, consagrada por HELLWIG, já havia recebido, no Brasil, a adesão de PONTES DE MIRANDA.¹ Mais recentemente, outro abalizado processualista — CELSO NEVES — emprestou-lhe apoio.² Mas a doutrina dominante endossa integralmente as críticas de LIEBMAN àquela teoria, reconhecendo que a autoridade da coisa julgada também cobre os elementos constitutivos e condenatórios da sentença.³

O “erro lógico” a que LIEBMAN alude no texto é salientado por BARBOSA MOREIRA, que pergunta: “Se o juiz anula um contrato, por exemplo, fica o resultado do processo, após o trânsito em julgado, menos imune à contestação do que ficaria se ele se limitasse a declarar nulo o contrato?”⁴ E o mesmo Autor responde: “Para todos os efeitos práticos, reconhece-se que, pas-

¹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários* (de 1939), cit., vol. II, ps. 378 e segs. e 444 e segs. Ver, mais recentemente, do mesmo Autor, *Tratado das Ações*, cit., t. I, ps. 163 e 184 e segs.

² NEVES, *Contribuição*, cit., ps. 443 e segs. e 505. Observe-se, porém, que para o Autor a sentença constitutiva é objetivamente complexa, correspondendo o momento declaratório a um pronunciamento jurisdicional, de conhecimento, e o momento constitutivo a um provimento juris-satisfativo, de execução imediata (retro, Notas ao § 1.º, nota n. 13). Daí por que só o elemento declaratório é idôneo e revestir-se da coisa julgada: tudo o mais seria execução.

³ Ver, por todos, BARBOSA MOREIRA, *Coisa Julgada e Declaração*, in *Temas*, cit., ps. 81 e segs. e PARÁ FILHO, *Estudos sobre a Sentença Constitutiva*, São Paulo, 1973, ps. 147 e segs.

⁴ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 82.

²³ CHIOVENDA, *Saggi*, cit., II, p. 401.

sada em julgado a sentença constitutiva, a modificação por ela produzida já não pode ser objeto de contestação juridicamente relevante.”⁶

De resto, o direito positivo brasileiro não autoriza a acolhida da teoria de HELLWIG sobre a coisa julgada. Nosso ordenamento desconhece dispositivo como o art. 2.909 do código civil italiano que, adotando a concepção alemã, afirma que a *declaração contida na sentença* passada em julgado *fa stato* para todos os efeitos entre as partes, seus herdeiros e sucessores. Bem pelo contrário, o art. 468, CPC, diz expressamente que a *sentença*, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.⁶ Como agudamente observa BARBOSA MOREIRA, por que importarmos um problema que não existe, e uma solução que não satisfaz,⁷ quando a própria doutrina italiana soube contornar o óbice do art. 2.909, c. c.,⁸ ainda que com “mediocre expediente”?⁹

2 — No corpo do capítulo (n. 5) e no Aditamento *sub b*), LIEBMAN refere-se às sentenças determinativas ou dispositivas, nas quais o juiz decide por equidade, no uso de uma certa medida de poder discricionário.

A doutrina processual brasileira acompanha a lição do Mestre no tocante a tais sentenças, que acabam sempre por ter conteúdo declaratório, constitutivo ou condenatório, independentemente de sua maior ou menor carga de discricionariedade.¹⁰

⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 83.

⁶ Como se viu, o art. 287 do código de 1939, embora mutilado, já dizia que a *sentença* que decidisse total ou parcialmente a lide teria força de lei nos limites das questões decididas.

⁷ BARBOSA MOREIRA, *op. cit.*, p. 85.

⁸ VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milão, 1958, ps. 51 e segs.

⁹ LIEBMAN, *Prefácio à reimpressão italiana de 1962*, neste volume.

¹⁰ Ver CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo, 2.^a ed., 1979, p. 270, onde se afirma que “o fenômeno da discricionariedade outorgada ao juiz em casos especiais não incide na

Que a admissibilidade do juízo de equidade seja excepcional, no processo civil, também é indiscutível. Nesse ponto, a redação do art. 127 do código vigente é de extrema clareza: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” Vale lembrar que nos processos arbitrais podem as partes convencionar que o julgamento seja feito por equidade, “fora das regras e formas do direito” (art. 1.075, CPC) e que, nos feitos de jurisdição voluntária, o juízo de equidade se transforma em regra geral, pois o juiz pode “adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente e oportuna” (CPC., art. 1.109).¹¹

Igualmente não parece haver dúvida, no direito brasileiro, de que a carga de poder discricionário contido na sentença determinativa não altera a função exercida pelo juiz no processo. Para os fautores da teoria dualista do ordenamento jurídico — que no Brasil constituem expressiva maioria¹² — o processo visa apenas à realização prática da vontade preexistente do direito, em nada contribuindo para a formação de normas concretas: o direito subjetivo e a obrigação também lhe são preexistentes. Nessa linha de idéias, tem-se afirmado que, mesmo na sentença determinativa, o juiz se limita a extrair do sistema jurídico a norma de equidade a ser aplicada à espécie: a hipótese tem sido apontada como semelhante à da lacuna da lei, onde

¹¹ Também no processo penal condenatório o juízo de equidade é regra geral, mercê do princípio da individualização judiciária da pena, inscrito no art. 42 do Código Penal. Sobre sentença determinativa condenatória penal e cláusula *rebus sic stantibus*, ver, de nossa autoria, *Eficácia e Autoridade*, *cit.*, ps. 7 e segs.

¹² Significativas divergências ocorrem, contudo, no campo da teoria geral do direito, sobretudo por influência das idéias de Kelsen. Entre os processualistas, deve ser apontada a posição de autores categorizados como MOURA ROCHA (*Reflexões sobre Processo e Comunicação*, Fac. Caruaru, n. 58, 1974; *Estudos sobre Processo Civil*, Recife, 1969, ps. 151 e segs.), o qual acompanha a posição de CARNELUTTI quanto à teoria unitária do ordenamento jurídico.

classificação dos processos, pois o provimento jurisdicional não deixa de pertencer a uma das três categorias mencionadas.” No mesmo sentido, ver também PARÁ FILHO, *op. cit.*, ps. 128/129.

ocorre a integração da norma com base na analogia e nos princípios gerais de direito.¹³

E nesse ponto, é significativa a tomada de posição do Código de Processo Civil de 1973, que suprimiu a fórmula do art. 114 do estatuto revogado (“quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabelecerá se fosse legislador”), substituindo-a pela redação do indigitado art. 127.

Por isso mesmo, os processualistas brasileiros também manifestam, com LIEBMAN, a convicção de que a sentença normativa da Justiça do Trabalho configura exercício de função jurisdicional típica, enquadrável na denominada jurisdição de equidade.¹⁴ E até entre os especialistas em direito do trabalho, essa posição pode ser considerada, hoje, dominante.¹⁵

Assentadas tais idéias, surge coerentemente, entre nós, a conclusão de que a sentença dispositiva não configura atenuação do princípio da coisa julgada, porquanto é a própria sentença que autoriza o juiz a agir, operando a modificação objetiva do julgado sempre que haja mutação nas circunstâncias fácticas.¹⁶

¹³ Ver, por todos, CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, *Teoria Geral* cit., p. 270.

¹⁴ Ver, de nossa autoria, *Sentença Determinativa Trabalhista*, in *Rev. Trib. Reg. Trab.*, 5.^a Região, Salvador, 1977, n. 4; v., também, *Teoria Geral*, cit. (CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO), p. 237.

¹⁵ CATHARINO, *Poder Normativo da Justiça do Trabalho*, in *Temas de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, 1971: *Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, 1979, ps. 222 e segs.; COQUEIRO COSTA, *Direito Judiciário do Trabalho*, Rio de Janeiro, 1978, ps. 85 e segs., 97 e segs.; etc.

¹⁶ Assim nos manifestávamos, em *Autoridade e Eficácia*, cit. (ps. 7/8): “A sentença determinativa, que também se encontra no campo não penal, transita em julgado e assume a qualidade própria da coisa julgada; mas, em obediência à cláusula que contém, é suscetível de revisão, nos casos expressamente autorizados em lei, exatamente por obedecer ao comando emergente da sentença e à cláusula *rebus sic stantibus* nela contida.” Ver também *Teoria Geral*, cit., 275. No mesmo sentido, a doutrina dominante: MARQUES, *Manuel* cit., vol. 3.^o, n. 695; AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas* cit., 1979, vol. 3.^o, n. 743; NEVES, *Contribuição* cit., ps. 482/3, etc.

E, a esse propósito, convém ainda lembrar a observação de LIEBMAN, no sentido de o elemento caracterizador, nesses casos, não ser propriamente a cláusula *rebus sic stantibus* (de certa forma contida em todas as sentenças), mas sim a natureza diversa da relação jurídica, que continua a viver no tempo, com conteúdo ou medida variável. A lição parece acolhida pelo código processual vigente, que substituiu a fórmula do art. 289 do estatuto de 1939¹⁷ por outra, em que se refere exatamente às relações jurídicas continuativas (art. 471).¹⁸

3 — Quanto à declaração com efeitos constitutivos, afastada por LIEBMAN, que vislumbra na sentença constitutiva, unidas no mesmo ato, uma declaração e, conjuntamente, uma atividade tendente a produzir modificação na situação jurídica deduzida em juízo, a lição é unanimemente acolhida pela doutrina processual brasileira,¹⁹ a qual, também ao uníssono, afasta a tese da natureza administrativa ou do caráter não jurisdicional da sentença constitutiva ou dispositiva.²⁰

¹⁷ Art. 289, CPC 1939: “Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: II — quando o juiz tiver decidido de acordo com a equidade determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a reconsideração por haver-se modificado o estado de fato”.

¹⁸ Art. 471, CPC 1973: “Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I — se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.”

¹⁹ Ver, por todos, AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas* (1977) cit., vol. 1.^o, n. 136; CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, *Teoria Geral* cit., n. 178; PARÁ FILHO, *Estudos*, cit., ps. 147 e segs. Como vimos, CELSO NEVES fala, no caso, em sentença objetivamente complexa (*Classificação*, cit.).

²⁰ Mais uma vez atente-se para a diversa terminologia de CELSO NEVES que, por reservar o vocábulo “jurisdicional” à atividade cognitiva, e por considerar o elemento constitutivo da sentença como sendo de natureza executiva, vislumbra nesse conteúdo constitutivo atividade juris-satisfativa (*Classificação* cit. e *Contribuição* cit., ps. 443 e segs.).

Finalmente, cumpre observar que a tese, desacolhida por LIEBMAN, de que também a sentença declaratória teria efeitos constitutivos, não encontrou eco na doutrina brasileira, ressalvadas algumas manifestações isoladas que poderiam ter alcance semelhante.²¹

²¹ Assim, BOTELHO DE MESQUITA afirma: "Através da ação declaratória é feito valer um direito à segurança de uma concreta situação jurídica favorável ao autor, ao qual corresponde o dever estatal de produzir um efeito jurídico de natureza puramente processual, consistente na vinculação do Estado, através de seus órgãos judiciários em qualquer processo futuro, à declaração favorável contida na sentença" (*Da Ação Civil*, São Paulo, 1973, p. 104). Observe-se, ainda, a vinculação de BOTELHO DE MESQUITA à teoria concreta do direito de ação, e em especial à teoria da *Rechtsschutzanspruch* (op. cit.).

§ 3.º. A AUTORIDADE DA COISA JULGADA COMO QUALIDADE DA SENTENÇA E DOS SEUS EFEITOS

SUMARIO: 8. Eficácia da sentença e coisa julgada. 9. A coisa julgada não é um efeito da sentença. Resenha da doutrina. Teoria "processualística". 10. Teoria "materialística". 11. Teoria "normativa". 12. Doutrina italiana. 13. Ugo Rocco. 14. CARNELUTTI. 15. Definição da coisa julgada. 16. Limites objetivos e subjetivos. 17. Exceção de coisa julgada e *quæstio iudicati*. 18. Função negativa da coisa julgada. 19. Coisa julgada formal e substancial. 20. Coisa julgada e processo de execução.

8. Examinadas assim as dificuldades lógicas e as inaceitáveis soluções práticas em que incorre a doutrina dominante, pode-se passar a enfrentar em cheio o problema da posição que se deve dar à autoridade da coisa julgada na teoria da sentença.

A lei confere efeitos à sentença ainda antes que passe em julgado; mesmo prescindindo da possibilidade da execução provisória que o juiz pode atribuir à sentença de primeira instância, * basta pensar na eficácia executória que tem normalmente a sentença não mais sujeita aos recursos ordinários. ^b Mas deve dizer-se o mesmo também para os outros efeitos que uma sentença pode produzir, seja o declaratório, seja o constitutivo, que se devem

ADITAMENTOS AO § 3.º

* No direito italiano concede-se, efetivamente, a execução provisória, caso por caso, por parte do juiz que prola a sentença de primeira instância, quando é ela permitida pela lei. V. CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, ps. 338 e 395, e a nota neste último lugar, onde se realça a diferença entre o direito italiano e o brasileiro.

^b Verifica-se o mesmo fato no direito brasileiro, no qual a sentença pode executar-se enquanto pende o recurso extraordinário ou a revista, que não suspendem a execução (art. 808, parág. único, do Cód. de Proc. Civil brasileiro): pois a sentença é *executória* antes de ter passado em julgado, isto é, antes de ser definitiva. Não há nenhuma

conceber e subsistem de fato independentemente da sua maior ou menor definitividade. Deve-se reconhecer logicamente que o efeito declaratório ou constitutivo que uma sentença pode produzir é coisa bem diversa da maior ou menor possibilidade de que ele, uma vez produzido, possa ser contestado, infirmado ou revogado. A incontestabilidade é um caráter logicamente não necessário, que pode conferir-se ao próprio efeito sem lhe modificar a sua própria natureza íntima.

De igual modo se deve reconhecer que, efetivamente, em direito italiano todos os efeitos da sentença se podem produzir e se produzem ainda antes da sua passagem em julgado, pois que seria estranho que isso valesse para efeito entre todos o mais grave — o executório — e não valesse por seu turno para os outros; e porque do art. 561 do Cód. de Proc. Civil italiano se deduz a eficácia plena, também em relação a terceiro, da sentença não mais sujeita aos recursos ordinários, mas ainda sujeita aos extraordinários (e não se trata, nem se pode tratar de eficácia executória no sentido próprio, conquanto fale a lei, como sempre, de executoriedade). Aliás, a jurisprudência admitiu numerosas vezes que uma sentença pode lograr eficácia declaratória antes de ter passado em julgado.¹

Para pensar diversamente, dever-se-ia sustentar que a coisa julgada fosse caráter essencial e necessário da atividade jurisdicional e, portanto, impossível imaginar o efeito da sentença

¹ Cfr. Corte de Cass., de 22 de março de 1928 (*Foro Italiano*, 1928, I, p. 690); aqui, além disso, deve considerar-se a hipótese frequente da sentença executiva, mas não passada em julgado, a qual, todavia, impede que com a oposição se possa sustentar a inexistência do crédito, sobre o que, v. as minhas *Opposizioni*, cit., n. 118; a preclusão, a que me socorri nestes casos, tem o efeito negativo de evitar que se levante contestação sobre a declaração contida na sentença, contestação que entre as partes é reservada à segunda instância (litispendência), mas o efeito positivo emana precisamente dessa declaração, embora não seja ela ainda definitiva.

razão válida para negar a aplicação desta regra a todos os outros efeitos possíveis da sentença, além do executório. Pode-se dizer por isso que é a sentença eficaz já antes da sua passagem em julgado.

^c Embargos do executado.

independentemente da coisa julgada. Mas a opinião dominante é concorde em justificar o instituto por meio de considerações práticas e de utilidade social;² e não convencem, certamente, as observações, embora vigorosas, do mais recente propugnador da opinião contrária.³

Tanto é isso verdade que há exemplos de processos antigos em que era a sentença indefinidamente recorrível;⁴ e ainda hoje, segundo o direito canônico, as sentenças em matéria de estado não logram jamais a autoridade da coisa julgada.⁵

Não se pode, pois, duvidar de que a eficácia jurídica da sentença se possa e deva distinguir da autoridade da coisa julgada; e nesse sentido é certamente de acolher a distinção formulada por CARNELUTTI entre imperatividade e imutabilidade da sentença; porque é esta imperativa e produz todos os seus

² CHIOVENDA, *Saggi*, II, p. 400, *Principii*, ps. 906-907; REDENTI, *Giudizio Civile*, cit., p. 38; CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, n. 393. Cfr. ainda Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 300, que acusa os contraditores de jusnaturalismo.

³ Saber se é verdade — como escreve ARTURO ROCCO, *Trattato della cosa giudicata*, em *Opere Giuridiche*, vol. II, Roma, 1932, p. 205 e segs. — que “o juiz já não seria juiz e a sua função não judicante mas consultiva, se não fosse a sua decisão obrigatória e irretroatável”, é precisamente a questão; mas pode a sentença ser obrigatória ainda sem ser irretroatável, e valer, enquanto não for modificada. Nem “das normas fixas e imutáveis da lógica judiciária” pode deduzir-se que as decisões devam permanecer “firmes, imutáveis e invioláveis como a própria verdade, a própria razão, a própria justiça”, visto que, sem dúvida, mutável é o conhecimento e a formulação da verdade e da justiça, tanto que se considera a coisa julgada, pelo contrário, como um limite imposto por exigências da vida à indefinida procura da verdade e da justiça. Não mais concludente é, por fim, considerar a sentença como “palavra da lei”, porquanto pode ser precisamente a lei em todo o tempo ab-rogada por uma lei posterior.

⁴ CHIOVENDA, loc. cit.

⁵ Cãnon, 1903: “*Nunquam transeunt in rem iudicatam causae de statu personarum; sed ex duplici sententia conformi in his causis consequitur, ut ulterior propositio non debeat admitti, nisi novis prolatiis tisdemque gravibus argumentis vel documentis*” (Nunca transitam em julgado as causas acerca do estado das pessoas; mas, havendo duplicidade de sentença conforme, a consequência é que não deva admitir-se ulterior pedido, senão quando oferecidos novos e graves argumentos ou documentos). Cfr. ROSATI, *De processibus*, II, Roma, 1926, p. 247. É superfluo salientar o interesse dessa norma para a vigente lei italiana do matrimônio.

⁶ *Lezioni*, IV, n. 311; *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1928, II, p. 189; *Funzione del processo del lavoro*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1930, I, p. 109, n. 12 e segs. d Muito duvidoso me parece, ao contrário, que baste esta distinção para resolver a questão

^d Acrescente-se: *Sistema*, cit., vol. I, p. 270 e segs.

efeitos ainda antes e independentemente do fato da sua passagem em julgado. * Imp. p/ monog.

9. Da premissa há pouco enunciada deriva uma só e necessária consequência: a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime,⁷ mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.

Caem todas as definições correntes no erro de substituir uma qualidade dos efeitos da sentença por um efeito seu autónomo.

Assim, quando HELLWIG — como já se viu — define a coisa julgada como o efeito específico da sentença que já não seja recorrível e mais precisamente como a eficácia declaratória da sentença,⁸ confunde justamente o efeito normal da sentença com a definitividade e incontestabilidade deste efeito.* Mais in-

⁷ Citações particulares são, por ora, supérfluas, visto serem unânimes a esse respeito as opiniões (com ressalva de quanto se dirá depois no n. 11). Lembrar-se-ão, passo a passo, no texto algumas definições mais importantes. V., contudo, uma exata intuição em SATTI, *Effetti secondari delle sentenze*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1934, I, 264, nota 2.

⁸ *Rechtskraft*, cit., p. 7 e segs., e *System*, I, p. 772, e os outros citados acima.

para a qual se formulou, isto é, a da sentença sujeita a recurso, visto que, assim como para o efeito executório que pertence *ope legis* tão-só à decisão não mais recorrível com os remédios ordinários, também geralmente para toda a forma de eficácia da sentença, é um simples problema de conveniência que o direito positivo pode resolver de modo vário, o que diz respeito ao momento do processo em que começa a sentença a produzir efeitos. Assim se cinge a questão em tantas quantos são os recursos previstos em lei; e aquela que diz respeito à sentença de primeira instância ainda sujeita aos recursos ordinários, para a qual foi especialmente formulada a teoria da situação jurídica (CHIOVENDA, *Principii*, p. 951; MENESTRINA, *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1928, p. 202; e também CALAMANDREI, *Cassazione civile*, II, p. 191 e segs. Ainda Corte de Cass., de 27 de julho de 1932, *Foro italiano*, 1933, I, p. 609; cfr. ANDRIOLI, *Recenti indirizzi della giurisprudenza*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1934, I, p. 305; Ap. de Palermo, de 24 de novembro de 1933, em *Circolo Giuridico*, 1934, fasc. II, com nota de LIPARI), deve ser estudada com referência à natureza da instância de apelação e do princípio do duplo grau, tal como são regulados em direito italiano positivo. V. por último sobre o argumento, SATTI, *Riv. Ital. di Dir. Penale*, 1934, I, p. 602. c

* V. ainda sobre o argumento, adiante, neste volume, p. 178.

feliz que todas, é a idéia de que adquira aquela eficácia, com a passagem em julgado da sentença, uma particular direção encaminhada aos juizes que, em qualquer processo futuro sobre o mesmo objeto, estariam adstritos a julgar de igual modo.⁹

Não parece, na verdade, que se possa duvidar de que a declaração e a formulação da vontade concreta da lei é objetivamente, e por sua natureza, sempre a mesma coisa, seja ou não contestável, tenha por destinatário um ou outro sujeito; não há uma declaração que se dirija a uma pessoa, de preferência a outra determinada, e nem mesmo tantas declarações quantas são as pessoas obrigadas a sujeitar-se a elas, mas um só ato que, emanado do órgão ao qual confiou a lei o poder de dizer soberanamente e com valor normativo qual seja, em caso, a sua vontade concreta, tem eficácia igual e não diferenciável para todos no âmbito do ordenamento jurídico. Também os juizes lhe estão sujeitos; não, porém, de modo diverso de qualquer outro, e de todo em todo independentemente da coisa julgada; acontece apenas que, estando sempre e sem limitação investidos do poder jurisdicional dentro da esfera da própria competência, poderiam — malgrado a obrigatoriedade da precedente declaração — pronunciar em processo novo uma segunda sentença eventualmente contraditória. Para evitá-lo serve a coisa julgada, pela

⁹ Sobre o vínculo dos juizes insístiu especialmente STEIN, *Bindende Kraft der richterlichen Entscheidungen*, 1897, p. 5 e segs., ao passo que HELLWIG foi o primeiro que se baseou fundamentalmente na "incontestabilidade" da declaração que daquele vínculo deriva (*Rechtskraft*, p. 12); nestes dois aspectos inseparáveis de um único efeito residiria a essência da autoridade da coisa julgada (STEIN, *Komm.*, § 322, II, p. 2; HELLWIG, *System*, I, p. 776 e segs.). Nisto consiste a "teoria processual" da coisa julgada, que se pode dizer hoje dominante na Alemanha (especialmente LENT, HEIM, GOLDSCHMIDT, ROSENBERG, BÖTTICHER). Acenos a este vínculo dos juizes se encontram ainda em todos os escritores italianos; adere explicitamente à teoria "processualística" SATTI, *Premesse generali*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, cit., p. 351, em nota. Justamente contrários à sobrevivência do direito "efetivo", são, porém, CHIOVENDA, *Principii*, ps. 78 e 910, e REDENTI, *Giudizio Civile*, cit., ps. 36-37. Resultados aproximados desta mais sã e equilibrada posição da doutrina italiana em BINNER, *Prozess und Recht*, 1927, p. 310 e segs., mas com motivação industriosa e em conexão com uma teoria geral assaz discutível. Tentativa de conciliação é a de SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, 2ª ed., 1929, p. 235 e segs., e *Festgabe Schmidt, Straf-u. Prozessrecht*, Leipzig, 1932, p. 308 e segs., o qual vê na coisa julgada uma força constitutiva de direito processual, o que me parece um resultado pouco concludente e contraditório.

qual dispõe a lei que o efeito produzido por uma sentença permaneça irrevogavelmente adquirido.

Mas isso não é — o que se deve pôr bem claro desde já — um efeito diverso e distinto, porém tão-só uma qualidade do próprio efeito.

E as considerações explanadas no § 2.º convencem de que de igual modo funciona a coisa julgada com referência aos outros efeitos da sentença, diversos da declaração, que erradamente estiveram até agora descurados na teoria da coisa julgada.

Foi somente esta estranha idéia da coisa julgada como vínculo dos juizes que pôde fazer sustentar que a sentença e a coisa julgada valessem só *num futuro processo civil*¹⁰ e não nas mil outras contingências da vida, em que pode ser necessário conhecer como é regulada pela lei determinada relação. E é sempre essa mesma idéia que faz crer que os efeitos da declaração não se produzem diretamente, mas só como reflexo da impossibilidade de que decida um juiz de modo diferente; e, criando assim um abismo entre coisa julgada (vínculo dos juizes) e a efetiva situação jurídica substancial — a qual, por sua vez, permaneceria intacta — alimenta aquela interminável polêmica entre teoria “materialística” e “processualística” da coisa julgada que, na própria impossibilidade de resolver-se, denuncia seu defeito inicial de formulação.

10. As coisas vão ainda pior no campo oposto da famosa polêmica. Os defensores da teoria “materialística” vêem na coisa julgada a criação de um novo fundamento substancial à declarada existência ou inexistência da relação deduzida em juízo, uma causa por si só de constituição ou de extinção dela.¹¹ Sali-

¹⁰ HELLWIG, *System*, I, p. 783; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, p. 206, com maior largueza. Os inconvenientes desse resultado explicam a tentativa, de resto não muito afortunada, de KÜTTNER, *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses*, Múnaco, 1914, de alargar, com patientíssima pesquisa, caso por caso, o âmbito de eficácia da sentença.

¹¹ Esta tendência, já sustentada por WACH, KOHLER, SCHMIDT, é defendida especialmente por PAGENSTECHTER, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, 1905, e em inúmeros escritos sucessivos, ultimamente em *Prozess-probleme*, II, 1530, e

entar-se-ia particularmente essa forma de eficácia da coisa julgada no caso de sentença injusta, que daria vida a um direito inexistente ou extinguiria o antes existente.

Mas a concepção moderna da função do processo contradiz claramente essa teoria, porque — salvo os casos em que a lei confere ao juiz o poder de modificar com a sentença (que, por isso, nestes casos é constitutiva) o estado preexistente das relações jurídicas substanciais — o processo não produz e não cria o direito, não constitui e não modifica as relações jurídicas substanciais das partes, mas somente as declara e as atua; e a eventual modificação que se produz, em caso de erro do juiz, sobre a situação preexistente, não a quer nem a considera como tal o direito, nem pode servir para definir a essência de um instituto jurídico; visto que, ainda nessa infeliz hipótese, juridicamente é vontade da lei o que o juiz afirma ser a vontade da lei, pois que, em outros termos, “preexiste ao processo a vontade da lei de ser interpretada e aplicada pelo juiz”.¹²

Não tem, pois, a sentença a presumida eficácia jurídico-material na qual residiria a coisa julgada, segundo esses escritores.

Todavia, as coisas ditas até aqui induzem a fazer uma observação sobre os próprios termos em que se disputou a polêmica na doutrina germânica: é que a questão foi mal proposta, o que explica por que tantos polemistas dos mais valentes tenham lutado com todas as armas sem chegar a resultado algum persuasivo. Realmente, o problema de saber se a declaração contida

¹² CHIOVENDA, *Saggi*, I, p. 90; *Principii*, ps. 79, 145 e 910. Cfr. ainda o que escrevi acerca do argumento em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1932, I, p. 273 e segs.

por NEUNER, *Zeitschrift Zivilprozess*, vol. 54, 1929, p. 217. Extensas refutações podem ver-se em HEIM, *Feststellungswirkung*, cit., p. 115 e segs.; LENT, *Gesetzeskonkurrenz*, II, p. 165 e segs., 1916; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, p. 206; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 518. Posição independente assumiu KRUECKMANN, em *Zeitschrift Zivilprozess*, vol. 46, p. 371, vol. 47, p. 1, vol. 48, p. 1, 1917-1920, o qual vê na coisa julgada a atribuição de uma espécie de posse ou de aparência dos direitos, uma “autorização” ou uma “legitimação” ao vencedor; mas esta opinião, na medida em que difere da outra, não faz mais que complicar as coisas, porque, deslocando o valor da coisa julgada da pertinência ao simples exercício dos direitos, reproduz aquele dualismo que a teoria “materialística” queria evitar.

numa sentença (somente sobre aquela se discute) apresenta eficácia modificativa, e não meramente declarativa das relações jurídicas substanciais, nada tem que ver, propriamente, com a coisa julgada, constituindo, pelo contrário, questão muito mais geral: a da posição e da destinação do processo em sua função essencial e constante em face da lei e no ordenamento jurídico. Com a solução que se der a essa questão (que hoje na Itália não é objeto de dúvida) será fácil determinar a natureza dos efeitos da sentença; sobre estes, depois, quaisquer que sejam, operará a coisa julgada, para torná-los imutáveis. Mas a coisa julgada, por si só, não é nem "processual" nem "material".

11. Posição de todo em todo nova e independente assumiu novíssima corrente da doutrina alemã, que tende a deslocar a coisa julgada dos efeitos da sentença para a sua validade.¹³

Expondo em primeiro plano a já velha concepção da sentença como *lex specialis*, tenta-se, a bem dizer, solucionar o problema da coisa julgada na sua qualidade de norma jurídica concreta, em seu valor plenamente equivalente ao do direito objetivo. Muito embora ainda não seja o resultado assim alcançado absolutamente decisivo, pois a imutabilidade, conforme o modo de entender geral, não é caráter da norma jurídica, MERKL, que desenvolveu a sua doutrina na conhecida concepção hierárquica do ordenamento jurídico e das fontes de produção do direito, própria da escola publicística vienense, deu um passo à frente e localizou a coisa julgada como problema da duracão de validade

¹³ MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 1923, p. 166 e segs. A coisa julgada (*Rechtskraft*) não é, portanto, um instituto peculiar ao processo, mas "a qualidade de todas as normas jurídicas de que valham imutavelmente, fora a possibilidade de mudanças estabelecidas pelo direito positivo" (p. 244). Ver-se-ão mais adiante os desenvolvimentos desta doutrina.

Muito aproximada é, neste ponto, a tese recentemente sustentada por ESPOSITO, *Validità delle leggi*, cit., p. 76, e segundo o qual "a lei posterior revoga a anterior... porque cada lei contém implícita... uma condição resolutive com efeito *ex nunc* da sua eficácia e validade". Mas ninguém poderá admitir jamais que, por exemplo, uma lei, pelo só fato de que se autoproclame imutável, não possa ser, depois, revogada; e isto, ainda que não existisse o art. 5º das disposições preliminares do Cód. Civil italiano. f

f Art. 2.º da Lei de Introdução ao Cód. Civil brasileiro.

(Geltungsdauer) da norma concreta contida na decisão judicial. Ora, segundo esse autor, uma norma jurídica é essencialmente imutável no tempo e somente disposição expressa pode introduzir a força derogatória do *actus contrarius*. E visto como, depois do decurso dos prazos de recurso, não prevê a lei a possibilidade de mudanças, característica da coisa julgada.

A simplicidade da solução é, no caso, um índice da sua fragueza. É falso, na realidade, o ponto de partida da natural imutabilidade da norma jurídica, e verdadeira é exatamente a afirmação contrária; ela é imutável enquanto não seja mudada ou ab-rogada. O órgão a que se outorgou o poder de produzir uma norma jurídica não o exaure com o fato e no momento de produzi-la, antes, pelo contrário, conserva-o intacto no tempo até que uma força superior o tolha. As necessidades incoercíveis da vida e da história, que prosseguem seu curso sem jamais parar, impõem à sociedade sempre novos problemas, que esta deve resolver do modo que se mostre, de vez em vez, mais oportuno e adequado à realidade do seu tempo.

E ainda menos se pode reconhecer a MERKL o haver explicado o que seja coisa julgada, porque deixou de considerar o verdadeiro problema da coisa julgada, que não consiste na possibilidade maior ou menor da reforma da sentença, mas na eventualidade de uma segunda sentença sobre o mesmo objeto; ora, a prolação de uma sentença diferente, sem infirmar diretamente a validade da primeira sentença, faria, contudo, surgir propriamente aquele conflito que a coisa julgada está destinada a excluir, conflito que de qualquer modo o direito positivo italiano resolve a favor da segunda sentença (arg. ex. arts. 494, n. 5, e 517, n. 8, do Cód. de Proc. Civil italiano).¹⁴

Ainda mais recente é a tentativa de BACHMANN, de considerar a coisa julgada como norma jurídica concreta que substituiria a abstrata no regular a relação controversa; com referência ao caso concreto decidido, pois, já não seria possível invo-

¹⁴ Conforme CHIOVENDA, *Principii*, p. 900.

car a norma abstrata aplicada, que teria, para o caso particular, cessado de vigorar.¹⁵

Todavia, qualquer que seja a analogia entre essa concepção e o resultado prático, a tese não resiste juridicamente à crítica, porque o caso decidido não cessa de ter como fonte formal, que o regula, a norma abstrata aplicada pelo juiz, mesmo porque, de qualquer modo, a ab-rogação da norma seria inconciliável com o fato de que a sentença vale como aplicação da própria norma.

12. A doutrina italiana, conservando-se afastada dos excessos lógicos da germânica, ressent-se, todavia, também ela, do defeito fundamental de considerar a coisa julgada como efeito da sentença e propriamente como a certeza que ela produz.

Assim, por exemplo, para CHIOVENDA, a coisa julgada consiste “na indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença”.¹⁶ Ora, essa definição contém muito de verdade, mas é enfraquecida pela explicação que dela se dá pouco depois, quando escreve ele que o decurso dos prazos de recurso torna definitiva a sentença e daí provém que “a declaração da vontade da lei, que ela contém, vem a ser indiscutível e obrigatória para o juiz em qualquer processo futuro”.¹⁷ Esta última fórmula limita com efeito a coisa julgada à declaração contida na sentença e a identifica, não só com a indiscutibilidade, mas também com a obrigatoriedade da declaração, ao passo que o que já se disse mostra seguramente como a obrigatoriedade, não da declaração somente, mas também de toda a decisão, é propriamente o efeito da sentença, e como este se produz independentemente da indiscutibilidade e da coisa julgada e não vincula aos juizes mais do que a qualquer outro sujeito.

Substancialmente análoga à explanada anteriormente é a mais recente definição de CHIOVENDA; segundo esta, seria a coisa

¹⁵ BACHMANN, *Das rechtskräftige Zivilurteil als konkrete Rechtsnorm mit beschraenkter Rechtsgeltung*, Mannheim, 1931, *passim*.

¹⁶ *Principii*, p. 906. Que ela é um efeito da sentença, foi afirmado expressamente às pp. 179 e 801.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 911.

ulgada “a afirmação indiscutível e obrigatória para os juizes de todos os processos futuros, de uma vontade concreta da lei, a qual reconhece ou nega um bem da vida a uma das partes”.¹⁸ dai vêm a formar o conceito da coisa julgada o conteúdo da sentença (afirmação de uma vontade da lei), o seu efeito (obrigatoriedade) e por fim uma qualidade deste (indiscutibilidade).

Dão lugar a observações análogas as definições de ALFREDO ROCCO, de REDENTI e de BETTI: fala o primeiro da “eficácia obrigatória da sentença em relação a outro processo”;¹⁹ o segundo, de um vínculo dos órgãos jurisdicionais, que devem ter por verdadeira a maneira como foi regulada a relação pelo julgado²⁰ — concedendo talvez valor excessivo ao caráter de presunção que a coisa julgada recebeu do Código; o terceiro, finalmente, de “força vinculante” e de “valor normativo” do provimento para o juiz de um futuro processo sobre o mesmo objeto.²¹

Denunciam todas essas definições, na mesma falta de perspicácia, a junção de dois elementos heterogêneos confusos e ambiguos num único conceito; de tal modo que a intuição da verdade não se entremostra por causa da tradição inveterada, que não permite distinguir duas coisas bem diversas, como são a eficácia e a autoridade da sentença.

13. Da falta, na sentença moderna, da força criadora do direito, própria do *indicatum* do processo romano clássico, deriva a insuficiência da definição da coisa julgada como “causa de extinção do direito de ação de conhecimento”.²² A autoridade da coisa julgada não impede somente a reprodução da ação, mas

¹⁸ *Istituzioni*, I, p. 341.

¹⁹ ALFREDO ROCCO, *Sentenza Civile*, ps. 36 e 166-167.

²⁰ REDENTI, *Giudizio Civile*, cit., p. 36.

²¹ BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, em *Riv. di Dir. Commerciale*, 1929, I, p. 545. Reza assim a definição: a coisa julgada é a “força vinculante que o provimento jurisdicional produz, quando decide irrevogavelmente acerca da subsistência da pretensão feita valer em juízo. Consiste ela no valor normativo que assume tal decisão, como regra indiscutível para as partes nas relações entre si e como critério obrigatório para o juiz em qualquer processo futuro sobre o mesmo objeto”.

²² Ugo ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, p. 369. *Cfr. acima*, § 1°.

ainda qualquer juízo diferente sobre a mesma relação, embora simplesmente deduzida em processo novo por via meramente prejudicial.

14. Observações semelhantes às já feitas à formulação comum devem ser feitas também à de CARNELUTTI. Prescindindo naturalmente aqui da função que ele dá ao processo de *integrar* a norma da lei, por isso que a transforma em *comando* concreto, e da aproximação que faz da sentença a uma *lex specialis*, convém, antes de tudo, lembrar como resolve o problema da coisa julgada em dois problemas distintos, o da eficácia e o da imutabilidade da sentença: a primeira, que consiste na sua imperatividade, é propriamente a autoridade da coisa julgada (ou, como ainda se diz, a coisa julgada substancial); a segunda é a que comumente se chama coisa julgada formal, e consiste na preclusão dos recursos.²³

Também nessa teoria reaparece a costumada identificação entre coisa julgada e eficácia da sentença, e isso é no seu sistema ainda menos justificado, pelo fato já lembrado de que CARNELUTTI sustenta (e com razão) que a sentença é eficaz ainda antes de ser imutável e embora sujeita a recurso.²⁴ E de fato, levado pela lógica de suas premissas, conclui que "julgado material e julgado formal não são duas faces, mas duas fases do julgado, de modo que a imperatividade se pode ter sem a imutabilidade e antes desta",²⁵ o que quer dizer, em outras palavras, que a autoridade da coisa julgada subsistiria sem a passagem em julgado da sentença: resultado paradoxal que se resolve em contradição nos termos.

A verdade é que nessa teoria se dilui e desaparece simplesmente a noção da autoridade da coisa julgada: ela não pode consistir realmente na imperatividade da sentença, que é a sua efi-

²³ Lezioni, cit., IV, n. 381 e 393; *Funzione del processo del lavoro* (Riv. di Dir. Proc. Civile, 1930, I, p. 109), n. 12 e segs. v

²⁴ Op. cit., n. 311. Cfr., acima, n. 8.

²⁵ *Funzione*, n. 15.

^v *Sistema*, I, p. 270 e seg.

cácia natural e constante, independente da sua *definitividade* e própria da decisão judicial, na sua qualidade de ato ditado pela autoridade do Estado, se bem que sujeito a ser reformado, mudado e contraditado por outro ato da mesma autoridade. Tanto é verdade que, se a sentença é certamente imperativa, ainda quando está sujeita a reforma, isso não impede, porém, que em tal hipótese outra sentença possa, de fato — malgrado o obstáculo da litispendência —, decidir de modo diferente, sem incorrer por isso na violação da coisa julgada; e, de fato, a lei considera violação da coisa julgada, e por conseqüência motivo de revogação ou de cassação, somente a contrariedade da sentença "a uma outra sentença precedente passada em julgado" (arts. 494, n. 5, e 517, n. 8, do Cód. de Proc. Civil italiano). A autoridade da coisa julgada, porém, não consiste tampouco na imutabilidade da sentença, a qual significa somente preclusão dos recursos,²⁶ isto é, "proibição a qualquer juiz de instância superior de decidir a lide já decidida";²⁷ e protege, conseqüentemente, a sentença na sua existência meramente formal de ato, que ela torna não mais recorível no decurso do mesmo processo, diante de um juiz de instância superior, e por isso não mais exposto ao perigo de ser anulado ou reformado.

Ambas essas noções, suscetíveis, de resto, de se encontrar em maior ou menor medida em todos os atos do Estado, escapam ao verdadeiro problema da coisa julgada, característico e único da atividade jurisdicional: o de que possa um outro ato da mesma autoridade reexaminar o caso já decidido e julgar de modo diferente, sem infirmar assim a validade do ato precedente, mas criando um conflito entre as duas decisões, com todos os bem conhecidos inconvenientes que daí promanam.

Os escritores considerados nos números precedentes definem a autoridade da coisa julgada como a eficácia da sentença; define, por sua vez, CARNELUTTI, a eficácia da sentença como a autoridade da coisa julgada; apesar da inversão do caminho lógico e dos termos usados, o erro é sempre o mesmo.

²⁶ Lezioni, IV, n. 393.

²⁷ *Funzione*, n. 14.

Sustenta CARNELUTTI que, quando se tenha alcançado a imutabilidade da sentença, no sentido em que ele a entende, está o problema completamente resolvido, e não dá atenção a que, além da possível pluralidade de sentenças no curso do mesmo processo, a que põe fim o chamado julgado formal (preclusão dos recursos), surge a possível pluralidade de processos sobre o mesmo objeto, que ele deixou de levar em conta.

Deve a autoridade da coisa julgada consistir numa proteção da sentença em sua eficácia jurídica, ainda contra estouro e mais grave perigo.

15. O exame crítico das várias definições, dadas pelos escritores, da autoridade da coisa julgada, facilita agora a tarefa de concluir. ^h

^h O conceito da coisa julgada, que neste capítulo alcança sua exposição principal, foi claramente resumido por GUILHERME ESTELITA, *Da coisa julgada*, Rio de Janeiro, 1936, p. 95 e segs., e foi acolhido por MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1941, ps. 68-69, por PEDRO BATISTA MARTINS nos *Comentários*, cit., vol. III, p. 301 e segs., e por LUÍS MACHADO GUTMARÃES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, ed. *Revista Forense*, vol. IV, p. 21.

Em Portugal, foi em grande parte também aceito pelo Prof. PAULO CUNHA, em seu curso de lições ao 3.º e 4.º anos jurídicos — 1935-1936 e 1936-1937 (como deduzo do artigo que cito a seguir) — e amplamente discutido por ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO, *Caso julgado e preclusão*, em *O Direito*, ano 69, p. 290, e ano 70, p. 98 e segs., 1937-1938, Lisboa.

As objeções que me opuseram, quando este livro foi publicado (1935), respondi no artigo reproduzido neste volume, adiante, às p. 169 e segs.

GUILHERME ESTELITA, embora achando "curiosa" a distinção entre efeitos e qualidades da sentença e "sedutora na sua simplicidade" a sua aplicação ao problema dos terceiros, nega, na essência, que possa assim ser formulada. "Ao que tende o processo" — escreve ele — "é eliminar a incerteza sobre uma relação jurídica. Mas dizer isso, importa afirmar que a imutabilidade da sentença é precisamente o fim último visado pelo processo, pois só através dela é que se eliminará aquela mesma incerteza. Se, portanto, a sentença não serve em última análise a outro objetivo senão ao de fixar a relação jurídica, ao determinar essa fixação, estará ao mesmo tempo produzindo o seu supremo efeito. Assim, como

A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente como um *comando*, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica. Nem se quer com isso resolver aqui o problema geral da natureza volitiva ou intelectual da atividade do juiz, ou da qualidade mais ou menos autônoma do *comando*. A sentença vale como *comando*, pelo menos no sentido de que contém a formulação autoritativa duma vontade de conteúdo imperativo; e basta isso para que se possa falar, ao menos do ponto de vista formal, do *comando* que nasce da sentença.

admitir possa negar a coisa julgada seja um efeito da sentença, quem precisamente na imutabilidade da decisão define a coisa julgada?"

Mas a suposta contradição é inexistente, já que a "imutabilidade" não indica nem pode significar senão uma qualidade. Ser uma coisa imutável é justamente uma qualidade dessa coisa, como ser branca, ou boa, ou durável. Por isso, se o fim do processo é, segundo as próprias palavras de ESTELITA, fixar uma relação jurídica, é a coisa julgada uma qualidade sua, porque consiste no caráter imutável ou indiscutível dessa fixação. Em outros termos, a coisa julgada não exprime um efeito autônomo e sim somente a qualidade de permanecerem os efeitos da sentença imutáveis no tempo. De igual modo, se a finalidade da construção de um arranha-céu ou de uma casa de cimento armado é levantar respectivamente um edifício muito alto ou muito sólido, não são, em rigor, a altura ou a solidez o efeito, mas somente uma qualidade do resultado dessa atividade.

Ora, é de mister considerar que o efeito que a sentença se propõe a produzir, tem uma força vinculante cuja intensidade não se pode em abstrato determinar: é a lei que lha atribui na medida correspondente às finalidades que ela pretende alcançar. Veremos logo que isso se dá de modo diverso conforme os momentos do processo em que a considerarmos. Dei o nome de eficácia natural à da sentença ainda não passada em julgado (e teremos daqui a pouco ocasião de examinar-lhe os caracteres). Ora, a sentença simplesmente eficaz, a já passada em julgado (não recorrível) e a nem mais sujeita à ação rescisória (art. 798 do Cód. de Proc. Civil brasileiro) apresentam graus diversos e crescentes de força vinculante. Todavia, o caráter excepcional da ação rescisória justifica a sua natureza de ação autônoma e permite qualificar-se como passada em julgado (imutável) a sentença já não sujeita aos recursos. Eis por que a coisa julgada se apresenta como qualidade que a lei confere à sentença e à sua eficácia, a fim de conseguir mais ple-

Esse *comando*, na verdade, ainda quando seja eficaz, não só é suscetível de reforma por causa da pluralidade das instâncias e do sistema dos recursos sobre que está o processo construído, mas ainda está exposto ao risco de ser contraditado por outro *comando*, pronunciado também por um órgão do Estado. Verifica-se o mesmo igualmente para todas as formas da atividade do Estado, ressaltando-se, bem entendido, a possível variedade do ordenamento positivo que pode reconhecer, por exemplo, a faculdade de contradizer ao *comando* (e por isso de abrogá-lo), somente ao mesmo poder que o prolatou.

namente o resultado em vista. Eis por que, também, na definição de GUILHERME ESTELITA, da finalidade do processo, se pode e se deve distinguir o efeito da sentença (fixação da relação jurídica litigiosa) da imutabilidade que, em determinado momento, a lei lhe confere (coisa julgada).

Em parte, análogas e, em parte, diversas, são as objeções de ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO. Seu artigo, tão rico de observações perspicazes e sugestivas, demonstra, todavia, mais uma vez, como, no modo de pensar tradicional, se torna difícil a compreensão da idéia, na verdade tão simples, da eficácia natural da sentença. Com efeito, diz ele que o conceito de imutabilidade não é diverso do de incontestabilidade, contido na definição de CHIOVENDA; e sustenta, acercando-se nisto de CARNELUTTI, que a imperatividade da sentença (a qual para ele equivale à coisa julgada) é independente da sua irrecorribilidade e surge imediatamente, logo que se prolata a sentença.

Esta afirmação, porém, é desmentida pelo direito positivo, que faz decorrer a autoridade da coisa julgada da preclusão dos recursos. Qual será, então, a eficácia da sentença ainda não passada em julgado? E, mais geralmente, qual seria a eficácia da sentença, se exigências político-sociais não constrangessem o legislador a impor, com a autoridade da coisa julgada, a *finem controversiarum*? A esta pergunta procurei responder no § 7.º deste livro, sobre que o meu contraditor parece não ter ponderado. O caminho mais simples para entender o que vem a ser coisa julgada, consiste, afinal, em considerar como seriam as coisas, se ela não existisse. Procuremos, então, entender que espécie de eficácia é necessária ao próprio conceito da sentença, supondo que a coisa julgada não existe. Ora, a função que o juiz exerce exige logicamente que a sentença tenha eficácia vinculante.

Essa eficácia, porém, da sentença — assim como a de qualquer ato do Estado — está subordinada à sua conformidade com o direito, que qualquer juiz tem em qualquer momento o poder de apreciar: conse-

Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social — o que já foi lembrado — intervém para evitar esta possibilidade, tornando o *comando* imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão,

qüentemente, qualquer juiz poderá recusar-se a reconhecer a eficácia da sentença cuja injustiça tenha apurado, e por isso decidir o caso concreto diversamente. Mas, se tal é a eficácia natural da sentença, seria o escopo da jurisdição tão-só imperfeitamente alcançado. Por isso, o legislador dá mais um passo e veda toda a apreciação e todo o reexame, quando se torna a sentença definitiva: com a preclusão dos recursos, não só a sentença já não é recorível (a chamada coisa julgada formal), mas os seus efeitos já não são contestáveis, nem por outro juiz, em qualquer processo (a chamada coisa julgada material).

Por isso, a coisa julgada nada mais é que essa indiscutibilidade ou imutabilidade da sentença e dos seus efeitos, aquele atributo que qualifica e potencializa a eficácia que a sentença naturalmente produz, segundo a sua própria essência de ato estatal. Note-se o seguinte: a eficácia natural, cujos caracteres, há pouco, indicamos, não é só uma noção concebível abstratamente; existe também no mundo real, precisamente na sentença ainda sujeita a recurso extraordinário ou revista, que a lei considera executória (art. 808, parág. único, do Cód. de Proc. Civil brasileiro, e art. 882); pode esta disposição estender-se, por analogia, a todos os efeitos da sentença. Veremos mais adiante as aplicações desse conceito ao problema dos terceiros.

Reconstruído assim o meu pensamento, as objeções de ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO se revelam sem fundamento. Mas, continuando em seu estudo, esse escritor, depois de haver rejeitado todas as concepções precedentes da coisa julgada, sustenta que deve ela definir-se como "a supressão definitiva das situações contenciosas" e que é ela propriamente o efeito da sentença de mérito.

Como definição da coisa julgada, a fórmula referida tem, porém, caráter sociológico e não jurídico; tanto é verdade que se concilia com todas as definições da coisa julgada já propostas na doutrina. De fato, indica com certa aproximação a finalidade e o resultado prático do processo, considerados exteriormente, mas não explica, de nenhum modo, como tecnicamente o direito atinge este resultado. O problema jurídico é de fato este e da sua solução dependem importantes consequências práticas, que ANTÔNIO JOSÉ BRANDÃO olvidou completamente.

com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada.

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

A eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido. E essa imutabilidade característica do comando, nos limites em que é disciplinada pela lei, opera, não já em face de determinadas pessoas, mas em face de todos os que no âmbito do ordenamento jurídico têm institucionalmente o mister de estabelecer, de interpretar ou de aplicar a vontade do Estado, não se excluindo o próprio legislador, que não poderá por isso mesmo mudar a norma concreta da relação, a qual vem a ser estabelecida para sempre pela autoridade da coisa julgada.

Não se quer dizer com isso, naturalmente, que a lei não possa de modo expresso modificar o direito também para as relações já decididas com sentença passada em julgado; pode a lei certamente fazer também isso, mas uma disposição sua em tal sentido teria a significação de uma ab-rogação implícita — na medida correspondente — da norma que sancionou o princípio da autoridade da coisa julgada. Isto é, uma lei nova pode excepcionalmente e com norma expressa²⁸ ter, não só eficácia retroativa, mas também aplicação às relações já decididas com sentenças passadas em julgado; isso, porém, não significaria um grau maior de retroatividade, e sim, antes, uma abolição parcial da autoridade da coisa julgada acerca das mesmas senten-

²⁸ COVIELLO, *Manuale di Dir. Civile*, § 36; FERRARA, *Trattato*, p. 273.

cas, cujo comando, perdendo o atributo da imutabilidade, cairia em face das novas regras dispostas pela lei para as relações já decididas.

Por isso, o instituto da coisa julgada pertence ao direito público e mais precisamente ao direito constitucional.

16. Todavia, razões de oportunidade, assim como determinaram a adoção do instituto, também traçam à sua aplicação limites precisos (art. 1.351 do Cód. Civil italiano): limites objetivos que a definição dada há pouco da autoridade da coisa julgada ajuda a entender, visto como é só o comando pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão;²⁹ limites sub-

²⁹ CONCORDES MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., p. 27 e segs., e *passim*; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, §§ 16 e 17; CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, n. 283.

ⁱ A questão dos limites objetivos da coisa julgada é uma das mais controvertidas no direito brasileiro. Resolveu-a, na verdade, há muito tempo, e de modo insuperável, PAULA BATISTA (*Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*, 8.^a ed., São Paulo, 1935, § 185, nota I), quando afirmou que “a autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos”. Significa isso que os motivos da sentença não são objeto da coisa julgada, mas devem ser considerados para entender o verdadeiro e cabal alcance da decisão. Em essência, é análogo o pensamento de JOÃO MENDES (*Direito Judiciário Brasileiro*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, 1940, ps. 485-486), que estende a coisa julgada aos *motivos objetivos*, entendidos, porém, estes como “elementos ou partes constitutivas da relação de direito”, “conteúdo da relação litigiosa”. Critério mais amplo, parece, ao revés, o de JOÃO MONTEIRO (*Teoria do Processo Civil e Comercial*, 5.^a ed., São Paulo, 1936, § 246), para quem “fazem coisa julgada as relações jurídicas que realmente foram controvertidas e julgadas”. Um pouco oscilante entre estas duas tendências, mas exato na conclusão, é AURELIANO GUSMÃO (*Cosa Julgada*, 2.^a ed., São Paulo, 1922, p. 68 e segs.).

Também na interpretação do art. 287, pará. único, do Cód. de Proc. Civil brasileiro, nem sempre é seguro o critério dos comentadores, deixando margem a muitas incertezas na prática: cfr. HEROTIDES DA SILVA LIMA, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, São Paulo, 1940, p. 545; CARVALHO SANTOS, *Código de Processo Civil Interpretado*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1940, p. 142 e segs.; JORGE AMERICANO, *Comentários ao*

Contraditório

jetivos, porque a imutabilidade vale somente entre as partes, isto é, só quando o caso decidido ponha de novo frente a frente as mesmas pessoas que participaram do processo; só elas, com efeito, puderam fazer ouvir e valer as suas razões no processo que se ultimou com o julgado, e é essa possibilidade, que tiveram, que justifica praticamente a necessidade em que se puseram de conformar-se com o resultado alcançado e de já não poderem esperar modificá-lo — ressaltando-se, é claro, os casos

V. para este assunto, amplamente, adiante, § 5.º.

Código de Processo Civil, vol. I, São Paulo, 1941, ps. 608 e 611; PEDRO BATISTA MARTINS. *Comentários*, cit., vol. III, p. 343 e segs.

Na jurisprudência, v. Trib. Ap. de São Paulo, 21 de janeiro de 1941, em *Rev. dos Tribunais*, vol. 134, p. 201; Sup. Trib. Federal, 18 de setembro de 1942, em *Rev. Forense*, vol. 93, p. 295; Trib. Ap. de São Paulo, 16 de janeiro de 1942, em *Rev. dos Tribunais*, vol. 144, p. 267.

Importa realçar que a afirmação freqüente, segundo a qual se estenderia a coisa julgada a todas as questões debatidas e decididas, é duplamente inexata.

Em primeiro lugar, porque se estende também a questões não debatidas nem decididas: se uma questão pudesse ser discutida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende, não obstante, a coisa julgada, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. Por exemplo, o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e foi condenado. Não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. A finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser. Neste sentido dispõe exatamente o parágrafo único do art. 287 do Cód. de Proc. Civil.

Em segundo lugar, pelo contrário, não se abrangem na coisa julgada, ainda que discutidas e decididas, as questões que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, o juiz deverá examinar, como premissa da questão principal (questões prejudiciais em sentido estrito): foram elas conhecidas, mas não decididas, porque sobre elas o juiz não sentenciou, e por isso podem ser julgadas livremente em outro processo, mas para fim diverso do objetivado no processo anterior; e o resultado desse processo deve permanecer intangível, mas para qualquer outro efeito subsistem intactas as questões prejudiciais... Assim, a disposição

excepcionais que abram caminho à revogação da sentença (art. 494 do Cód. de Proc. Civil italiano).¹

17. A natureza publicística da autoridade da coisa julgada justifica que o juiz deva levar em conta, também *ex officio*, a existência de uma sentença precedente passada em julgado, como se deduz ainda do art. 494, n. 5, do Cód. de Proc. Civil italiano. Portanto, a exceção de coisa julgada não é exceção em sentido próprio, o que comumente se admite hoje.^{30 - m}

Ainda resta, porém, que dizer sobre essa exceção, que correntemente se costuma definir pela opinião dominante como

³⁰ CHIOVENDA, *Principii*, p. 914; *Istituzioni*, I, p. 348 (ed. port., p. 528).

¹ Ação rescisória de sentença, art. 798 do Cód. de Proc. Civil brasileiro.

^m Isto é, de que pode a exceção de coisa julgada ser argüida de ofício pelo juiz: PAULA BATISTA, op. cit., § 121, nota 2; AURELIANO DE GUSMÃO, op. cit., p. 11 e segs.; PEDRO BATISTA MARTINS, op. cit., vol. II, p. 247; vol. III, p. 306; e a minha nota em CHIOVENDA, op. cit., vol. I, p. 529. Sup. Trib. Federal, 18 de setembro de 1942, em *Rev. Forense*, vol. 93, p. 295.

do art. 287, parágrafo único, deve aplicar-se com muita cautela (cfr. a minha nota em CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, cit., p. 542).

Por essa razão, ao invés de estabelecer os limites da coisa julgada com fundamento nas questões discutidas, convém lembrar que o que a coisa julgada deve assegurar, é o resultado prático e concreto do processo (ou, em outras palavras, o seu efeito), e nada mais que isso; e é, pelo contrário, irrelevante a amplitude da matéria lógica discutida e examinada. Pode esta ter ultrapassado os limites da questão que foi deduzida no processo como seu objeto, ou pode também ter-se restringido mais do que ela poderia ter comportado, sem que por isso se altere o âmbito em que opera a coisa julgada. E para identificar o *objeto* (sentido técnico) do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão *extra petita*) tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada. Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido *substancial* e não *formalístico*, de modo que abranja não só a fase final da sentença, mas também qualquer outro ponto em

efeito da sentença.³¹ A tese sustentada neste trabalho demonstra que tal não é admissível. Projeta a sentença a sua eficácia jurídica independentemente da passagem em julgado, e confere, por conseguinte, às partes o poder de invocar a sua existência, para que lhe dê o juiz o devido valor — o que não impede, como se notou, de julgar de modo diferente. Só quando tiver a sentença logrado a autoridade da coisa julgada é que a exceção que ela outorga às partes virá a ser reforçada de forma a excluir para sempre todo juízo contrário.

Deve-se, por outra parte, negar absolutamente a existência da chamada *actio iudicati*; a ação executória é um efeito da condenação, isto é, manifestação do efeito sancionatório produzido pela condenação, e a ela se tem de referir a conhecida questão do prazo da prescrição.^{32 - n}

18. Desde a célebre monografia de KELLER,³³ é corrente a afirmação de que a autoridade da coisa julgada já não tem só uma função negativa (consumação da ação), mas também e sobretudo uma positiva, “enquanto obriga o juiz a reconhecer a existência do julgado em todas as suas decisões sobre demandas que pressuponham o julgado”;³⁴ modo de ver, aliás, coerente com toda a doutrina da coisa julgada.

³¹ CHIOVENDA, *Principii*, p. 179, que diz que para este efeito também a sentença de rejeição é constitutiva.

³² Para o conceito de condenação, v. o que escrevi em *Opposizioni*, p. 108 e segs., e *Titolo esecutivo riguardo ai terzi*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1934, I, p. 134 e segs. Para a inexistência da *actio iudicati*, sobrevivência terminológica do direito romano, *Opposizioni*, p. 102.

³³ *Ueber Litis-Contestation und Urteil*, Zurique, 1927, p. 222 e segs.

³⁴ CHIOVENDA, *Principii*, p. 914. Conformes, entre outros muitos, SAVIGNY, *Sistema*, VI, § 281 e segs.; WINDSCHEID, *Pand.*, 9ª ed., § 130, p. 661 e segs.; STEIN-JONAS, em *Komm.*, II, n. 2 ao § 322; HELLWIG, *System*, I, p. 768 e segs.; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, p. 206.

ⁿ V. o meu artigo em *Rev. Forense*, vol. 94, p. 214 e segs.

que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo.

A opinião contrária teve recentemente vigorosos defensores, que sustentam que a coisa julgada não só obriga o juiz a julgar conformemente, como exclui qualquer novo exame e decisão sobre o caso já decidido (*ne bis in idem*), e o vínculo do juiz de não pronunciar em modo contrário seria tão-só a natural consequência da impossibilidade em que se encontra de prolatar uma decisão qualquer sobre o objeto da precedente sentença.³⁵

Assim, a discussão acerca deste ponto se reduz somente a estabelecer a prioridade lógica de uma ou de outra função — o que não surpreende, se se lembrar que também os defensores da função negativa são convictos sequazes da teoria “processualística” da coisa julgada —, com a única consequência prática de verificar se a coisa julgada, excluindo todo reexame do caso julgado, possa conceituar-se como pressuposto processual negativo.

A segunda das opiniões ora lembradas é, sem dúvida, de repelir, segundo o direito positivo italiano, que outorga recurso extraordinário (revogação ou recurso de cassação, conforme o caso) para a proteção da autoridade da coisa julgada somente quando “a sentença for contrária à outra sentença precedente passada em julgado” (arts. 494, n. 5, e 517, n. 8, do Cód. de Proc. Civil italiano), e não, ao invés, quando a sentença, embora tornando a julgar sobre o mesmo objeto, tiver julgado de modo conforme. (por exemplo, ignorando a existência do precedente julgado, ou considerando erroneamente que não se verificaram os extremos da coisa julgada).

Mas, em outro sentido, deve-se dizer que tem a autoridade da coisa julgada função meramente negativa. Se se admitir, com efeito (como procurei demonstrar), que os efeitos que a sentença produz são de todo em todo independentes da coisa julgada, e que esta serve tão-só para torná-los imutáveis, claro é que a sua função é unicamente a de impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença.

³⁵ SCHWARTZ, *Absolute Rechtskraft*, em *Berl-Festgabe Dernburg*, 1900, p. 309 e segs.; BÖTTICHER, op. cit., p. 128 e segs.; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 520; BAUMBACH, *ZPO*, 10ª ed., 1935, n. 2 ao § 322. Quisá ainda SATTI, *Premesse generali*, cit., p. 351, nota.

Tal função positiva, assim chamada, da coisa julgada, com esta nada tem que ver, e é simplesmente a eficácia natural da sentença. (1)

19. Não há, pode-se dizer, discordância entre os escritores sobre o ponto da distinção entre coisa julgada em sentido formal e em sentido substancial (ou material). É a primeira uma qualidade da sentença, quando já não é recorrível por força da preclusão dos recursos; seria, por sua vez, a segunda a sua eficácia específica, e, propriamente, a autoridade da coisa julgada, e estaria condicionada à formação da primeira.

Dessa distinção derivam, aliás, importantes conseqüências, especialmente porque, enquanto todas as sentenças são, sem dúvida, suscetíveis da primeira, conseguiriam, pelo contrário, a segunda somente as sentenças que acolhem ou rejeitam a demanda no mérito.

Se é, porém, exato o ponto de vista sustentado neste trabalho, tem em realidade a própria distinção importância bem menor do que a que comumente se lhe atribui. Realmente, também a coisa julgada substancial não é um efeito da sentença, mas somente aspecto particular daquela qualidade que ela logra, quando se opera a preclusão dos recursos; indica, pois, a coisa julgada formal a imutabilidade da sentença como ato processual, e a coisa julgada substancial indicada a mesma imutabilidade, em relação ao seu conteúdo e mormente aos seus efeitos. *

Esfumam-se assim, quanto à formulação, embora permaneçam de fato, também as conseqüências da distinção. A unidade do conceito impede, sem mais, que os seus dois aspectos se possam cindir e manter-se separados conforme o objeto da sentença. Assim, uma sentença que julgar os pressupostos processuais (por exemplo, competência) ou a admissibilidade de um meio de prova, ou despache em geral sobre o processo, não se pode dizer que logre uma coisa julgada diversa da que acolha ou rejeite a demanda como fundada ou infundada. Verdade é que no primeiro caso tem a sentença efeito meramente inter-

no no processo no qual foi prolatada, e perderá toda a importância com o término do mesmo processo; no segundo, porém, a sentença, decidindo sobre a relação deduzida em juízo, destina-se a projetar a sua eficácia também e sobretudo fora do processo e a sobreviver a este. Mas a diferença está toda no comando contido na sentença e nos seus efeitos, não na coisa julgada, que permanece sempre a mesma. P

20. As considerações até aqui explanadas apresentam desde logo outro e mais grave problema.

O preconceito comum de sustentar que a coisa julgada pode ter por objeto unicamente uma declaração impede que se possa perguntar se a coisa julgada se deve estender também aos proventos dados no processo de execução. Torna-se, pelo contrário, plausível a pergunta, e a resposta deveria ser afirmativa,

P Esse afastamento da distinção sustentada pela doutrina, ou — se se quiser — esse seu superamento, não influi nas conseqüências práticas que ela permitiu pôr em evidência. Permanece certo, ainda que sob uma explicação diferente, que nem todas as decisões finais adquirem, no verdadeiro sentido da palavra, o que se costuma chamar de autoridade da coisa julgada. Esta decorre somente das sentenças que resolvem o mérito da causa, ou, em outras palavras, decidem a lide deduzida no processo; assim expressamente o art. 287 do Cód. de Proc. Civil brasileiro. As decisões que, embora pondo fim ao processo, não lhe resolvem o mérito, tornam-se sem dúvida imutáveis depois de decorridos os prazos para interposição dos recursos; não produzem, porém, a autoridade da coisa julgada (assim CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, ps. 517 e 521; e, com referência às decisões sobre competência, PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários*, cit., vol. II, p. 72, e JORGE AMERICANO, *Comentários*, cit., vol. I, ps. 287 e 616; cfr. também LIEBMAN, em *Rev. dos Tribunais*, vol. 144, p. 713); e isso porque, tendo encerrado o processo por motivo de sua irregularidade ou da invalidade de seus atos, exaurem a sua importância no âmbito do próprio processo em que foram proferidas. A ele pertencem as questões assim decididas e fora dele nem se podem reproduzir. A imutabilidade de tais decisões impede a continuação ou a reabertura, sob qualquer forma, do processo ao qual puseram fim, mas — pela própria natureza de seu conteúdo — não pode vincular o juiz, em novo processo.

quando se tenha por fundamentada a noção da coisa julgada exposta nas páginas precedentes.³⁶

Sendo pacífica a natureza jurisdicional do processo de execução, não se pode deixar de presumir que também os comandos pronunciados pela autoridade judiciária no processo de execução adquirem a imutabilidade característica da autoridade da coisa julgada.

A respeito deles, não se pode, todavia, distinguir, como para o processo de conhecimento, entre provimentos sobre o processo e sobre o mérito: todos eles provêm sobre a ação executória, não para declará-la fundada ou infundada (tema este estranho e logicamente antecedente à execução), mas porque tendem a satisfazê-la progressivamente. Uma distinção que corresponde por sua vez pienamente à feita no número precedente nos indica alguns provimentos que não exaurem os próprios efeitos no curso do processo; antes, influem de vários modos sobre os direitos das partes, modificando-os ou transferindo-os de uma pessoa a outra. A esses se pode, portanto, atribuir a autoridade da coisa julgada, equivalente em tudo à das sentenças que no processo de conhecimento acolhem ou rejeitam a demanda no mérito. Tais, como exemplos, as sentenças de venda de bens do devedor ou as de "assinção de um crédito ao credor exequente".³⁷

Naturalmente, essa conclusão só se pode acolher por quem rejeite a opinião de que o ato de transferência dos bens do devedor tem natureza contratual,³⁷ e sustente, pelo contrário, que há neste o exercício do poder *autoritativo* do órgão jurisdicional³⁸ com o que se exclui também a existência de uma ação de

³⁶ Não me refiro naturalmente às sentenças pronunciadas nos juízos de conhecimento incidentais do processo executivo, pois que não há dúvida de que a eles se estende em todos os seus aspectos a teoria geral da sentença.

³⁷ Como sustentaram (mas com diversa construção) especialmente CIOVENDA, *Saggi*, II, p. 459 e segs., e *Istituzioni*, I, p. 264 e segs. (ed. port., p. 407 e segs.); CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, II, n. 279; GAUDENZI, *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1933, I, p. 81.

³⁸ Respectivamente arrematação e sub-rogação do exequente no direito do executado (art. 938 do Cód. de Proc. Civil brasileiro).

³⁹ MORTARA, *Commentario*, V, ns. 190 e 275; BETTI, *Osservazioni sul progetto*, ecc. cit. (*Ann. di Dir. Comp.*, II, 1928), p. 37, da separata; SATTA, *Riv. di Dir. Proc.*

nulidade proponível contra a sentença de venda, à qual não dá a lei apoio algum.³⁹ As nulidades do procedimento de licitação devem propor-se antes da venda (art. 695 do Cód. de Proc. Civil italiano); aquelas que podem ocorrer nas operações próprias da venda não têm sanção, salvo se forem de tal gravidade que acarretem nulidade absoluta da sentença.

Estão, assim, eliminados todos os motivos que obstam à extensão da autoridade da coisa julgada a tais sentenças; é bem verdade que não há nelas nenhuma "decisão" e que "falta por isso uma coisa julgada que positive a validade das operações da venda".⁴⁰ Mas, como se viu amplamente, isso não é necessário em absoluto para a produção da autoridade da coisa julgada, que significaria também neste caso imutabilidade do efeito produzido pela sentença, isto é, da transferência do bem do devedor ao adjudicatário ou ao assinatário.⁴¹

³⁹ MORTARA, op. cit., n. 276.

⁴⁰ CIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, p. 276 (ed. port., I, p. 424).

⁴¹ A idêntico resultado prático já chegara eu por motivos de oportunidade, em *Opposizioni di merito*, ps. 221, 223 e 249.

Civile, 1931, II, p. 192, e *Rivendita forzata*, Milão, 1933, p. 52 e segs. (e minha resenha em *Riv. di Dir. Commerciale*, 1934, I, p. 159); PUGLIATTI, *Teoria dei trasferimenti coattivi*, Messina, 1931, p. 132 e segs.; GORLA, *Assegnazione giudiziale dei crediti*, Pádua, 1933, n. 108; LITARI, *Tre questioni di diritto processuale esecutivo*, em *Circolo Giuridico*, 1934, p. 6 da separata. r. Cfr. ainda o que escreve MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione*, p. 188 e segs.

⁴² Acrescente-se PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milão, 1935, p. 301, e, no Brasil, PAULA BATISTA, op. cit., § 204, nota; MÁRIO GUIMARÃES DE SOUSA, *Teoria Geral da Arrematação*, Recife, 1940, e em *Rev. Forense*, vol. 86, p. 31 e segs.

⁴³ Sustenta, pelo contrário, como admissível a ação de nulidade PUGLIATTI, op. cit., p. 342. Para o direito brasileiro. v. AMILCAR DE CASTRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. X, Rio de Janeiro, 1942, p. 308.

NOTAS AO § 3.º

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — Para demonstrar que a lei confere efeitos à sentença ainda antes que passe em julgado, LIEBMAN lembra a eficácia executória da sentença sujeita a recurso recebido só no efeito devolutivo, mencionando, para o direito brasileiro, o recurso extraordinário e a revista (aditamento *sub a*). Hoje, abolido pelo estatuto de 1973 o recurso de revista, o art. 587 estabelece ser provisória a execução quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo. E é a lei, caso por caso, que atribui suspensividade aos recursos: via de regra, o agravo de instrumento só tem efeito devolutivo, ressalvadas as hipóteses do art. 558, e a apelação tem efeito suspensivo, salvo nos casos do art. 520. Para o recurso extraordinário, o código tomou posição clara sobre a não-suspensividade (art. 543, § 4.º c/c art. 587), de modo que a regra geral, hoje, é de que recurso extraordinário e agravo de instrumento não suspendem a execução.

2 — A partir das premissas enunciadas no texto, e acolhida a distinção de CARNELUTTI entre imperatividade e imutabilidade da sentença, no n. 9 o Autor estabelece que autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas sim algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los.

Nesse ponto, é de lamentar que o código, que fez questão de definir a coisa julgada,¹ o tenha feito em termos de eficácia

¹ Apesar de referir-se, na Exposição de Motivos (n. 8), ao adágio jurídico *omnis definitio in jure civile periculosa est.* (D. 50.17, 202), o

e não de qualidade, abandonando a redação do Anteprojeto Buzaid.²

Seja como for, existe no Brasil um consenso generalizado a respeito da distinção Liebmaniana entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada,³ havendo opiniões valiosas que levam mais adiante à distinção.⁴

3 — Ao fazer a resenha da doutrina existente à época, nos ns. 9/14, LIEBMAN analisa as teorias processual e material da coisa julgada, sua função negativa e as concepções unitária e dualista do ordenamento jurídico.

No Brasil, a concepção processual da coisa julgada é nitidamente prevalente, como reflexo da teoria dualista do ordenamento jurídico, igualmente dominante.⁵ A coisa julgada, afirma-se, não modifica o direito preexistente — como ocorreria se extinguisse, por exemplo, a obrigação, injustamente desconhecida pela sentença —, mas exaure a sua eficácia na formação de um preceito processual, o qual se sobrepõe ao de direito material (inalterado) e sobre este prevalece.⁶

² Sobre a redação do Anteprojeto e a do Código, ver *retro*, notas ao § 1.º, n. 1.

³ *Retro*, Notas ao § 1.º, n. 1.

⁴ BARBOSA MOREIRA, in *Coisa Julgada e Declaração cit.*, vê, na construção de LIEBMAN, “ainda a coisa julgada conceptualmente presa à rede dos efeitos da sentença, como algo que a eles adere para fazê-los imutáveis”. E, considerando tal “compromisso” insatisfatório — porque os efeitos da sentença não se tornariam imutáveis com o trânsito em julgado, o que se tornaria imutável, ou indiscutível, seria o próprio conteúdo da sentença —, afirma ter faltado a LIEBMAN dar o passo decisivo no sentido de libertar da problemática relativa à eficácia da sentença a teoria da coisa julgada (p. 89).

⁵ Ver *retro*, Notas ao § 2.º, onde também se apontam expressivas divergências (nota 12).

⁶ Ver, por todos, NEVES, *Contribuição*, cit., p. 441 e segs. e p. 505, e GRINOVER, *Direito Processual*, cit., p. 84.

código enfrenta frequentemente o risco de incluir definições no texto legal. Quanto à coisa julgada, a simples idéia de defini-la tem sido objeto de críticas (DINAMARCO, *Direito Processual cit.*, p. 16).

Foi também apontado, entre nós, que as divergências assinaladas pela concepção material e processual da coisa julgada só ocorrem quando se adote posição que vê no instituto uma função positiva, como vínculo dos juízes, que em qualquer processo futuro estariam adstritos a julgar de igual modo.⁷ Mas a doutrina brasileira afirma predominantemente a função negativa da coisa julgada, identificável como o *ne bis in idem*.⁸ Aliás, é o próprio direito positivo pátrio que identifica o julgado civil com o *ne bis in idem*, impedindo a decisão das questões já decididas, relativas à mesma lide, pelo juiz, no *caput* do art. 471, CPC.⁹ E o art. 511 do Anteprojeto Buzaid era ainda mais incisivo, ao dispor, no *caput*, que "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas em *sentença definitiva*, relativas à mesma lide, salvo...".¹⁰

Mais uma vez, assim, o ordenamento brasileiro adota a posição de LIEBMAN quanto à função negativa da coisa julgada, podendo conseqüentemente concluir-se, com o Autor, que a coisa julgada, por si só, "não é nem processual nem material". A denominada função positiva da coisa julgada com esta nada tem a ver, podendo ligar-se, quando muito, à eficácia natural da sentença em ordenamentos como o italiano. Ali, com efeito, como lembra LIEBMAN (n. 18), só se admite recurso extraordinário para a proteção da coisa julgada quando "a sentença for contrária a outra sentença precedente passada em julgado" (art. 494, n. 5, e 517, n. 8, cód. proc. civ. italiano) e não quando a sentença, embora tornando a julgar sobre o mesmo objeto, te-

⁷ NEVES, *Contribuição*, cit., p. 489 e segs.; GRINOVER, *Eficácia e Autoridade*, cit., p. 15 e segs.

⁸ MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1967, vol. V, p. 67; CALMON DE PASSOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1974, vol. III, p. 258; AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio, 1976, vol. IV, p. 489.

⁹ Art. 289, *caput*, do CPC de 1939. Já se notou que o dispositivo diz respeito à coisa julgada material e não à formal: BARBOSA MOREIRA, *Questões Prejudiciais*, cit., p. 65.

¹⁰ Quanto ao *ne bis in idem* no ordenamento processual penal brasileiro, ver nossa *Eficácia e Autoridade*, cit., p. 14 e segs.

nha julgado de modo conforme. Mas no Brasil este último caso também dá margem à ação rescisória, nos termos do art. 485, IV, CPC, sobre o qual a doutrina assim se manifesta: "Haverá ofensa à coisa julgada, quer na hipótese de o novo pronunciamento ser conforme ao primeiro, quer na de ser desconforme: o vínculo não significa que o juiz esteja obrigado a rejulgar a matéria em igual sentido, mas sim que ele está impedido de re-julgá-la."¹¹

Assim sendo, não há por que falar-se, entre nós, em função positiva da coisa julgada ou da eficácia natural da sentença. Daí por que não terem sentido, aqui, as intermináveis controvérsias entre a concepção material e processual da coisa julgada. E até os autores que limitam a autoridade da coisa julgada à declaração afirmam a natureza processual do instituto.¹²

4 — No n. 15, LIEBMAN lança os conceitos nucleares da eficácia da sentença — como comando, plenamente eficaz em virtude da idoneidade natural dos atos estatais — e da autoridade da coisa julgada — como imutabilidade do comando emergente da sentença, ou seja, como qualidade que reveste o ato também em seu conteúdo, tornando imutáveis, além do ato, os seus efeitos.

Já vimos ser hoje essa distinção geralmente aceita, havendo até quem tenha levado a distinção mais adiante de quanto o tenha feito seu próprio Autor.¹³

E por ser só o comando que se torna imutável, a conclusão quanto aos limites objetivos do julgado há coerentemente de ser uma só: exclui-se da coisa julgada a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão. É o que já afirmava a melhor doutrina brasileira, interpretando o art. 287, CPC de 1939, e agora expressamente o direito positivo.¹⁴

¹¹ BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1978, vol. V, n. 78.

¹² NEVES, *Contribuição*, cit., p. 433 e segs., especialmente, p. 442.

¹³ *Retro*, Notas de rodapé 3 e 4.

¹⁴ Ver, *retro*, Notas ao § 1.º, inclusive nota de rodapé n. 10.

5 — Se na vigência do código de 1939, como se afirma no n. 17, já era comumente aceito que a existência da coisa julgada pudesse ser levada em consideração *ex officio* pelo juiz, tratando-se, portanto, de *objeção* e não de *exceção*, malgrado a formulação do código,¹⁵ hoje o assunto é incontroverso: o código vigente explicitamente admite a possibilidade do conhecimento da matéria, *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição, no § 3.º do art. 267. Ademais, a coisa julgada, mesmo a ser alegada pela parte, não vem mais rotulada entre as exceções do art. 304 e segs., CPC, mas sim incluída entre as alegações preliminares à contestação (art. 310, VI, CPC).

6 — A distinção entre coisa julgada formal e material, reestruturada por LIEBMAN no n. 19 com vistas aos conceitos de eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, é acolhida unanimemente na doutrina brasileira contemporânea, que costuma equiparar a coisa julgada formal à preclusão, falando em “preclusão máxima” quando se trata de sentença definitiva. Alguns autores têm até propugnado a supressão do termo “coisa julgada formal”, substituída que ficaria pela preclusão.¹⁶ Na verdade, porém, coisa julgada formal e preclusão são dois fenômenos diversos, na perspectiva da decisão irrecorrível. A preclusão é, subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo;¹⁷ a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-conseqüente.¹⁸

¹⁵ O art. 182, II, incluía a de coisa julgada entre as exceções; e só quanto à incompetência absoluta é que o código permitia expressamente fosse ela argüida “em qualquer tempo ou instância” (art. 182, § 1.º).

¹⁶ Assim, por exemplo, BARBI, *Da Preclusão no Processo Civil*, in *Rev. Forense*, vol. 158, p. 63.

¹⁷ Ver CINTRA, GRINOVER & DINAMARCO, *Teoria Geral* cit., n. 189.

¹⁸ É MACHADO GUIMARÃES, no primoroso estudo sobre Preclusão, Coisa Julgada, Efeito Preclusivo (*Estudos*, cit., p. 9 e segs.), quem fala em coisa julgada formal como situação processual conseqüente à preclusão dos recursos: e esta nada mais é do que o “trânsito em julgado”

Afirma-se, ainda, que só a sentença de mérito é apta a revestir-se de imutabilidade dentro e fora do processo (coisa julgada formal e coisa julgada material); as demais decisões exauram sua imutabilidade no âmbito interno do processo, revestindo-se apenas, pela preclusão, da coisa julgada formal.¹⁹ Elucidativo, nesse ponto, o art. 474 do código processual vigente que, ao tratar do julgamento implícito das questões não discutidas — tradicionalmente reservado ao campo da coisa julgada material —, reporta-se expressamente à sentença de mérito.

7 — Encerra LIEBMAN o capítulo com considerações sobre a coisa julgada no processo de execução (n. 20).

A natureza jurisdicional da execução civil é pacífica, também, entre nós,²⁰ em que pesem terminologias diversas e critérios distintos de classificação, que no entanto não importam em atribuir à execução natureza administrativa.²¹

É igualmente assente que a arrematação não tem natureza contratual, vendo-se no ato de transferência coativa dos bens do devedor o poder autoritativo do Estado a que alude LIEBMAN.²²

¹⁹ Ver, por todos, AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas* (1979) cit., vol. 3.º, p. 48 e segs.

²⁰ CANDIDO DINAMARCO (*Execução Civil*, São Paulo, 1973) dedicou ao tema excelente monografia: ver principalmente ns. 6 e 7.

²¹ Aludimos à construção de CELSO NEVES, já referida, que reserva a denominação “jurisdicional” à atividade cognitiva, falando em “juris-satisfação” para o processo de execução: apesar disto, reconhece o Autor tratar-se, em ambos os casos, de atividade processual típica. *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Forense, vol. VII, p. 96).

²² NEVES, *Da Arrematação de Real a Real*, São Paulo, 1958, p. 93 e segs. e, mais recentemente, *Comentários* cit., p. 86 e segs., principalmente ps. 94/95; THEODORO JÚNIOR, *Processo de Execução*, São Paulo, 1978, Cap. XXI, n. 2; AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas* cit. (1978), vol. 3.º, p. 303 e segs. Aliás, o Código Processual vigente não mais se refere

da decisão. Entre preclusão, ou trânsito em julgado, e coisa julgada há pois uma relação lógica de antecedente-a-conseqüente (e não de causa-e-efeito): p. 14.

E mais: a doutrina brasileira chega a perfilar o entendimento de ZANZUCCHI, no sentido de a arrematação assinalar uma demanda incidental no processo de execução.²³

Assentadas essas premissas, poder-se-ia concluir, com LIEBMAN, pela atribuição da autoridade da coisa julgada à sentença de arrematação, com o que se excluiria a ação de nulidade proponível contra a sentença de transferência coativa?

Não é esse o entendimento da doutrina brasileira. O desfazimento da arrematação, afora os casos expressos do art. 694 do código em vigor — e que se processa nos próprios autos —, pode ser pleiteado em ação própria.²⁴ E não se trata, no caso, de ação rescisória, pela qual se desconstitui a coisa julgada (art. 485, CPC vigente).

Nesse ponto, o direito brasileiro afasta-se do texto: a coisa julgada material é fenômeno específico da sentença de mérito; e o processo de execução não tem sentenças de mérito (salvo, evidentemente, os processos de conhecimento incidentais no processo de execução, como os embargos, onde há sentença e coisa julgada); os comandos pronunciados pela autoridade judiciária no processo de execução não adquirem a imutabilidade característica da autoridade da coisa julgada. No caso de execução não embargada, equipará-se o resultado do processo ao adimplemento: tratando-se de pagamento forçado, a execução não embargada sujeitar-se-ia às regras comuns da validade do pagamento.²⁵

²³ NEVES, *Comentários*, cit., *ibid.* No entanto, vê o Autor na pretensão do licitante uma pretensão à tutela que denomina juris-integrativa, ou seja — na denominação clássica —, de jurisdição voluntária (ps. 95/96).

²⁴ Cf. THEODORO JR., *Processo*, cit., p. 323; AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas* (1979), 3.º vol., n. 931 (p. 321).

²⁵ THEODORO JÚNIOR assim conclui, no Cap. XXVIII (*Execução Forçada e Coisa Julgada*) de seu *Processo de Execução*, cit., ps. 491/2).

à "venda", como o fazia o revogado (art. 964), falando em "transferência" (art. 688).

§ 4.º OS EFEITOS SECUNDÁRIOS DAS SENTENÇAS

SUMÁRIO: 21. Coisa julgada e efeitos secundários. 22. Vontade do juiz e efeitos da sentença. 23. Noção dos efeitos secundários.

21. O tema deste parágrafo ministra desde logo um exemplo para aquilatar da importância dos resultados alcançados nas páginas que precedem.

Nas pegadas de algumas breves proposições de WACH,¹ a doutrina germânica unânime completa o quadro dos efeitos possíveis da sentença, colocando, ao lado dos principais (que ela, como sabemos, identifica, na coisa julgada; na eficácia executória e na constitutiva), outro grupo de efeitos que se manifestariam sobre as relações substanciais privadas das partes ou de terceiros e que seriam causados pela sentença, não em sua função de ato jurisdicional, mas em sua simples qualidade de fato juridicamente relevante; e os indica, por isso, com o termo de efeitos de fato, de efeitos privatísticos secundários ou colaterais da sentença (*Tatbestandswirkungen, privatrechtlichen Nebenwirkungen*), de efeitos reflexos quando se produzem em relação a terceiros (*Reflexwirkungen*), lembrando explicitamente para estes últimos a conhecida doutrina de JHERING sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos em relação a terceiros.² Convém a esse respeito observar que por alguns são relacionados com essa categoria ainda os efeitos que uma sentença produz em refe-

¹ *Handbuch*, p. 626.

² KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre*, p. 34 e segs.; HELLWIG, *Rechtskraft*, cit., p. 21 e segs.; *System*, I, ps. 780 e 802; KUTTNER, *Privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*, Múnaco, 1908, p. 2 e segs.; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, p. 212; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 514.

rência a uma eventual ação de regresso existente contra um terceiro.³

CALAMANDREI,⁴ que foi o primeiro a chamar a atenção para o problema na Itália, sem perder de vista substancialmente esses conceitos, deu-lhes, todavia, formulação um tanto diversa. Relacionados todos os efeitos normais da sentença, que ele denomina *efeitos do julgado*, com a vontade *autoritativa* expressa na sentença, visto que aparecem queridos pelo Estado e determinados na essência e nos limites pelo *comando* formulado pelo juiz, prossegue assim: "Mas nem todos os efeitos jurídicos que a lei atribui à sentença podem relacionar-se com a vontade nela formulada e colocar-se sob o instituto do julgado. As vezes, produz a sentença certos efeitos, não porque o juiz tenha querido que se produzissem ou porque a sua produção tenha constituído objeto, declarado ou implícito, da decisão, mas porque, fora do campo no qual se pode confinar o poder de decisão do juiz, é a sentença considerada pela lei como fato produtor de efeitos jurídicos, preestabelecidos pela própria lei e não dependentes do comando contido na sentença. Poderemos falar nestes casos da sentença como fato jurídico em sentido restrito."

Os resultados das pesquisas feitas nos parágrafos precedentes demonstram desde logo que os efeitos secundários da sentença não se podem contrapor à coisa julgada, que não é efeito da sentença e tampouco à soma dos seus efeitos principais, mas tão-só uma sua (possível) qualidade. Dever-se-á, pois, começar retificando a distinção, pelo confronto dos efeitos secundários com os efeitos principais da sentença que são, conforme o caso, declarativos, constitutivos ou executórios (sancionatórios).

Mesmo depois dessa retificação, todavia, o fundamento em si desta doutrina não persuade.

³ WACH, op. cit., p. 629; HELLWIG, *System*, I, p. 803. Contra, KUTTNER, op. cit., p. 53. Estes casos, porém, nada têm de ver com o problema aqui discorrido, e deles se falará amplamente mais adiante.

⁴ *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1932, I, p. 15, e em *Studi sul processo civile*, III, p. 131. Cfr., além disso, *La natura giuridica delle decisioni della Magistratura del Lavoro e Retroattività della sentenza e ipotesi giudiziale*, em *Studi*, cit., ps. 141 e 193. V., porém, indicação precisa já antes em SESTI, *Intervento adesivo*, p. 113 e segs.

22. As referidas considerações de CALAMANDREI têm o mérito, com referência à doutrina alemã, de dar mais clara justificação da terminologia de *efeitos de fato*, usada também por ela para esses efeitos secundários, visto como apresentam a distinção entre estes últimos e os efeitos principais, distinguindo a sentença como ato jurídico, isto é, como declaração de vontade que produz determinados efeitos, porque são queridos por quem a pronuncia, da sentença não mais nesta sua qualidade, mas como fato material a que liga a lei certas conseqüências jurídicas, cuja verificação não depende da vontade do declarante.

Mas, justamente por isso, ressalta maiormente evidenciado o que parece o ponto fraco da definição dos efeitos secundários, tal como é comumente formulada.

A sentença pode efetivamente considerar-se um ato de vontade só no sentido jurídico; e não no sentido psicológico, isto é, enquanto atribui um *comando* jurídico a um sujeito, e não, ao contrário, enquanto os seus efeitos são mais ou menos livremente determinados pelas suas forças volitivas autônomas. Para justificar a sua doutrina, deveria CALAMANDREI sustentar e demonstrar que a sentença, quando produz os seus efeitos principais, é, não só ato, mas propriamente negócio jurídico; só então seria exato referir-se à vontade do juiz. Na realidade, todos os efeitos da sentença se produzem apenas porque são dispostos pela lei, tanto os secundários quanto os principais. Neste sentido, é exato dizer que são queridos pelo Estado, mas, justamente por isso, se destrói a distinção que se está procurando. E, vice-versa, são eles produzidos pelo fato da prolação da sentença, e de modo completamente independente da efetiva vontade do juiz,⁵ e também isso vale igualmente tanto para uns como para os outros.⁶

⁵ Escreve muito bem BETTI, *Cosa giudicata e ragione*, etc., em *Riv. di Dir. Commerciale*, 1929, I, p. 547: "A decisão é vinculante, não porque queira o órgão vincular as partes, mas porque as partes estão objetivamente sujeitas à competência normativa do órgão."

⁶ Sintemática, a esse respeito, a referência de CALAMANDREI como a um conceito análogo à teoria arquitetada por MORELLI da sentença internacional como fato jurídico (*Sentenza internazionale*, Pádua, 1931, p. 75 e segs.), teoria que é conforme as idéias desenvolvidas no texto, já que para MORELLI a sentença internacional não

Considera, por exemplo, CALAMANDREI efeito secundário da condenação a hipoteca judicial que ela produz: ora, é bem certo que as mais das vezes o autor, ao pedir a condenação, e o juiz, ao decidir, visarão em primeira plana, respectivamente, a conseguir e pronunciar a aplicação da sanção, e pensarão na hipoteca judicial só como num efeito acessório. Num caso determinado, todavia, pode muito bem acontecer que à parte interesse muito mais a hipoteca judicial do que a condenação, porque, por exemplo, já está ela munida de título executório extrajudicial, e pode ainda ocorrer que o juiz esteja plenamente consciente dessa situação de fato, no momento em que pronuncia a sentença.⁷ Mas nem por isso a hipoteca judicial passará a ser efeito principal e a condenação efeito secundário da sentença.

Indubitavelmente, a noção dos efeitos secundários, se admissíveis, deve procurar-se em algum caráter *objetivo* seu.

Há bem pouco tempo, SARTTA, em aguda crítica dirigida à doutrina dos efeitos secundários,⁸ em parte coincidente com as considerações ora desenvolvidas, chegou a resultados completamente negativos. Demonstrou que nos casos aduzidos pelos escritores alemães (ou naqueles análogos que se poderiam aduzir em direito italiano), os chamados efeitos secundários da sentença são antes simplesmente as conseqüências produzidas pelos verdadeiros efeitos da sentença,⁹ de modo que (poder-se-ia dizer) mais que efeitos secundários, são efeitos indiretos, mediatos da sentença; e examinou depois, e negou, os vários exemplos de efeitos secundários indicados por CALAMANDREI.¹⁰

⁷ Lembro a questão que se agitou no passado, na jurisprudência, acerca da admissibilidade da ação de condenação por parte do credor cambiário, e resolvida em sentido afirmativo, precisamente em razão do interesse que tem ele de conseguir o título para a hipoteca judicial.

⁸ *Gli effetti secondari della sentenza*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1934, I, p. 251, publicados quando já estava esta monografia em grande parte escrita.

⁹ Op. cit., p. 257.

¹⁰ Op. cit., p. 259 e segs.

pode considerar-se ato jurídico, visto como falta no ordenamento jurídico internacional um sujeito a quem atribuí-lo; disso provém que deve a sentença valer como fato, pelos seus efeitos principais, na decisão da controvérsia.

Sem o seguir em sua crítica minuciosa e, sem dúvida, aguda, que levaria muito longe o propósito deste trabalho, ocorre, no entanto, salientar que exorbitou talvez no excluir de todo em todo a existência de efeitos secundários da sentença, acerca dos quais as definições que lhe foram dadas até agora, embora inexatas, contêm qualquer coisa de verdadeiro.

23. Produz a sentença, às vezes, ao lado de seus efeitos principais, efeitos secundários, que se distinguem dos primeiros, não por seu caráter exclusivamente privatístico, nem por sua importância menor, porque, não raro, são praticamente os mais relevantes, mas por sua falta absoluta de autonomia; são simplesmente acessórios e conseqüentes aos efeitos principais e ocorrem automaticamente por força de lei, quando se produzem os principais. Não têm por isso os efeitos secundários condições próprias de admissibilidade, que o juiz deva reconhecer e declarar existentes, independentemente das condições dos efeitos principais.

Quando o exame da causa autoriza a prolação da sentença com determinados efeitos (principais), dever-se-ão, só por isso, produzir, e logo se produzirão, também os secundários, os quais, portanto, não deverão ser pedidos pelas partes na demanda judicial, nem estar contidos e indicados na decisão (e por isso é exato dizer que não fazem parte do objeto da sentença);¹¹ e assim como não poderiam ser produzidos separadamente dos principais, não podem, tampouco, ser denegados quando se pronunciam aqueles.

Tem, pois, razão CALAMANDREI em considerar como efeito secundário a hipoteca judicial;¹² e do mesmo ponto de vista

¹¹ Neste sentido é exato o que disse KUTTNER, op. cit., p. 5.

¹² *Appunti sulla sentenza*, cit. em *Studi*, III, p. 133, e *Retroattività*, cit. all. p. 193. Contra, todavia, SARTTA, *Effetti secondari*, p. 262 e segs., porque sustenta que todos os efeitos são entre si independentes e derivam imediatamente da sentença.

ADITAMENTO AO § 4.º

* Exemplos de efeitos secundários no direito brasileiro: direito de inscrever hipoteca judicial (art. 284 do Cód. de Proc. Civil); dissolução

é correta a construção que dá dos efeitos da sentença coletiva da Justiça do Trabalho, a respeito dos membros das categorias.¹³ E, finalmente, se se admitir que a sentença declaratória de falência é o título executório para a execução coletiva, serão seus efeitos secundários a penhora do patrimônio do devedor e os outros que a lei liga a esta.¹⁴

¹³ *Appunti*, cit., p. 137, e *La natura giuridica delle decisioni della Magistratura del Lavoro*, em *Studi*, III, p. 141 e segs. Impõe, todavia, esse argumento a solução de questões gerais que se não podem aqui tratar de passagem. De qualquer modo, tem CALAMANDREI razão em negar (*idem*, p. 144; concorde ROVELLI, *La sentenza della Magistratura del Lavoro*, em *Studi Urbinati*, VI, 1932, p. 16 da separata, não concordando no restante com CALAMANDREI) que os efeitos "normativos" da sentença se podem considerar como extensão da coisa julgada, visto como a demonstração acima explanada no texto, de que a coisa julgada não é um efeito da sentença, põe de lado o problema, a priori.

¹⁴ Por isso mesmo "a penhora do patrimônio do falido não é o objeto da sentença declaratória, mas tão-só um efeito seu" (como escrevi em *Titolo esecutivo riguardo ai terzi*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1934, I, p. 140). Para a opinião que me parece mais exata sobre sentença declaratória de falência, v. ANDRIOLI, *Fero italiano*, 1934, IV, p. 148.

da comunhão de bens, decorrente da sentença que anula o casamento (art. 267, II, do Cód. Civil) ou declara o desquite (art. 267, III, do Cód. Civil); perda do direito a usar o nome do marido, por parte de mulher condenada na ação de desquite (art. 324 do Cód. Civil); preempção do direito de demandar de quem der causa a três absolvições da instância (art. 204 do Cód. de Proc. Civil); haver-se por enunciada a declaração de vontade de quem foi condenado a emití-la (art. 1.008 do Cód. de Proc. Civil).

NOTAS AO § 4.º

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — Assentado que a coisa julgada não é efeito da sentença, sendo seus efeitos, ao contrário, o declaratório, o constitutivo e o sancionatório, LIEBMAN afasta a possibilidade de a estes se contraporem efeitos secundários, como a hipoteca judicial. E, desacolhendo a teoria de SARTTA, tendente a excluir a existência de efeitos secundários da sentença, o Mestre assenta, nesse Capítulo, que os efeitos secundários existem, mas são secundários exatamente por sua falta de autonomia, sendo conseqüentes e acessórios aos efeitos principais. Por isso, não devem eles ser pleiteados pelas partes, nem estar contidos e indicados na decisão: decorrendo automaticamente dos efeitos principais desta.

A doutrina brasileira acolhe pacificamente a tese de LIEBMAN,¹ hoje recebida pelo código vigente: o art. 466, parágrafo único, expressamente indica que "a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária...", numa demonstração patente que não se trata de poder discricionário do juiz, mas de efeito acessório e conseqüente aos efeitos sancionatórios da sentença.

2 — Os exemplos fornecidos por LIEBMAN no Aditamento ao § 4.º, como de efeitos secundários, no direito brasileiro, permanecem intactos.² A eles, a doutrina acrescenta outros. Assim,

¹ Ver, por todos, MARQUES, *Manual*, cit., 3.º vol., n. 673; AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas* (1978) cit., 3.º vol., n. 722.

² Ao art. 284 do código revogado corresponde o art. 466 do código vigente, cujo parágrafo único, acima transcrito, demonstra claramente decorrer automaticamente a hipoteca judiciária do efeito condenatório da sentença; a preempção, regulada na vigência do código anterior pelo art. 204, vem hoje prevista no art. 267, V. c/c 268, parágrafo único, do

afirma JOSÉ FREDERICO MARQUES: "Efeito ainda do julgamento, como fato jurídico, é a sua invocação para provocar-se o incidente de uniformização da jurisprudência, ou para interpor-se recurso extraordinário com base na letra "d" do art. 119, n. III, da Constituição da República. Efeito dessa natureza é também o que decorre da declaração de inconstitucionalidade da lei, quando o Senado suspende a execução da lei declarada inconstitucional, por força do disposto no art. 42, n. VII, da Constituição em vigor."³ MOACYR AMARAL SANTOS dá outros exemplos de efeitos secundários da sentença, no direito brasileiro.⁴

³ MARQUES, *Manual*, cit., p. 222.

⁴ AMARAL SANTOS, *Comentários*, cit., p. 338.

CPC; e o art. 1.006 do estatuto de 1939, atinente à ficção de declaração de vontade de quem foi condenado a emití-la, corresponde hoje ao art. 641, onde mais claramente se vislumbra o efeito da sentença: "condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida."

§ 5.º. LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

SUMÁRIO: 24. Extensão subjetiva da sentença. 25. Partes e terceiros em face da coisa julgada. 26. Teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada. 27. Observações preliminares. 28. SENI. 29. BETTI. 30. Continuação: exame da teoria de BETTI. 31. CARNELUTTI contra BETTI. 32. Exame da teoria de CARNELUTTI.

24. A distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada pode ter, por fim, grande importância para a revisão da doutrina sobre fenômeno muito complexo, o da influência que uma sentença pode exercer relativamente a terceiros.

Estudou-se esse fenômeno até agora unicamente sob o aspecto da maior ou menor possibilidade de ampliar também aos terceiros a autoridade da coisa julgada, dando lugar à teoria dos limites subjetivos da coisa julgada. Não é de estranhar que assim seja. Identificada a coisa julgada com a eficácia da sentença ou, ao menos, com aquela parte dos seus efeitos que pode ter importância maior para os terceiros, cujas relações podem mais ou menos depender da relação controvertida que a sentença declarou, constituiu ou modificou (é bom ter presente que é recentíssima a diferença entre sentença declaratória e constitutiva), é em si plenamente conseqüente a doutrina comum quando, há séculos, vem sustentando quase sem exceção que a extensão aos terceiros dos efeitos da sentença deveria significar, e não poderia deixar de significar, a extensão a terceiros da coisa julgada.

Claro é, pelo contrário, que, segundo o ponto de vista defendido neste trabalho, se cinde o problema em duas questões diversas e distintas: a da eficácia da sentença em relação a terceiros e a da coisa julgada em relação a terceiros.

Haveria a lógica de querer que se discutisse antes a primeira e depois a segunda dessas duas questões. Mas para comodidade de exposição, tratamo-las aqui na ordem inversa, a fim de integrar a teoria da coisa julgada com a determinação dos seus limites subjetivos. Terá isso também a vantagem de permitir logo o exame do estado da doutrina e de preparar o terreno para os desenvolvimentos ulteriores e maiores que se seguirão.

25. O princípio tradicional, segundo o qual se produz a coisa julgada entre as partes e só entre as partes, não pode bastar a exaurir o tema da extensão subjetiva da sentença. Ele permanece muito exato, e está ainda hoje sancionado textualmente pelo direito italiano vigente (art. 1.351 do Cód. Civil),^{*} mas é necessário completá-lo, de certo modo, para dar-se conta de um dado de fato que não adianta negar e muito menos se pode suprimir, isto é, o da coexistência, ao lado da relação jurídica que foi objeto de decisão e sobre a qual incide a coisa julgada, de inúmeras outras relações a ela ligadas de modo variado.

Afirmar que elas são insensíveis à decisão prolatada, pode ser uma solução teoricamente muito simples, mas praticamente inadequada e cheia de inconvenientes, com o defeito de deixar de lado a realidade que faz sentir as suas exigências acima e

ADITAMENTOS AO § 5.º

* Embora não sancionado pela lei vigente (era-o, ao reves, pelas Ordenações, L. III, 81 pr.), o princípio que limita a autoridade da coisa julgada às partes é pacificamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência como "um dos mais sábios princípios da política judiciária" (JOÃO MONTEIRO). Tratadistas e comentadores seguem geralmente os pontos de vista tradicionais. Um exame mais minucioso de alguns casos particulares em GUSMÃO, *Coisa Julgada*, p. 56 e segs. Um estudo das principais correntes da doutrina européia em ESTELITA, op. cit., p. 153 e segs., e em ALBERTO DOS REIS, *Eficácia do caso julgado em relação a terceiros*, Coimbra, 1941, sep. do Boletim da Faculdade de Direito, vol. 17.

O ponto de vista do texto foi acolhido e desenvolvido por PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários*, vol. III, p. 310 e segs.

Sobre todo o tema, v. também adiante, neste volume, p. 186 e segs.

além de qualquer recusa ou proibição, ainda a mais rigorosa. Por outro lado, razões já nomeadas dificilmente teriam permitido alcançar solução diversa da extensão a terceiros da coisa julgada, resultado grave e iníquo em numerosos casos, porque sujeita irremediavelmente os terceiros ao êxito de um processo de que não participaram e que provavelmente ignoravam, fazendo depender a sorte dos seus direitos da atividade desenvolvida em juízo pelas partes.

A doutrina do direito comum, sensibilíssima, também nessa ocasião, às várias e contrastantes exigências práticas, socorreu-se de certos expedientes para integrar o rigoroso princípio afirmado nas fontes *res inter alios iudicata aliis non praeiudicare* (D. 42.1.63; 44.2.1); e — prescindindo, então, da corrente que reconhecia na sentença uma eficácia probatória em relação a terceiros —, esforçou-se em estender a coisa julgada a algumas categorias de terceiros, arquetizando uma hierarquia entre os vários interessados na relação jurídica e admitindo que a sentença pronunciada entre os interessados principais obrigasse também, e igualmente, os que tinham um interesse secundário: *Sententia lata contra unum, quem negotium principaliter tangit, praeiudicat in quandam consequentiam necessariam ei, quem negotium tangit accessorie etiam non citato nec requisito ad processum*¹ (A sentença proferida contra alguém, a quem toca o negócio principalmente, prejudica em certa consequência necessária àquele a quem toca o negócio acessoriamente, embora não citado nem chamado para o processo).

Análogo e praticamente equivalente, devia muito mais tarde lograr inúmeras adesões, mercê ainda da autoridade de SAVIGNY, que dele se fez defensor, o conceito de uma espécie de representação dos interesses do terceiro por obra da parte, como fundamento, em determinados casos, da extensão da coisa julgada ao terceiro; conceito que foi mais tarde especificado por outros na figura da representação *in utilibus*, pela qual poderia o terceiro utilizar-se da sentença de outrem, mas não ser por

¹ DE MARSILIIS, *Tract. de fideiuss.*, n. 349. O mais célebre tratadista da matéria foi ALEXANDRE TARTAGNO em seu comentário à *Lei Saepe* (42, 1, 63). V., para uma síntese satisfatória, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grezen der Rechtskraft*, p. 3 e segs.

ela prejudicado. Hoje, contudo, concorda-se em considerar infeliz e insustentável o recurso à representação, e em afirmar que, em todo o caso, a coisa julgada, nos limites em que se produz, vale *pro et contra* e não *secundum eventum litis*.²

26. Dedicaram-se os escritores modernos, com renovado interesse, ao estudo desse tema atraente, sempre por se resolver e talvez refratário a uma solução teórica geral que nos liberte da casuística minuciosa na qual permanece duvidoso e passível de discussão todo resultado particular. É notável que algumas das tendências recentes signifiquem em parte uma volta às diretrizes que tinham seu primado quando florescia a melhor doutrina do direito comum.

Houve, na verdade, na hodierna literatura germânica, a tentativa de resolver todas as dificuldades com um princípio unitário que tem todo o aspecto de um ovo de Colombo: "quando tenha sido uma sentença prolatada entre os legítimos contraditores" — sustentou WACH³ — "a coisa julgada entre as partes opera, enquanto tal, em relação a todos". Mas essa opinião logrou pouca repercussão e foi depois decididamente repelida de modo quase sumário por toda a doutrina tedesca posterior, como contrária à tradição e ao direito positivo.⁴

Por isso, sem se deter no que já não se pode chamar na própria Alemanha uma controvérsia, é de observar tão-só que a

² Contra a teoria da representação, v. especialmente HELLWIG, *Rechtskraft*, cit., p. 52; CHIOVENDA, *Principii*, p. 922; BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, p. 192 e segs. É também unânime a doutrina moderna em rejeitar a coisa julgada *secundum eventum litis*, afirmando decididamente que os limites de extensão da coisa julgada são independentes do êxito da lide; WACH, *Zur Lehre von der Rechtskraft*, p. 78; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, op. cit., p. 332 e segs.; CHIOVENDA, *Principii*, p. 915; REDENTI, *Giudizio civile*, cit., ps. 14 e 173 e segs.

³ *Rechtskraft*, cit., especialmente as ps. 20, 85 e 116: a ele aderiram MENDELSSOHN-BARTHOLDY, op. cit., *passim*, e em síntese a p. 509, e WEISMANN, *Zivilprozessrecht*, I, p. 245. Com particular rigor sustentou MENDELSSOHN-BARTHOLDY e desenvolveu o conceito da identidade de valor da coisa julgada entre as partes para todos os terceiros, qualquer que seja a posição jurídica em referência à relação decidida.

⁴ FISCHER, *Jherings Jahrbucher*, 40, 1899, p. 151, e outros autores citados em KUTNER, *Nebenwirkungen*, p. 177; ajuntem-se ainda ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 532, e GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, p. 210.

afirmação de WACH conseguiu na Itália eco muito mais extenso, influenciando largamente sobre as principais correntes doutrinárias.

Já ASCOLI e CAMMEO, anotando a CROME,⁵ observavam sucintamente que "a sentença pode ter em relação a terceiros "efeitos reflexos". Mas foi, sobretudo, CHIOVENDA quem recolheu e desenvolveu a afirmação de WACH, não a adotando, porém, sem ponderável limitação, que lhe tira, não só todo exagero, mas também grande parte de sua significação. "Como todo ato jurídico" — diz ele — "tocante às partes entre as quais inter-vém, existe a sentença e vale em relação a todos. Como o contrato entre A e B, assim a sentença entre A e B vale em relação a todos, enquanto for sentença entre A e B. Não convém, pois, estabelecer como princípio geral o de que a sentença prevalece só entre as partes; antes é mister dizer que a sentença não pode prejudicar aos que foram estranhos à lide."⁶ E resume o seu pensamento, com toda a clareza desejável, quando afirma: "Todos somos obrigados a reconhecer o julgado entre as partes; não podemos, porém, ser por ele prejudicados." Não se pode, contudo, dizer que exista esse prejuízo quando é de *mero fato*; por exemplo, o credor não se pode dizer prejudicado pelas sentenças pronunciadas a favor de outros credores, porque os diversos créditos contra um único devedor são em direito plenamente compatíveis entre si. Haveria, pelo contrário, prejuízo jurídico quando a sentença pudesse negar o *direito* dos terceiros estranhos, o que se verificará em todos os casos em que a declaração da existência ou inexistência da relação entre as partes seja com ele incompatível: em tal caso não pode a coisa julgada opor-se a terceiros.⁷

Todos os escritores, que vieram depois, acompanharam a CHIOVENDA pelo mesmo caminho; nem todos, porém, como veremos, se mostraram igualmente prudentes. Expressando com

⁵ *Parte generale del diritto privato francese* (trad. Itál.), p. 482.

⁶ *Principii*, p. 921; e do mesmo modo *Istituzioni*, I, p. 377 e segs. (trad. port., p. 571).

⁷ Op. cit., p. 922. A prescindir dos autores citados em seguida, podem lembrar-se em sentido concorde: RASELLI, *Conceito di status ecc.*, em *Studi Senesi*, 1922-1925, p. 257 da separata; COSTA, *L'intervento coatto a istanza di parte*, em *Studi Sassaresi*, 1933, p. 9 da separata.

outra formulação conceitos análogos, ajuntou REDENTI que a autoridade da coisa julgada tem para os terceiros caráter reflexo.⁹ Estendeu SEGNI notavelmente a categoria desses efeitos reflexos, abrangendo neles tanto os efeitos secundários da sentença, quando dizem respeito a terceiros, quanto a extensão a eles da autoridade do julgado, e afirmando decididamente a identidade de natureza de uns e de outros e a sua pertinência comum àqueles fenômenos de repercussão a que deu JHERING o nome de *efeitos reflexos*.¹⁰ Pintou, por sua vez, BETTI um amplo quadro de todos os possíveis terceiros com relação à sentença e indicou quatro categorias de terceiros acerca dos quais se produz a coisa julgada, ora por via de extensão, ora por via de repercussão.¹⁰

Por fim, CARNELUTTI admitiu rigorosamente que a eficácia reflexa da coisa julgada se comunica a todos os terceiros indistintamente, negando ao fenômeno toda diferença de qualidade, qualquer que seja a relação entre o terceiro e a relação jurídica das partes.¹¹

27. Dessas poucas indicações transparece clara a tendência da hodierna doutrina italiana de estender a terceiros ou a certos terceiros a autoridade da coisa julgada sob a espécie de uma eficácia reflexa, variando as opiniões somente sobre a amplitude em que o fenômeno se deva ter por admissível. As posições pessoalmente assumidas pelos três últimos escritores citados devem considerar-se separadamente: a de SEGNI, porque foi a primeira que procurou dar justificação precisa do conceito e da terminologia dos efeitos reflexos da coisa julgada; a de BETTI, porque é a mais desenvolvida, minuciosa e completa; a de CARNELUTTI, finalmente, porque é a mais audaz de todas e representa a linde mais avançada que a doutrina da coisa julgada já atingiu.

⁹ REDENTI, op. cit., ps. 142-143.

¹⁰ SEGNI, *Intervento adesivo*, Roma, 1919, p. 113 e segs.

¹⁰ BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi*, cit., passim.

¹¹ CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, em *Studi di Dir. Proc.*, I, Pádua, 1925, p. 431 e segs.

No entanto, permitam-se, a modo de premissa, algumas considerações gerais. Não pode, em primeiro lugar, deixar de parecer sintomática a simplicidade da demonstração com que se costuma afirmar preliminarmente a verificação, para os terceiros, de tais efeitos reflexos, que a lei, não só não dispõe nem prevê, mas, antes, parece excluir nitidamente, quando limita rigorosamente às partes a autoridade da coisa julgada. O fato é que se supõe estar em face de um postulado de simples evidência, que basta enunciar para ver acolhido e recebido sem discussão.

Na verdade, a teoria geral dos efeitos reflexos dos fatos jurídicos teve todo o encanto de verdadeira descoberta, quando foi pela primeira vez formulada por JHERING e, antes de demonstrada, imposta com toda a força de uma efficacíssima comparação: também no mundo jurídico, assim como no biológico, se deveria ter como natural e necessário que, quando se produz determinado efeito, se verifiquem involuntariamente fenômenos de repercussão sobre outros pontos da realidade, diversos daqueles sobre os quais agiu diretamente a causa do efeito.

Ora, esse raciocínio, só o tem por legítimo quem alimente concepção naturalística e toda mecânica do mundo jurídico, concepção que, de fato, dominou largo tempo a mente dos juristas. Corresponderá, todavia, ainda as idéias dos nossos dias? É duvidosa a resposta e provavelmente deve ser negativa. O direito tem uma realidade normativa na qual todo efeito se verifica pela causa e do modo como o determina uma norma imperativa, a qual, em seu arbitrio, pode muito bem estatuir, em razão dos seus fins práticos e de suas razões de oportunidade, resultados não de todo conformes à ordem e à lógica da natureza.

As comparações trazidas pelas observações das ciências naturais podem ter utilidade para descrever o fenômeno cuja existência se demonstre juridicamente; não a têm, todavia, para substituir a demonstração que falte.

Não se propõem absolutamente estas considerações excluir sem mais e, *a priori*, a possibilidade dos efeitos reflexos dos fatos

jurídicos, mas tão-só convencer da necessidade de que se justifiquem e demonstrem todas as vezes que se lhes afirme a existência.

Com efeito, não é possível dizer que se tenha feito até agora demonstração persuasiva de que o fato de se produzir a coisa julgada entre as partes — como foi disciplinada pelos artigos 1.350 e 1.351 do Cód. Civil italiano — deva acarretar, em relação a terceiros, efeitos reflexos, em qualquer das significações e das extensões atribuídas a essa palavra.

De mais a mais — e esta é a segunda consideração preliminar que convém ter presente — uma demonstração da existência desses efeitos reflexos da coisa julgada, como foram entendidos pela doutrina e referidos acima, se revela certamente destinada ao insucesso. “Como todo fato jurídico produz, além de seus efeitos diretos, efeitos reflexos, que são a repercussão natural e inevitável dos primeiros, assim também produz a sentença entre as partes a eficácia direta da coisa julgada, a que se ligam efeitos reflexos para os terceiros, obrigados necessariamente a reconhecer a formação da coisa julgada entre as partes.” É esta, em resumo, a síntese do pensamento que é a base de toda essa doutrina.

Ora, parece certo que, não digo o fundamento, mas a própria possibilidade dessa afirmação é decididamente contraditada pela demonstração exposta mais acima (§§ 1.º e 3.º desta monografia), no sentido de que a coisa julgada não é efeito da sentença.

Toda a conceituação, dada até agora, do problema, sofre radicalmente desse erro fundamental. É claro que, se a sentença não produz para as partes o efeito da coisa julgada, não poderá tampouco estender aos terceiros os afirmados efeitos reflexos da coisa julgada. A eficácia da sentença — já se viu — consiste propriamente na emanação de um *comando*, que declara ou modifica as relações jurídicas ou condena o devedor; se se produz essa eficácia também para os terceiros, é coisa que se examinará a seu tempo. A coisa julgada, contudo, assim como não é para as partes um efeito da sentença, a fortiori não pode sê-lo para os terceiros, nem por via direta nem por via reflexa.

28. Dissemos que a doutrina germânica denomina *efeitos reflexos*, os efeitos secundários da sentença que se produzem para os terceiros,¹² e já se lembrou também como, às vezes, ao fazer-lhe a enumeração, foi posta em relevo a importância que teria para os terceiros a decisão dada entre as partes,¹³ advertindo, todavia, que isto não quer dizer extensão da coisa julgada aos terceiros. Mas esta última ressalva parece, na verdade, pouco justificada.

Se se afirma de fato que, em caso de condenação do vendedor pelos vícios da coisa vendida, o terceiro vendedor originário está sujeito por sua vez à declaração dos vícios e por eles responde para com o seu comprador, não se compreende a recusa de ver nisso um caso de extensão da coisa julgada ao terceiro, para preferir enxergar aí um efeito secundário reflexo,¹⁴ visto que a obrigação do terceiro para com o vencido não surge do *fato* da sentença — como deveria a teoria logicamente afirmar e efetivamente afirma —, mas surge dos vícios da coisa vendida que a sentença somente declarou, com eficácia ou sem ela para o terceiro, conforme as várias opiniões. Na Itália, certamente, nunca se fez essa distinção, que parece pouco compreensível; poder-se-á discutir, à vontade, se o terceiro está sujeito àquela declaração e até que ponto. Em caso, porém, de resposta afirmativa e de exclusão de qualquer faculdade, para o terceiro, de discutir, de novo, o ponto decidido, importará em considerar o terceiro sujeito à coisa julgada, qualquer que seja, então, a palavra que se prefira usar e o conceito que se queira adotar para designar e definir tal fenômeno.

Dadas essas premissas, curto o passo que devia levar a romper com essas contemporizações e escrúpulos e a abranger francamente a extensão do julgado ao terceiro na categoria dos efeitos secundários (reflexos) da sentença. Isso precisamente, fê-lo SEGNI, em algumas páginas densas e, sem dúvida, sugestivas.

De fato, distingue ele, seguindo a JHERING, os efeitos diretos e os efeitos reflexos dos fatos jurídicos; indica na coisa jul-

¹² V. acima, n. 21.

¹³ V. acima, n. 21, em conexão com a nota 3.

¹⁴ HELLWIG, *Rechtskraft*, p. 32.

gada para as partes os efeitos diretos da sentença, e deles distingue os reflexos para os terceiros: "já que" — escreve — "para os terceiros não há concessão de tutela jurídica, visto como, enquanto a absoluta irrevocabilidade da decisão em face das partes tem o escopo de fazer atuar a garantia concedida pelo direito às partes acerca de um bem, não tem a irrevocabilidade em face de terceiros esse escopo e é simplesmente um efeito daquela entre as partes. Trata-se, pois, de efeito secundário, accidental, não no sentido de que não se manifeste necessariamente enquanto se lhe verificarem as condições, e sim no sentido de que é precisamente accidental, *hipotética* (JHERING) a presença dessas condições. Ao passo que é da natureza e da finalidade da sentença operar o julgado entre as pessoas que participaram do processo, é excepcional e accidental produzirem-se efeitos em relação a terceiros, e isto se determina pela existência de certas condições, como a identidade ou conexão da relação controversa com outras relações; ...o extinguir-se a primeira hipoteca implica tornar-se necessariamente primeira a segunda hipoteca. Mas esse efeito não é finalidade do ato de extinção da primeira hipoteca (JHERING). Analogamente, para com terceiros, trata-se sempre de efeitos que não estão nos fins da sentença...: por isso, entre os efeitos reflexos está também a extensão do julgado."¹⁵

Relembrando o que se referiu acima acerca da doutrina dos efeitos secundários,¹⁶ é claro que SEGNI a aplicou rigorosamente aos casos de extensão da coisa julgada a terceiros e justificou precisamente daquele modo a terminologia de *efeitos reflexos*.

Com isto se mostra que não é possível acolher essa opinião, porque encerra um círculo vicioso. A coisa julgada está, na verdade, limitada às partes por norma precisa de lei; mas, pelas razões amplamente expostas, não é efeito, nem direto nem reflexo, da sentença, mas tão-só uma qualidade dos seus efeitos; que estes efeitos, por sua vez, tal como são em concreto, segundo a natureza e o tipo de sentença que se considere, estejam

¹⁵ *Intervento adesivo*, ps. 113-114.

¹⁶ *Acima*, § 4º.

essencial e conceitualmente limitados às partes, é o que se deve demonstrar e não dar por demonstrado. Tampouco parece que essa demonstração seja possível: não só é verdade que as partes, ao pedir uma sentença, podem ter em mira propriamente os efeitos que ela tiver contra um terceiro,¹⁷ o que poderia fazer concluir que o efeito contra o terceiro seja o direto e principal, como, na realidade, o círculo de relações e de pessoas em que operará o comando contido numa sentença não pode ser e não é preventivamente determinado em abstrato, mas dependerá do uso que em concreto fizerem as partes da sentença, e da qualidade e do número das controvérsias que poderão surgir no futuro, e terá por condição certo modo de ser das relações jurídicas, o nexa e o grau de ligações entre elas existentes. A sentença destina-se a operar, e operará, sobre todas as relações e sobre todas as pessoas que se encontrem em sua esfera de influência. Não é, todavia, este o momento de determiná-la, mas só de afirmar que não é possível decompô-la em zonas distintas e diversamente graduadas. Todos os efeitos que uma sentença produzir sobre partes ou (enquanto for possível) sobre terceiros, produzem-se sempre e unicamente porque quer a lei que se verifiquem, e parece sem base teórica e sem significação prática toda tentativa de instituir uma gradação, em vista dos destinatários que deles se ressintam, na série de efeitos abstratamente ilimitada que pode a sentença ter. Neles, para sermos mais precisos, todo efeito que a sentença produzir, tomado em si e separadamente, permanece o único e sempre o mesmo, qualquer que seja o número das pessoas que lhes sofram as consequências.¹⁸ Não existe, por exemplo, uma declaração para as partes e outra para os terceiros (enquanto for admissível), mas um só ato, que produz determinado efeito declaratório único em sua natureza e em sua essência, quer quando se produz para as partes, quer quando se produz para os terceiros.

Isso é verdadeiro, tanto se se tiver em vista o conceito da sentença, como se se considerar praticamente o ato da sua pro-

¹⁷ MENDELSSOHN-BARTHOLDY, op. cit., p. 410.

¹⁸ Cfr., *acima*, n. 9.

lação: no momento em que a sentença é pronunciada, nem as partes nem o órgão jurisdicional sabem (e não interessa que o saibam) em quais e em quantos processos, nem a respeito de que pessoas poderá ela ser invocada. Operará em todos os casos nos quais um magistrado (ou ainda outro órgão do Estado) for chamado a pronunciar-se "sobre o que formou o objeto da sentença" (art. 1.351 do Cód. Civil italiano), quer constitua ainda o objeto do novo juízo, quer se apresente como questão prejudicial, quer as partes sejam as mesmas, quer (nos limites em que o for possível) sejam diversas.

O exame da doutrina de SEGNI, que mais que todos se esforçou para explicar a distinção entre efeitos diretos e reflexos da sentença, demonstra que nada justifica essa distinção. Note-se: não é mera questão de palavras o que se quer fazer aqui. Sem dúvida, é possível denominar de modo diverso os efeitos da sentença, consoante se produzam para as partes do processo ou para terceiros estranhos a este. Convém, todavia, evitar sobretudo que uma diferença de terminologia faça crer em diversidade da substância das coisas, que realmente não existe e que, pelo contrário, poderia ser utilizada (a tentativa não faltou, como se verá) para justificar conseqüências praticamente assaz relevantes.

Quanto a ver se e em que medida se pode admitir a extensão a terceiros dos efeitos da sentença e da autoridade da coisa julgada, é o que se reserva ao exame das páginas seguintes.

MONOGRAFIA

29. BETTI desenvolveu sua doutrina comentando a famosa *Lex Saepe* (D. 42.1.63),¹⁹ com ampla consideração, todavia, da doutrina processualística moderna e na convicção de expor as linhas mestras de uma solução válida também para o direito italiano positivo vigente, tanto que em sucessivos trabalhos a este dedicados retomou e adotou precisamente idêntica solução.²⁰

"Os limites subjetivos da coisa julgada são regidos" — diz ele — "por dois princípios fundamentais. O primeiro, de caráter

negativo, estabelece que a decisão pronunciada entre as partes em causa é juridicamente irrelevante a respeito de terceiros estranhos ao processo, como coisa julgada que se pode a eles referir."²¹

Assume esse princípio dois aspectos diversos, segundo a posição do terceiro em confronto com a relação decidida: a) o terceiro, que é sujeito de relação praticamente compatível com a decisão pronunciada entre as partes, mas pode sofrer em virtude dela um prejuízo de fato, acha-se na condição natural de não poder sofrer por causa da decisão um prejuízo jurídico, e, em conseqüência, não pode desconhecer-lhe a eficácia como coisa julgada entre as partes, ainda que possa lesar um interesse seu não elevado ao grau de direito subietivo (terceiros juridicamente indiferentes); b) o terceiro, que é sujeito de relação praticamente incompatível com a decisão, não deve (precisamente por força do enunciado princípio jurídico) sofrer em conseqüência da sentença aquele prejuízo que ela, por exclusão implícita, tenderia a proporcionar-lhe a direito seu. Esse terceiro pode, por conseqüência, desconhecer legitimamente a eficácia da decisão também como coisa julgada entre as partes, na medida em que seria por ela prejudicado (terceiros juridicamente interessados).²²

Esse princípio, de caráter negativo, é integrado por um segundo, de caráter positivo, por força do qual "a decisão pronunciada entre as partes tem valor também em relação a determinados terceiros, como coisa julgada que se formou entre essas partes".²³ Também esse princípio assume duas formas diversas, conforme se refira: a) a terceiros participantes da relação ou estado deduzido em juízo, e neste caso significa que a coisa julgada, que se formou entre as partes, se comunica àqueles terceiros, cuja posição seja, a respeito daquela relação, subordinada à posição de uma das partes em causa; b) a terceiros estranhos à relação decidida, e neste caso a coisa julgada que

¹⁹ Trattato, p. 8; *Cosa giudicata e ragione*, p. 555 e segs.

²⁰ Trattato, p. 22 e segs.

²¹ Trattato, p. 144 e segs.; *Cosa giudicata e ragione*, p. 556 e segs.

¹⁹ Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano, cit.

²⁰ Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio, em Riv. di Dir. Commerciale, 1929, I, p. 544; expressão "Cosa giudicata", em Enciclopedia Italiana, vol. XI.

se formou entre as partes não pode ser desconhecida por aqueles que são sujeitos de relação diversa, mas praticamente compatível com a decidida.

A subordinação do terceiro à parte, para legitimar a extensão da coisa julgada a esse terceiro, pode nascer das seguintes causas: a) sucessão do terceiro à parte na relação litigiosa, depois que esta se deduziu em juízo; b) substituição processual da parte ao terceiro, por ter deduzido em juízo a sua relação jurídica; c) incindível conexão entre a relação jurídica do terceiro e a relação investida de coisa julgada; d) dependência necessária da relação jurídica do terceiro da relação investida de coisa julgada. Nos dois primeiros casos, a extensão da coisa julgada ao terceiro é direta; nos dois últimos, pelo contrário, reflexa.²⁴

Da combinação dos dois princípios, positivo e negativo, deriva, em resumo, a classificação dos terceiros em três categorias:²⁵

A) terceiros juridicamente indiferentes, estranhos à relação e sujeitos do relação compatível com a decisão; para estes logram aplicação combinada e atenuada ambos os princípios, de tal modo que é a sentença juridicamente irrelevante para eles, mas vale como coisa julgada para outrem, e pode produzir mero prejuízo de fato;

B) terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção de coisa julgada, são os titulares de relação incompatível com a sentença; para estes logra aplicação exclusiva o princípio negativo e, em consequência, podem desconhecer a coisa julgada que se formou entre as partes;

C) terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção de coisa julgada, são os que se encontram subordinados à parte com referência à relação decidida; para estes logra aplicação exclusiva o princípio positivo, e a coisa julgada que se formou entre as partes pode estender-se-lhes como sua própria.

²⁴ Trattato, p. 216 e segs.; Cosa giudicata e ragione, p. 559.

²⁵ Trattato, p. 175.

É mister, porém, distinguir nitidamente — eis a conclusão de BERTI²⁶ — entre terceiros da categoria A e os da categoria C, isto é, entre a sujeição à coisa julgada dos terceiros juridicamente indiferentes e a comunicação da coisa julgada a determinados terceiros juridicamente interessados, cuja posição seja por um dos títulos previstos subordinada à posição da parte. Seria a primeira um efeito reflexo (no sentido de JHERING) que deriva da própria indiferença jurídica daqueles terceiros para a coisa julgada de outrem, do seu completo alheamento à relação decidida. Pelo contrário, os terceiros da categoria C, mediata ou imediatamente participantes da relação decidida, estão interessados na coisa julgada de outrem, porque estão abrangidos na órbita da sua eficácia e nela estão diretamente investidos. O prejuízo que dela recebem é prejuízo legítimo, e a coisa julgada entre as partes se refere a eles como coisa julgada relativamente a eles.

Pressupõe isso, todavia, subordinação do terceiro à parte, subordinação que é determinada pelo direito substantivo e se explica pela própria estrutura da relação jurídica e pelas relações dos vários sujeitos acerca da mesma relação, pelas conexões e interferências entre mais relações jurídicas, em virtude das quais as vicissitudes de uma influem sobre as da outra, isto é, quando, em referência a determinada relação, se encontre o terceiro em situação subordinada relativamente à parte, a esta cabe a legitimação processual exclusiva para aquela relação, e a decisão, intervindo nesta última, é também para o terceiro plenamente vinculante.

30. As linhas um tanto complexas da construção de BERTI, que procurei resumir com a maior brevidade possível, levam à consequência de ser facilmente mal apreendida — não é um perigo, mas uma verificação de fato — no seu efetivo alcance prático. Para entendê-la na verdadeira significação, é necessário considerar de perto os seus resultados, especialmente quando diz respeito à última categoria de terceiros (C, terceiros ju-

²⁶ Trattato, ps. 17, 147, 211 e segs.; Cosa giudicata e ragione, p. 559.

ridicamente interessados sujeitos à exceção de coisa julgada), que é a sua parte verdadeiramente característica.

Com efeito, as duas primeiras causas de subordinação do terceiro que o colocam em tal categoria (sucessão e substituição processual) não dão lugar a dúvidas, sendo comumente admitidas, embora com diversa justificação teórica. Novas são, ao revés, as outras duas causas de subordinação (conexão incindível e dependência necessária).

Mas, examinando os casos que, segundo BETTI, fazem parte desta figura, vê-se que foi muito cauteloso em admiti-los e acabava por acolher ainda aqui resultados que já tinham sido sustentados pela melhor doutrina.

Quanto à categoria A (terceiros juridicamente indiferentes) e ao efeito reflexo da sujeição desses terceiros à coisa julgada de outrem, é este propriamente o ponto de partida de toda a teoria da eficácia reflexa, que se vem examinando no texto, ponto por ponto, e da qual se pode dizer que hoje em dia não é mais contestada por ninguém na Itália.²⁷

Eis por que, no apreciar a doutrina de BETTI, é preciso ter presente que, se pode ela em sua formulação abstrata parecer perigosa a uma apreciação superficial, ou pelo menos tal que revolucione a *communis opinio*,²⁸ na realidade atinge em concreto resultados prudentes e razoáveis, querendo sobretudo — é mérito cuja importância não se procura absolutamente desconhecer, e que aqui se salienta tão-só para facilitar a exata apreciação da posição do autor — enquadrar, em sistematização unitária e sob critério logicamente construído e desenvolvido em suas deduções, todos aqueles casos em que se admite

²⁷ Cfr. acima, no texto, n. 26.

²⁸ Assim foi entendida por COSTA, op. cit., p. 29, que a rejeita porque sustentaria critério muito vasto de extensão da coisa julgada aos terceiros. "A coisa julgada", diz ele, "é um modo de sentir... e não se pode desconhecer que os limites dela se entendem em sentido antes restritivo". Ora, os resultados práticos de BETTI são em conjunto acolhidos por COSTA, em completa conformidade, de resto, com a opinião dominante; e sua referida afirmação é daquelas que dificilmente se prestam à demonstração.

Mas, como se verá, não só COSTA caiu no que me parece um erro de interpretação da doutrina de BETTI, que até agora ninguém ainda tinha bem focalizado.

comunicação da coisa julgada a terceiro, sem que se tivesse dado até agora explicação suficiente das que se inculcavam exceções isoladas dos princípios legislativos sobre os limites subjetivos da coisa julgada.

Mas, agora, é necessário perguntar se subsistem verdadeiramente esses pretensos efeitos reflexos e esses casos em que se comunicaria o julgado ao terceiro: casos e efeitos que se deduzem todos logicamente da já referida afirmação de CHIOVENDA: "Todos são obrigados a reconhecer o julgado entre as partes, mas não podem ser por ele prejudicados."²⁹ Adiantando sinteticamente os resultados desta análise, é mister dizer que me não parece justificada a autorizadíssima doutrina que admite os efeitos reflexos.

Os dois princípios, negativo e positivo, de BETTI parecem-me arbitrários e, embora pudessem eficazmente contribuir para sistematizar os resultados da doutrina, precedente, se fossem exatos, nada ajuntariam para assegurar o seu fundamento jurídico. Na realidade, a coisa julgada que se formou entre as partes não tem nunca e em nenhum sentido valor para os terceiros, ao menos para aqueles que verdadeiramente são tais segundo a teoria geral das partes em juízo.

Quanto ao que diz respeito aos terceiros juridicamente indiferentes e à sua pretensa sujeição à coisa julgada, enquanto formada entre as partes (exemplo típico, o dos credores que, por uma condenação do devedor, soírem prejuízo de fato), são suficientes para excluir a opinião comum as considerações preliminares expostas a propósito do conceito dos efeitos reflexos. Se a sentença tem ou não efeitos para os terceiros, é coisa que será explanada na segunda parte deste trabalho; contudo, a coisa julgada, que não é efeito da sentença, é limitada pela lei às partes, como foi a seu tempo explicado (acima, n. 16).

Nenhuma disposição do Código e nenhum princípio geral foi ou poderia ser legitimamente invocado para apoiar diversa conclusão: nem certamente os arts. 510 e 512 do Cód. de Proc.

²⁹ *Principii*, p. 922; *Istituzioni*, I, p. 378 (trad. port., I, p. 571).

Civil italiano, nem o instituto da oposição de terceiro, os quais nada têm que ver com a coisa julgada, como se demonstrará a tempo. O que aqui se diz virá, de resto, convalidado do modo mais seguro, em continuação deste trabalho.

E eis-nos diante dos casos de subordinação de terceiro, que seria causa de comunicar-se a este a coisa julgada que se formou entre as partes:

a) Como figura primeira, indica-se a da "sucessão do terceiro à parte na relação jurídica já deduzida em juízo".³⁰ É mister distinguir dois casos.

Se se dá a sucessão enquanto pende a lide e é sucessão entre vivos,³¹ doutrina e jurisprudência recentes concordam, não só em admitir a extensão da coisa julgada ao sucessor que fica estranho ao processo, mas também em reconhecer neste caso uma substituição processual do transmitente ao adquirente.³² O caso, pois, faz parte da segunda figura de subordinação, de que se tratará logo.

Embora se dê a sucessão na relação litigiosa, depois que se acha formada a coisa julgada, não há dúvida de que é esta oponível. Mais simples que a de BETTI é a explicação que lhe dá CHIOVENDA, para quem o sucessor seria um terceiro juridicamente indiferente, porque "não pode dizer-se prejudicado pelas sentenças anteriores à sucessão, tocantes a relações de que ele não era ainda sujeito".³³

Ambas as explicações, porém, parecem supérfluas. O sucessor, nesse caso, sofre a coisa julgada simplesmente porque não é um terceiro; sucedendo à parte em relação já decidida, sucede-lhe em idêntica posição jurídica e torna-se titular da rela-

³⁰ BETTI, *Cosa giudicata e ragione*, p. 559.

³¹ Em caso de sucessão *mortis causa*, *nulla quaestio*, porque o herdeiro sucede no processo e se torna parte.

³² CHIOVENDA, *Principii*, ps. 599 e 874, e *Istituzioni*, II, ps. 216 e 474; CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, n. 306; BETTI, *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1926, II, p. 320; PAVANINI, *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1932, II, p. 137; COSTA, *op. cit.*, p. 35. Corte de Cass., 22 de janeiro de 1934, *Massimario Foro italiano*, 1934, p. 38; 21 de julho de 1932, *Foro italiano*, 1933, I, p. 27; Ap. de Roma, 24 de abril de 1934, *Foro italiano*, 1934, I, 1894.

³³ *Principii* p. 922. REDENTI, *op. cit.*, p. 143, afirma, ao revés, que há aqui verdadeira extensão do julgado ao terceiro.

ção, tal como vem configurada pela sentença que interveio anteriormente. Basta evocar aqui as noções gerais sobre o conceito de parte e sobre a identificação das ações e lembrar que "a mudança da pessoa física como sujeito de uma ação não acarreta a consequência de que o direito trate a ação como diversa".³⁴

Que de subordinação do terceiro à parte não se pode nesse caso falar, prova ainda o fato de que a formação da coisa julgada e a sucessão do terceiro na relação se verificam em momentos diversos, e que, por isso, não se apresenta nunca a existência contemporânea da parte e do terceiro em relação à sentença, de maneira que não pode a relação de subordinação nascer, por falta de um dos sujeitos. De fato, quando se forma a coisa julgada, o futuro sucessor é tal somente *in mente Dei*, pois, no momento, é um terceiro estranho como todos os outros indivíduos. Dando-se a sucessão, é, pelo contrário, o terceiro que se torna titular da relação e parte, e o autor desaparece ou se torna, por sua vez, um terceiro estranho.

Por todas estas razões, não é a sucessão uma causa independente de subordinação do terceiro à parte, que justifique a comunicação da coisa julgada.

b) A segunda figura de subordinação, dá-la-ia a substituição processual. Fora de discussão está, na verdade, o fato de que se forma a coisa julgada também em relação ao substituído, mas isso se explica, visto que não é ele verdadeiro terceiro, porquanto, por definição, a atividade exercida pelo substituto processual "tem necessariamente influência e eficácia a respeito do sujeito do direito pelo qual ele litiga".³⁵

Até este ponto, os resultados práticos da opinião dominante, abrangida aqui a de BETTI, mostraram-se exatos, mas é em parte inaceitável a sua formulação teórica e, conseqüentemente, os princípios gerais que dela se quer extrair. Mais profunda se torna a discordância agora e toca ainda às aplicações concretas daqueles princípios. Com efeito:

³⁴ CHIOVENDA, *Principii*, p. 280.

³⁵ CHIOVENDA, *Principii*, p. 597, *ctr.* p. 281.

c) A conexão incidível entre a relação jurídica do terceiro e a relação atingida pela coisa julgada (terceira figura de subordinação, segundo BETTI) encontrar-se-ia "entre os direitos potestativos pertencentes a pessoas diversas em face de situação jurídica que se apresente de caráter indivisível, ou seja, não suscetível senão de ser única em relação a todos, seja no sentido de permanecer, seja no sentido de mudar". Como exemplo típico dessa figura, mostra-se o do art. 163, segunda parte, do Cód. Comercial italiano,³⁶ que concede a todo sócio a impugnação contra as deliberações da sociedade anônima manifestamente contrárias ao ato constitutivo, ao estatuto, à lei. Tais deliberações não podem conservar ou perder o vigor senão perante todos os sócios, de sorte que, em caso de acolhimento da impugnação de um deles, se anula a deliberação para todos, ao passo que, em caso de rejeição, ficaria preclusa a impugnação de todos os outros sócios.³⁷

Mas esta última afirmação é fortemente contestada pela doutrina comercialista,³⁸ sobretudo pelo perigo inerente a essa

³⁶ BETTI, *Diritto processuale civile (corso di lezioni)*, Milão, 1933, p. 811. São raríssimos esses casos, visto como (nota BETTI, *idem*, p. 814) o processo moderno recalcitra em admitir a extensão da coisa julgada ao co-interessado que não esteve em juízo e se inclina antes a fazer necessário o litisconsórcio, exigindo a presença em juízo de todos os co-interessados (Que normalmente não haja extensão de julgado, afirma-o também REDENTI, *op. cit.*, ps. 68-69, em nota). Aliás, são assinalados como casos semelhantes o direito de mais de um interessado de impugnar um ato administrativo perante o Conselho de Estado com atribuições jurisdicionais (CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, p. 324; trad. port., p. 493); o direito de impugnar um casamento segundo o art. 104 do Cód. Civil italiano (COSTA, *op. cit.*, p. 66); o direito de impugnar um atestado de patente (CHIOVENDA, *Principii*, p. 1.309).

³⁷ Também assim CHIOVENDA, *Principii*, ps. 281, 924 e 928; CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, n. 384; COSTA, *op. cit.*, p. 70. Cfr. sobre o tema também REDENTI, *op. cit.*, p. 68, o qual justamente remete caso por caso à intenção da lei.

No mesmo sentido também NAVARRINI, *Società e assoc. commerciali*, n. 423; SOFRANO, *Società comm.*, I, n. 611, mas com motivação inaceitável, porque sustentam que os sócios que não agem são representados pelos administradores; mas não é verdade, à guisa de princípio, que representem os administradores da sociedade anônima os sócios, e não é verdade, em particular, que os sócios inativos queiram resistir à oposição proposta, cuja existência talvez ignorem.

³⁸ VIVANTE, *Trattato*, II, n. 528; SCIALOJA, *Studi di diritto privato*, p. 357, e *Foro italiano*, 1911, I, p. 709; ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, I, p. 342.

Os remédios da intervenção na causa e da oposição de terceiro (CHIOVENDA, *Principii*, p. 281, nota, p. 928, nota) são insuficientes, visto como é possível a intervenção só no caso de ciência da lide, e a oposição de terceiro, *ex vi* do art. 512,

solução, porque o conluio com os administradores do sócio que agiu ou também a sua deficiente defesa bastariam para privar todos os outros sócios de seu direito de impugnação, se se admitisse a extensão, em seu prejuízo, do julgado de rejeição.

Por outro lado, visto como é certo que a anulação não pode ser senão total, CHIOVENDA e outros que seguem a primeira opinião preocupam-se justamente em evitar uma extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, que nunca se pode aceitar, pelo que parece impossível que a sentença tenha em caso de rejeição da impugnação efeitos menos amplos que em caso de procedência.

Não convence, porém, a explicação que se dá desta extensão excepcional dos limites subjetivos da coisa julgada; não se pode dizer de fato que "a identidade da qualidade se substitui aqui à identidade de pessoa",³⁹ porquanto a qualidade de sócio é o título que confere à pessoa a *legitimação* para agir pela anulação, mas todos os que têm esta qualidade são pessoalmente titulares de uma ação própria de impugnação outorgada em seu interesse individual. Por igual motivo, não se pode tampouco dizer⁴⁰ que aja um sócio como substituto processual de todos os outros; e, por fim, a incidível conexão dos direitos dos vários sócios⁴¹ jamais poderá justificar exceção não prevista legalmente na regra do art. 1.351 do Cód. Civil italiano.

Não obstante, resolve-se a questão facilmente,⁴² tendo-se presente, mais uma vez, a distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada. No caso de acolhimento da impugnação de um sócio, é a deliberação anulada para todos, não porque se tenha uma extensão da coisa julgada além dos seus limites subjetivos,

³⁹ CHIOVENDA, *loc. cit.*

⁴⁰ CARNELUTTI, *loc. cit.*

⁴¹ BETTI, *loc. cit.*

⁴² V., para o que se segue, o meu escrito *Azioni concorrenti*, em *Studi in memoria di U. Ratti*, p. 663 e segs. b

b V. adiante, neste volume, p. 217 e seg.

do Cód. de Proc. Civil italiano, pressupõe a prova do dolo ou do conluio; quanto à oposição de terceiro, *ex vi* do art. 510, seria ela impossível, porque (CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 1.014) não compete a quem está sujeito à coisa julgada.

mas tão-só porque o efeito extintivo da sentença não pode ser parcial, por causa da natureza e estrutura incindível do ato impugnado, que só pode permanecer ou cair por completo. Permanece, todavia, objeto do pronunciamento judicial, somente a ação do sócio que propôs a impugnação, de modo que, no caso de rejeição, não tem a sentença outro conteúdo que o de declarar a inexistência da ação proposta, sem prejudicar nem impedir as ações dos outros sócios que não foram deduzidas em juízo. Por isso, não se pode dizer que o julgado de rejeição é contraditado pela anulação, necessariamente total, que outro sócio venha a obter separadamente, porque a ação acolhida em tal caso é outra, embora tendente ao mesmo resultado. Expõe a lei a deliberação da assembléia *ad origine* à possibilidade de ações de impugnação isoladas de todos os sócios. O exercício vitorioso de uma delas atinge o escopo comum a todas as outras e, por isso, as absorve e consome; ao revés, a rejeição de uma não prejudica as outras, que são todas entre si independentes e devem poder todas tentar a sua sorte.

Essa diversidade de conseqüências da sentença, segundo seja de acolhimento ou de rejeição, sobre a vida das outras ações conexas, enquanto não toca à teoria dos limites subjetivos da coisa julgada, é característica e reveladora de uma figura que também no direito moderno merece ser considerada mais do que sói acontecer: o concurso de ações. A pluralidade de ações dos sócios, tendentes à anulação da deliberação da assembléia, apresenta exatamente um caso de ações concorrentes.

d) A quarta figura de subordinação é, consoante BETTI, dada pela dependência necessária entre duas relações jurídicas, entendida, porém, rigorosamente, e, por isso, de modo restrito. Observa ele que, normalmente (em direito moderno, porém, isso é verdadeiro sem exceção), uma relação jurídica pode ser necessária, mas não suficiente para a existência da relação condicionada. E, então, para poder encontrar uma relação de dependência necessária, por força da qual a coisa julgada, que se formou sobre a relação deduzida em juízo, se estenda necessariamente à relação do terceiro, convém distinguir se a sen-

tença contém a declaração positiva ou negativa da relação condicionante; só na hipótese de declaração negativa, a coisa julgada se comunicaria ao terceiro, porque só ela implica necessariamente a inexistência da relação condicionada.

Assim, a declaração positiva da obrigação principal não prevalece em relação ao fiador que permaneceu estranho ao processo, mas a declaração negativa da obrigação principal tem também valimento para ele, porque exclui necessariamente a obrigação fidejussória.⁴³

A solução é ainda conforme a autorizadíssima doutrina;⁴⁴ todavia, ainda assim não parece aceitável, visto como envolve petição de princípio. Realmente, pressuposto da comunicação da coisa julgada ao terceiro seria o nexa da dependência necessária da sua relação à relação condicionante sobre que opera a coisa julgada, mas o nexa de dependência necessária tem relevância para ele enquanto prevaleça a decisão sobre a relação condicionante. Como pode o fiador invocar para a sua própria liberação a sentença que absolve o devedor principal, senão afirmando que ela declara também em relação a ele a inexistência da obrigação principal? Mas essa extensão da coisa julgada ao terceiro, longe de ser a conseqüência da necessária dependência de uma relação alheia é, ao contrário, precisamente a causa do fato de não poder subsistir para o terceiro a relação condicionada, por ter sido declarada a inexistência da condicionante.

Disso se deu conta CHIOVENDA, que apóia seu raciocínio precisamente na afirmação, consoante seu modo de entender, de que a coisa julgada vale para todos como coisa julgada entre as partes; afirmação que, todavia, não se demonstrou nem se poderá demonstrar como verdadeira (cf. acima, n. 27).

Entre a sentença que absolve o devedor principal e a que condena o fiador, haverá contradição lógica, não contradição prática, porque se trata de duas pessoas diversas, titulares de

⁴³ Trattato, ps. 188 e segs. e 288 e segs.; Cosa giudicata e ragione, ps. 559-560.

⁴⁴ BUSATTI, Foro italiano, 1892, I, p. 1.163; CHIOVENDA, Principii, ps. 925-926. Istituzioni, I, p. 381 (trad. port., p. 577); REDENTI, Fideiussione, em Dizionario Prat. Dir. Pri., n. 64.

diversas relações jurídicas; e é pacífico que a lei se não preocupa com o simples conflito lógico ou teórico dos julgados e não o impede.⁴⁵ Contradição lógica não menor haveria, aliás, entre a sentença que condenasse o devedor principal e a que absolvesse o fiador por inexistência da obrigação principal, e, entretanto, tal possibilidade é expressamente admitida por esses escritores. A verdade é que o problema de um caso é idêntico ao do outro — a não ser que se queira admitir a coisa julgada *secundum eventum litis* —, e consiste em saber se uma sentença deve projetar, ainda em relação a um terceiro, as conseqüências que logicamente dela derivam sobre a relação do terceiro, na medida em que é este prejudicado pela relação decidida. A norma que limita às partes a autoridade da coisa julgada significa que a lei resolveu o problema negativamente. Qualquer outra solução é contrária ao direito positivo.

31. A teoria de BETTI recebeu de CARNELUTTI interpretação muito diversa da que lhe foi dada nas páginas que precederam. Encarou-a este último como concordante nos resultados práticos com a sua, e fez somente certas críticas de importância simplesmente teórica sobre algumas das considerações de BETTI.

Na verdade, o alcance prático da tese de CARNELUTTI é muito diverso, afasta-se nitidamente das opiniões até aqui examinadas e liga-se, pelo menos em suas conseqüências, à de MENDELSSOHN-BARTHOLDY, já lembrada.

Procuremos resumi-la em poucas palavras.⁴⁶ Consiste a eficácia direta da coisa julgada no comando concreto contido na sentença acerca da lide decidida e por isso somente em relação às partes da própria lide.

Bem diversa é a eficácia que exerce a sentença acerca de outra lide, quando tiver decidido um pressuposto da segunda lide, quer sejam as partes as mesmas, quer diversas. Essa é a eficácia reflexa da coisa julgada, que não é senão manifesta-

⁴⁵ CHIOVENDA, *Principii*, p. 920, *Istituzioni*, I, p. 376 (trad. port., p. 567); BETTI, *Trattato*, ps. 34, 133 e 169-170.

⁴⁶ CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, em *Studi di Diritto Processuale*, Pádua, 1925, p. 429 e segs., *Lezioni*, IV, ns. 381, 384 e 387.

ção do conhecido fenômeno, estudado por JHERING, dos efeitos reflexos de um fato jurídico; essa manifestação nada teria a ver com a teoria do processo e não seria, na verdade, uma forma de extensão do julgado, mas determinada pela coexistência e conexão das relações jurídicas e regulada unicamente pelas várias normas que governam cada uma das relações e lhe estabelecem os vínculos recíprocos. Por isso, é lícita a afirmação de que a limitação subjetiva do julgado não diz respeito senão à eficácia direta. Quando se tratar, ao revés, de eficácia reflexa, não há nem limitação nem extensão; vale a sentença a respeito de todos, de igual modo. O que é possível, porque "para a consecução dos escopos do processo, isto é, da formação da sentença justa, fia-se a lei no contraditório das partes".

Como se vê, essa teoria, malgrado sua aparente e sedutora simplicidade, deve considerar-se extremista nas conseqüências, com referência a toda a doutrina italiana precedente. Com efeito, embora tome o fio do mesmo conceito da eficácia reflexa dos atos jurídicos, que foi largamente acolhido e utilizado pelos outros escritores, vem a abolir o limite do *prejuízo jurídico*, que CHIOVENDA e outros opuseram, à guisa de princípio, à sujeição dos terceiros à coisa julgada, afirmando, pelo contrário, que a coisa julgada reflete seus efeitos sobre todos os terceiros, sem excluir os que são titulares de direitos incompatíveis com a coisa julgada para eles estranha. Vem assim a sustentar a influência plena da coisa julgada sobre todas as relações logicamente conexas ou dependentes da decidida, quaisquer que sejam os seus titulares. Os poucos exemplos que acompanham a exposição do pensamento do autor confirmam tal interpretação de modo indiscutível.

Mas, atribuindo à categoria dos terceiros subordinados na teoria de BETTI uma compreensão bem maior de que aquela que, com toda a probabilidade, corresponde à intenção do próprio BETTI,⁴⁷ e tal que leve a resultados praticamente iguais

⁴⁷ Valha um exemplo por todos. Escreve CARNELUTTI (*Studi*, cit., p. 445): "Suponhamos o caso da influência do julgado que declara ou exclui a obrigação do devedor principal em relação ao fiador. Este, se me não engano, seria um terceiro interessado da quarta categoria proposta por BETTI; ainda nesse caso, vale a coisa

aos que se extraem da sua teoria, encontrou CARNELUTTI naturalmente, nas formulações de BETTI, complicações e distinções supérfluas. Vale a pena determo-nos um momento ainda neste ponto, porque o fato de ambos os escritores terem razão, segundo seu ponto de vista, confirma a distância real que separa as posições respectivas de cada um deles.

Observa, de fato, CARNELUTTI que não há entre as duas categorias dos terceiros juridicamente indiferentes e dos terceiros juridicamente interessados a profunda diferença afirmada por BETTI, e que, quando é o terceiro na verdade tal, isto é, sujeito de uma relação diversa da atingida pela coisa julgada, "então a eficácia da coisa julgada em relação ao terceiro não se pode produzir senão por via de repercussão, quando a relação jurídica de outrem, declarada ou negada mediante a coisa julgada, reaja de modo diverso sobre a relação jurídica do terceiro".⁴⁸ Vale dizer que em todos os casos em que sofrem os terceiros qualquer influência da coisa julgada de outrem, isso se dá por um fenômeno de "repercussão no sentido jheringiano"; sem razão, pois, teria BETTI limitado o fenômeno aos terceiros juridicamente indiferentes (e imaginado uma construção diversa para os terceiros juridicamente interessados sujeitos à exceção de coisa julgada), porquanto o mecanismo da repercussão é sempre o mesmo, e não é verdade que os terceiros juridicamente indiferentes estejam sujeitos à coisa julgada de outrem por causa da sua *estraneidade* à relação decidida, porque "não é um reconhecimento platônico por parte dos terceiros o que nos interessa. Não se trata para eles de apresentar armas ao julgado de outrem, mas sim de obedecer a ele",⁴⁹ por exemplo, "o

⁴⁸ Loc. cit., cit.

⁴⁹ Op. cit., p. 447.

julgada fomenta como coisa julgada de outrem, formada entre o credor e o devedor; vale porque o débito principal constitui pressuposto da obrigação do fiador." O exemplo repete-se em termos ainda mais claros nas *Lezioni*, IV, n. 387, pr. Ao contrário, como se viu, para BETTI, só há extensão do julgado de outrem quando a existência (ou inexistência) da relação decidida for o único pressuposto para a existência (ou respectivamente a inexistência) da relação dependente, isto é, quando uma é condição não só necessária, mas também suficiente de outra; em outras palavras, na hipótese, só em caso de declaração negativa da obrigação principal.

direito do terceiro credor depende, se não para sua existência, ao menos para a sua exequibilidade, do fato de haver, no patrimônio do devedor, bens suficientes para satisfazê-lo. Por isso, a sentença que reconhece um bem à parte (entenda-se, contra o devedor comum) repercute sobre a relação do terceiro credor".⁵⁰

Ora, essas observações só são possíveis para quem desconheça toda a diferença entre prejuízo de fato e prejuízo de direito que uma sentença pode produzir em relação ao terceiro; somente para quem sustente que "não há senão diferenças de grau de uma situação fundamentalmente única" entre prejuízo meramente econômico que o terceiro recebe da sentença prolatada contra o próprio devedor, diminuindo-lhe a consistência patrimonial, e o prejuízo que sofreria o terceiro, se valesse também contra ele a coisa julgada sobre uma relação que é pressuposto jurídico de seu direito.

Essas observações, com ser plenamente lógicas do ponto de vista de CARNELUTTI, para quem todos os terceiros indistintamente estão sujeitos à coisa julgada reflexa, oriunda da sentença de outrem, não infirmam, porém, a posição de BETTI, que acolhe, a modo de princípio, a noção tradicional do prejuízo jurídico, como limite à indefinida repercussão lógica da coisa julgada sobre terceiros, sujeitando a ela tão-só os que, embora titulares de direito incompatível com a coisa julgada, formada entre as partes, estejam sujeitos juridicamente a uma delas.

De qualquer maneira, basta ter aqui acenado para essa discussão⁵¹ que ilustra eficazmente os respectivos pontos de vista dos dois mais recentes escritores que se ocuparam da matéria; ela não tem razão alguma de ser, se se sustentar que a coisa julgada não tem, em nenhum caso e em nenhum sentido, influência ou repercussão sobre a posição dos terceiros.

⁵⁰ Op. cit., p. 448.

⁵¹ BETTI respondeu em poucas palavras em *Cosa giudicata e ragione*, cit., p. 560, sem por isso entrar no mérito da teoria de CARNELUTTI. O mesmo intento têm as considerações de D'ONORIO, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1926.

32. Todavia, antes de poder enunciar uma decidida afirmação, é mister examinar de perto a teoria de CARNELUTTI, tal qual foi há pouco resumida.

Ora, não padece dúvida que ela tem exatamente o resultado de destruir toda a limitação subjetiva da coisa julgada, à qual atribui a eficácia de pravelecer em relação a todos, vindo, além do mais, diretamente contra expressa disposição do art. 1.351 do Cód. Civil italiano.

PROCUROU CARNELUTTI naturalmente evitar o obstáculo, acenando a distinção entre eficácia *direta* e eficácia *reflexa* da coisa julgada. Mas as palavras não podem encobrir a realidade e não podem deixar passar de contrabando resultado que, além de não ser satisfatório, praticamente — as mais das vezes é perigoso e iníquo — tem o defeito de ser contraditado por um dos mais claros, explícitos e menos discutíveis textos de lei, apoiado ele próprio por imponente, constante e muito firme tradição histórica. Oporemos a CARNELUTTI uma sua imagem brilhante, lembrada pouco mais acima, e diremos que não se trata de apresentar armas ao princípio dos limites subjetivos, mas de obedecer a ele. É difícil crer tenha a lei posto tanto cuidado em limitar a coisa julgada às partes, para admitir depois que ela se imponha aos terceiros por outro modo e sob nome diverso.

De resto, a própria distinção entre as duas formas de eficácia da coisa julgada nos deixa muito perplexos; é ela deduzida da natureza diversa que teria a eficácia da sentença “dentro da lide” e “fora da lide (quer contra os terceiros quer contra as partes)”. “Se não fosse assim” — observa CARNELUTTI⁵² —, “o fenômeno de repercussão por ele postulado levaria a destruir o princípio da limitação dos efeitos do julgado: o que valeria cancelar o art. 1.351 do Cód. Civil. Se, na verdade, valesse a sentença em relação aos chamados *terceiros juridicamente interessados* como *em relação às partes*, já não mais valeria em relação às partes somente, ou... os terceiros seriam partes.”

Mas, se não nos enganamos, a admissibilidade da eficácia reflexa devia ser demonstrada pela sua natureza, diversa da da eficácia direta, e não vice-versa; e sobre essa fundamental pe-

⁵² *Lezioni*, IV, n. 387.

tição de princípio toda a construção desmorona. Não pode certamente um fenômeno reconhecido como contrário à lei tornar-se legítimo por se lhe atribuir nome diverso, embora conduza aos mesmos resultados práticos.

Poder-se-á, no campo da teoria, discutir quanto se quiser sobre o conceito de “lide” e da sua importância no sistema do direito processual, mas deve excluir-se *a priori* a possibilidade de acarretar uma consequência que a lei quis expressamente evitar.

CARNELUTTI irmana logicamente as partes aos terceiros, e sujeita também as primeiras à eficácia reflexa, quando deve a coisa julgada operar sobre uma “lide” diversa da decidida, mas justamente assim demonstra a *contradição* da sua tese com as disposições da lei, que sujeita à coisa julgada as partes e não os terceiros, ainda que se manifeste a respeito de uma “lide” diversa da decidida. Porque o que a lei quis praticamente distinguir não é a eficácia reflexa da direta (conceitos e terminologia que a lei ignora), mas as partes dos terceiros, para sujeitar uns e eximir outros da autoridade da coisa julgada.

Ademais, a tese, amplamente ilustrada nos parágrafos precedentes, segundo a qual a coisa julgada não é efeito da sentença, mas qualidade dela, permite concluir neste ponto que a afirmada noção da eficácia reflexa da coisa julgada não só está por ser demonstrada, mas também não poderia de modo algum justificar-se. A coisa julgada foi, de fato, definida (acima, n. 15) como a imutabilidade do *comando* contido na sentença; ora, não existem formas diversas de imutabilidade. Esta, quando existe, é sempre a mesma coisa e vale de modo idêntico, tanto se se pretende no novo processo obter nova decisão sobre a mesma relação, como se, ao contrário, se discute sobre outra relação dela dependente.⁵³ O que, ao revés, não é para a lei de nenhum modo indiferente é que as partes do novo processo sejam as mesmas ou sejam diversas.

Em segundo lugar, não parece CARNELUTTI muito convincente, tampouco, quando afirma que a limitação subjetiva diz

⁵³ *Cfr.* ainda, acima, n. 28.

respeito só à eficácia direta, ao passo que seria ilimitada a reflexa. Para fundamentar essa afirmação, não basta, com efeito, invocar as relações de conexão e de interferência existentes entre as relações jurídicas substanciais,⁵⁴ porque são elas uma condição *sine qua non* do afirmado fenômeno de repercussão, mas não são nem lhe podem ser a causa.

Assim como o movimento reflexo de um ser vivo seria impossível sem uma ligação entre o órgão que experimenta o estímulo externo e o órgão que executa o movimento, mas continua a ter sua causa no estímulo externo; assim como (para referirmos a metáfora de CARNELUTTI⁵⁵) o eco não se produz sem repercussão das ondas sonoras em determinadas condições de ambiente, mas sempre tem sua causa no som emitido originariamente, assim também determinado modo de ser de uma relação jurídica pode repercutir e refletir-se sobre outra relação jurídica, enquanto entre elas haja certa relação, mas a causa por que não se pode discutir quais são os verdadeiros termos da primeira relação é a coisa julgada que se formou a respeito.

Antes, pois, de considerar "as normas que regem as várias relações e lhes estabelecem os vínculos recíprocos", é mister estudar a sentença, a coisa julgada e a força de irradiação dos seus efeitos, se se quiser saber até que limite se podem produzir.

Ora, seria perfeitamente lógico que a coisa julgada que se formou sobre determinada relação influísse também sobre a decisão de outra relação de que a primeira é um pressuposto; mas, exatamente para evitar essa consequência lógica, intervém a lei com sua proibição, quando for um terceiro o titular da relação dependente. A regra dos limites subjetivos tem precisa e unicamente o escopo de impedir perante terceiros as repercussões lógicas da coisa julgada, porque, se não se tratasse de

⁵⁴ Mais feliz na explicação dos efeitos reflexos é REDENTI, *Giudizio Civile*, p. 37: "uma presunção de verdade tem efeitos para todos aqueles para os quais teria efeitos a realidade a que praticamente se substitui. Mas tais efeitos da realidade a que praticamente se substitui são determinados, por sua vez, pelas relações materiais sobre que vem a operar o provimento." Mas que é, senão precisamente isso, a coisa julgada *erga omnes*? Seria simples e seria verdadeiro, se não houvesse o art. 1.351 do Cód. Civil Italiano.

⁵⁵ *Studi*, p. 444.

consequências lógicas, seria supérflua a disposição especial de lei para evitá-las."⁵⁶ *

Tornar-se-á essa conclusão tanto mais convincente quando se provar que a extensão aos terceiros que o art. 1.351 quis excluir, é, precisamente, e não pode ser outra, a chamada eficácia reflexa. Se se acolher, de fato, por um momento o termo "eficácia direta da coisa julgada", na significação restrita que lhe atribui CARNELUTTI, isto é, para designar somente a que se produz "dentro da lide" e prevalece unicamente para a mesma "lide" decidida, não há dúvida de que uma extensão sua a terceiro não é nem mesmo concebível, porquanto o terceiro, enquanto permaneça tal, não pode ser titular da mesma lide. Por isso, uma norma que ponha limites subjetivos a essa eficácia direta é absolutamente inútil, bastando a regra dos limites objetivos para salvaguardar a posição do terceiro.

A coisa julgada não pode, pois, influir de nenhum modo sobre o terceiro, senão enquanto "prejudique" um pressuposto da relação de que o terceiro é titular, a saber, a modo de eficácia reflexa. O princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, sancionado pelo art. 1.351, não pode, portanto, ter nenhum significado além do de excluir a eficácia reflexa em relação a terceiros. Em suma, aceitando, à guisa de hipótese, a distinção de CARNELUTTI, a conclusão que ele tira deveria, de qualquer modo, vir exatamente invertida: a eficácia direta da coisa julgada não se sujeita a nenhuma limitação subjetiva, e é só pela eficácia reflexa que a lei fixa o limite da identidade das partes.

Para confirmar ulteriormente essas observações é mister referir-se a dois institutos que têm estrita relação com o tema examinado: a intervenção na causa e a oposição de terceiro.

Conhece a lei italiana várias figuras de intervenção forçada, isto é, de chamamento à causa de um terceiro (art. 203 e,

⁵⁶ A quem pretendia tirar da coisa julgada formada entre as partes as deduções lógicas em prejuízo dos terceiros, o velho PASCARONE, *Sposizione Compendiosa*, I, p. 268, replicava: "quem assim raciocina jamais compreendeu o significado da máxima *res inter alios*... Que necessidade haveria da máxima *res inter alios*, senão para advertir que não se teria de deduzir, em prejuízo dos não chamados, a consequência lógica do julgado que se deu entre outros?" De lado a severidade do juízo expresso para com os contraditores, não se pode duvidar de que ele tinha razão.

segundo alguns, também o art. 205 do Cód. de Proc. Civil italiano; arts. 1.497 e 1.582 do Cód. Civil); têm todos estes, ao lado de outros escopos possíveis, o fundamental e comum de estender ao terceiro a coisa julgada que se formará no processo;⁵⁷ e é natural que assim seja, porque o terceiro, tendo podido, como as partes, defender em juízo os próprios interesses e contribuir para a instrução da causa, já não tem razão para desconhecer os resultados do processo. Mas é claro que para esse fim não haveria propriamente necessidade de chamar o terceiro à causa, se fosse verdade que a coisa julgada se estendesse também a ele, sob a forma de eficácia reflexa. Assim, a intervenção forçada do terceiro já não teria razão de ser no sistema do processo italiano.^c

Diversa, mas não menos grave, é a alteração que deveria sofrer a oposição do terceiro, segundo a teoria de CARNELUTTI. O art. 510 do Cód. de Proc. Civil italiano permite ao terceiro levantar oposição à sentença "quando prejudique os seus direitos". Não obstante certa incerteza sobre a significação dessa fórmula, história e sistema da lei, prática e doutrina são unânimes em indicar tal remédio como *facultativo* (diferentemente da oposição revogatória prevista pelo art. 512), no sentido de que pode o terceiro muito bem, ao invés de impugnar a sentença, simplesmente desconhecê-la como terceiro a ela estranho: daí se deduz a regra fundamental de que "só se admite à oposição o terceiro que pode defender o seu direito contra a sentença porque *res inter alios iudicata*",⁵⁸ e de que, ao con-

V. nomeadamente CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, p. 208 (trad. port., vol. II, ps. 335-336). Pode aqui ainda lembrar-se a jurisprudência que nega exatamente que o conhecimento da lide estenda ao terceiro a coisa julgada (nisto diverge o direito moderno do direito romano: D.42.1.63); Corte de Cass., 23 de abril de 1931, *Foro italiano*, Rep., 1931, v. *Cosa giudicata*, n. 20; 7 de abril de 1930, *Foro italiano*, 1930, I, p. 1.117 (nota de LENER). Ap. de Milão, 7 de maio de 1926, *Temilomb.*, 1926, p. 707. A questão não teria razão de ser se o terceiro, de qualquer modo, estivesse sujeito à coisa julgada reflexa.

^c Não conhece o direito brasileiro a figura geral da intervenção forçada e somente algumas figuras particulares (art. 95 e seg., do Cód. de Proc. Civil) que aqui não interessa referir.

⁵⁷ CHIOVENDA, *Principii*, p. 1.014. Esta opinião de larga prevalência hoje em França (TISSIER, *Théorie et pratique de la tierce opposition*, n. 51; AMIGUES, *Tierce*

trário, é dela excluído em todos aqueles casos em que, mais ou menos excepcionalmente, prevalece a sentença também contra ele.⁵⁹ A coisa julgada é intangível, e, em consequência, exclui também a oposição do terceiro.

A consequência lógica da teoria de CARNELUTTI deveria ser, pois, a de não haver nenhum terceiro legitimado a fazer oposição. *

Todavia, sente CARNELUTTI, por fim, a necessidade de socorrer, de qualquer modo, o terceiro, constrangido a sofrer mantido as consequências do processo de que não participou, e lhe outorga o remédio extremo da oposição, ex vi do art. 510, precisamente como meio para eliminar a eficácia reflexa da coisa julgada:⁶⁰ "o terceiro que dele não se socorre, não pode utilmente protestar contra a injustiça da sentença".⁶¹ Mas significaria isso desconhecer totalmente o caráter facultativo que a história e a lei concedem à oposição de terceiro e, portanto, tornar necessário o remédio que se quis outorgar ao terceiro como simples faculdade ulterior, ao lado da que naturalmente lhe compete como pessoa que não participou do processo. Nem se diga que, estendendo ao terceiro a coisa julgada e, ao mesmo tempo, abrindo-lhe a via à oposição, se restabeleceu o equilíbrio, apesar da ofensa à letra e ao espírito da lei, porque uma coisa é, para o terceiro, poder ignorar a sentença, com a certeza de poder sempre, quando se lhe apresente necessidade, defender a própria posição jurídica, sem o obstáculo da coisa julgada, e outra bem diversa, tomar a iniciativa de impugnar a sentença perante o juiz que a pronunciou, quicá sem a garantia do du-

⁵⁹ CHIOVENDA, op. cit., p. 1.012. Cfr. MENDELSSOHN-BARTHOLDY, op. cit., p. 103.

⁶⁰ *Lezioni*, IV, n. 322.

⁶¹ *Studi*, cit., p. 434.

opposition, p. 112; GARSONNET-CEZAR BRU, *Traité*, 3^a ed., VI, p. 894), é pacífica: na Itália pela influência de PESCATORE, *Spostizione Compendiosa*, I, p. 275, e da Exposição de motivos de PISANELLI ("A oposição de que se fala aqui deve outorgar-se como faculdade e não ser imposta como necessidade. Por isso que o direito do terceiro, não sendo diminuído pela sentença proferida *inter alios*, deve gozar de todas as garantias ordinárias, se ao terceiro apraz usar delas").

plo grau de jurisdição, de qualquer modo com ônus, riscos, despesas e incômodos, que essa atividade necessariamente requer.^d

Pode-se, assim, à guisa de conclusão, e, ao mesmo tempo, de preparação do tema que será ventilado no parágrafo seguinte, lembrar a já referida explicação prática que deu CARNELUTTI da sua teoria: "para a consecução dos escopos do processo, a saber, da sentença justa, fia-se a lei do contraditório das partes", e observar que é verdadeira, mas até certo ponto. A lei, justamente, não teve essa ilimitada fé nas partes, não quis confiar a sorte dos direitos dos terceiros à atividade única desenvolvida sem controle pelas partes, e, conseqüentemente, não sujeitou os terceiros à imutabilidade dos efeitos do processo, no que propriamente consiste a autoridade da coisa.

^d Não há no direito brasileiro instituto semelhante à oposição de terceiro do processo francês e italiano. O recurso do terceiro prejudicado (art. 815 do Cód. de Proc. Civil) é o que apresenta a mesma origem histórica e o que mais se lhe aproxima, conservando, no entanto, profundas diferenças. De fato, a oposição do terceiro, ainda que denominada recurso, é, na realidade, uma ação autônoma tendente a impugnar a coisa julgada já formada (CHIOVENDA, *op. cit.*, n. 385), e não está sujeita a prazo para a sua interposição; pelo contrário, o recurso do terceiro prejudicado é um verdadeiro recurso que deve ser proposto dentro de prazo breve e tende a impedir a formação da coisa julgada. V. a nossa nota 1 em CHIOVENDA, *Instituições*, vol. III, § 79.

A ausência de remédio semelhante à oposição de terceiro é, para o direito brasileiro, argumento decisivo contra a aceitação da teoria de CARNELUTTI (e da semelhante a essa, de ALLORIO, *cfr.* p. 155 e segs.) da eficácia reflexa da coisa julgada, porque os terceiros deveriam suportar as conseqüências prejudiciais da sentença prolatada *inter alios*, sem a possibilidade de defender os seus direitos. A faculdade de recorrer da sentença que os prejudica, seria, para este fim, completamente insuficiente, dada a facilidade de que ignorem eles a existência do processo *inter alios*.

Por isso, exige a mais elementar equidade, para o direito brasileiro ainda mais que para o italiano, que se tenha por firme o princípio, segundo o qual a autoridade da coisa julgada vale só para as partes.

NOTAS AO § 5.º

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — Passando a examinar a problemática dos limites subjetivos da coisa julgada, LIEBMAN refere-se à doutrina brasileira, que já se firmava a favor de sua limitação às partes (Aditamento *sub a*). O princípio, que não era sancionado pelo Código então vigente, vem hoje inscrito na primeira parte do art. 472: "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros."¹ Assim, aquilo que já era pacificamente admitido como "um dos mais sábios princípios da política judiciária", é hoje solenemente proclamado pelo direito objetivo.

BARBOSA MOREIRA critica a redação do dispositivo, que ensinaria equívocos, pois os efeitos da sentença são reconhecida-mente capazes de atingir a esfera jurídica de terceiros, como revela o exame sistemático do código.² Quer-nos parecer muito severo o eminente processualista, nesse passo: é que o art. 472 pode ser lido como afirmando que a coisa julgada, restrita às partes, é que não beneficia nem prejudica terceiros: o que é rigorosamente exato.³

¹ Sobre a segunda parte do artigo, que trata da extensão da coisa julgada a terceiros nas causas relativas ao estado das pessoas, ver adiante, neste volume, o artigo "Limites à coisa julgada nas questões de estado".

² BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, *cit.*, n. 100, nota 254.

³ Ao contrário, tem toda a razão o Autor, quando critica, por motivos análogos, o art. 42, § 3.º, CPC (a sentença, proferida entre as partes originárias, estende os seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário), porquanto aqui é incontestavelmente a autoridade da coisa julgada que os alcança: ver, adiante, n. 3.

→ Sua útil comparação entre sist. italiano e brasileiro na monografia?

2 — A partir do n. 25, o Autor faz a resenha das teorias mais expressivas sobre as categorias de terceiros que seriam alcançados pela coisa julgada. A teoria da representação, integral ou apenas *in utilibus*, tem no Brasil relevância meramente histórica.⁴ Mas já a teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada oferece aspectos que merecem ser aprofundados.

Com efeito, embora inaceitáveis quanto à sujeição de certos terceiros à autoridade da coisa julgada, as classificações de CHIOVENDA (n. 26) e de BETTI (n. 29), com relação a esses terceiros, permanecem válidas, como aponta LIEBMAN (§ 7.º, n. 40), e são até hoje acolhidas pela doutrina brasileira.

Em primeiro lugar, reconhecem-se pacificamente o prejuízo de direito e o prejuízo de mero fato como entidades distintas, de conseqüências diversas. A lição é, assim, recebida pela doutrina brasileira e até pelo código vigente (art. 487; II).⁵

Em segundo lugar, acolhe o direito processual pátrio a classificação dos terceiros em terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados; dividindo estes em terceiros que devem reconhecer o julgado e terceiros que não devem reconhecê-lo.⁶

3 — Passemos às causas de subordinação de terceiros apontadas por BETTI e que seriam, em seu entender, idôneas para legitimar a extensão da coisa julgada a terceiros (n. 30). As duas primeiras figuras — a sucessão do terceiro à parte, na relação jurídica já deduzida em juízo, e a substituição processual — não representam extensão da coisa julgada *ultra partes*, porquanto nem o sucessor nem o substituído processual são propriamente terceiros. O primeiro porque, sucedendo à parte,

⁴ AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas* (1979), vol. 3.º, n. 755.

⁵ Ver, por todos, BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., p. 199. Por sua vez, o art. 487, II, CPC, legitima a ação rescisória "o terceiro juridicamente interessado". Sobre a questão, ver, adiante, n. 6.

⁶ BUENO VIDIGAL, *Comentários ao CPC, Rev. Tribs.*, São Paulo, 1974, vol. VI, ps. 178 e segs. e 183 e segs.

se torna titular da relação jurídica;⁷ o segundo porque, por definição, a atividade processual desenvolvida pelo substituto processual tem necessariamente influência e eficácia sobre o substituído.⁸ A argumentação de LIEBMAN é totalmente aceita pela doutrina brasileira.

4 — A terceira figura de subordinação é a conexão incidental entre a relação jurídica do terceiro e a relação atingida pela coisa julgada, em virtude de situação jurídica que se apresente de caráter indivisível, e que deva ser única para todos. Como exemplo típico dessa figura aponta-se a impugnação de deliberação de sociedade anônima por parte de um sócio, e que não poderia ser mantida ou anulada senão perante todos os sócios.

Para LIEBMAN, nesse caso, não se deve falar em extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, sendo que a explicação do fenômeno seria outra: rejeitada a ação que visa à impugnação, não tem a sentença outro conteúdo que não o de declarar a improcedência da ação proposta, ficando livre aos demais sócios a via processual para impugnar a mesma delibera-

⁷ Observa BARBOSA MOREIRA que aqui se trata da relação jurídica litigiosa de direito material, acolmando a LIEBMAN de "ambiguo" (*Comentários*, cit., p. 199, nota 255). Mas, na verdade, é a relação de direito material que o texto se refere quando alude à "relação jurídica já deduzida em juízo" (nota 30).

⁸ CELSO NEVES já escrevia que o caso não passa de substituição subjetiva no plano processual, negando que aí se pudesse falar em extensão da coisa julgada *ultra partes* (*Contribuição*, cit., p. 495). Quanto à substituição processual e à coisa julgada, é da mesma opinião MARIZ DE OLIVEIRA JR., *Substituição Processual*, São Paulo, 1971, ps. 169/170. BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., n. 100, acrescenta: "A *fortiori* fica vinculado o substituído que é ao mesmo tempo sucessor, como o adquirente da coisa ou cessionário do direito litigioso, a quem se estende a *auctoritas rei iudicatae* (e não apenas "os efeitos", conforme se lê no texto legal) da sentença proferida em face do alienante ou cedente, ainda que este permaneça no processo, como parte, após a alienação ou cessão (art. 42 e seus parágrafos)". No mesmo sentido, ver também ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. I, São Paulo, 1975, ps. 441/442. Ver também, *supra*, nota 3.

ção. Já o exercício vitorioso de uma ação por parte de um sócio atingiria o escopo comum a todas as outras, absorvendo-as e consumindo-as, *por falta de interesse de agir* nas eventuais ações sucessivas.⁹

Nesse segundo ponto, a doutrina brasileira não acolhe a justificação do Mestre, porquanto, como observa argutamente BARBOSA MOREIRA, ao segundo sócio poderia exatamente interessar o resultado oposto ao obtido no primeiro processo (por exemplo, a declaração da validade da deliberação, que a primeira sentença declarou nula).¹⁰ Convém lembrar, aliás, que mais recentemente o próprio LIEBMAN tende a rever sua posição no caso de concurso de ações, afirmando que "o estado da doutrina e da jurisprudência não permite indicações seguras sobre a solução dos diversos problemas."¹¹ Mesmo porque importantes inovações legislativas, na Itália, modificaram o panorama anterior.¹²

Para outras considerações, remetemos o leitor aos ensaios específicos sobre a matéria, onde o Mestre trata do assunto *ex professo*, bem como às respectivas Notas relativas ao direito brasileiro.¹³

5 — A quarta figura de subordinação é dada, consoante BETTI, pela dependência necessária entre duas relações jurídi-

⁹ A inexistência do interesse, uma vez que o objetivo comum já teria sido alcançado, refere-se LIEBMAN nos dois ensaios incluídos neste volume: "Ações concorrentes" e "Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato".

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, *Coisa Julgada: Extensão Subjetiva*, in *Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1971, ps. 281 e segs. Sobre a inaplicabilidade da assertiva de LIEBMAN ao processo penal, no concurso de agentes no mesmo crime, ver, de nossa autoria, *Eficácia e autoridade*, cit., p. 35.

¹¹ LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 3.^a ed., vol. III, Milão, 1976, p. 179.

¹² Ver, neste volume, as Notas de nossa autoria ao ensaio "Ações Concorrentes" e "Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato", n. 1.

¹³ "Ações Concorrentes" e "Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato", neste volume.

cas. Nesses casos — cujo exemplo típico é o do litisconsórcio facultativo entre devedor principal e fiador, na ação de cobrança proposta pelo credor — não há litisconsórcio unitário e a decisão não uniforme — embora injusta — não encontra nenhum óbice quanto à sua atuação. Aqui, a doutrina brasileira acolhe pacificamente a posição de LIEBMAN: a autoridade da coisa julgada não se estende *ultra partes*, porque a vinculação entre as várias situações jurídicas individuais é simplesmente lógica, mas não prática.¹⁴

6 — Após diversas considerações tecidas à teoria carneltiana dos efeitos reflexos da coisa julgada (ns. 31 e 32), LIEBMAN invoca, à guisa de confirmação de sua posição, os institutos da "intervenção na causa" e da "oposição de terceiro" do sistema italiano (Aditamentos ao § 5.º, notas sub c) e d).

Quanto à "intervenção na causa", é bem de ver que, assim como ocorria perante o código revogado, o direito brasileiro não ampara o instituto em sua configuração geral. Os institutos particulares mencionados na nota sub c) são, no direito vigente, a oposição, a nomeação à autoria, a denúncia da lide, o chamamento ao processo e a assistência.¹⁵ Para esses — assim como para a "intervenção na causa" genérica do direito italiano — afirma-se, com LIEBMAN, que se fosse verdade que a coisa julgada pudesse estender-se ao terceiro, não haveria razão para o ordenamento permitir o seu ingresso na relação processual, exatamente com o fito de ser por ela alcançado.¹⁶

¹⁴ Ver, por todos, BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio* cit., ps. 30 e 145.

¹⁵ Art. 56 e segs. e art. 50 e segs. do CPC. A oposição é o *intervento principale* do direito italiano; a assistência, o *intervento adesivo*; a denúncia da lide (chamamento à autoria, pelo código brasileiro de 1939) corresponde à *chiamata in garanzia* do sistema italiano; e a nomeação à autoria e o chamamento ao processo encontram equivalente no *intervento su istanza di parte*, sendo o último semelhante à *chiamata in causa*.

¹⁶ Ver, por todos, AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas* cit., vol. 2.º, 1977, n. 312. Quanto à assistência, é digno de menção o art. 55 do CPC vigente, que possibilita ao assistente a arguição da *exceptio male gesti*

A "oposição de terceiro" também não encontra correspondente perfeito no sistema brasileiro. O recurso do terceiro prejudicado do código processual de 1939, a que se refere a nota *sub d*), está hoje encartado no art. 499, § 1.º, que confere legitimidade para recorrer ao terceiro prejudicado que demonstre o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

Importante questão suscita-se aqui. O terceiro, juridicamente prejudicado, tem legitimidade para recorrer, somente para assistir uma das partes (ad coadjuvandum), ou também para exciuir a pretensão de ambas (ad opponendum)? O Anteprojeto Buzaid, no art. 546, havia tomado partido: "O terceiro poderá recorrer, quando estiver empenhado na vitória de uma das partes a que vem assistir no processo." Mas o art. 499, § 1.º do CPC omitiu essa parte do dispositivo; e a expressão "nexo de interdependência" entre o interesse de intervir e a relação jurídica *sub judice* não oferece elementos seguros de interpretação.¹⁷ Escrevendo sobre a matéria, BARBOSA MOREIRA e SÉRGIO BERMUDES inclinam-se para o entendimento mais amplo.¹⁸ E com muita sagacidade observa SÉRGIO BERMUDES que hoje não se poderia acompanhar o entendimento restritivo: "Dispondo o parágrafo único do art. 50 que a assistência tem lugar em todos os graus de jurisdição, não teria o legislador necessidade de criar a possibilidade de intervenção recursal para o assistente, que pode intervir em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição."¹⁹

¹⁷ Quanto à crítica à terminologia do código, nesse passo, ver BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., ps. 331/332.

¹⁸ BARBOSA MOREIRA, op. e loc. cit., p. 333; S. BERMUDES, *Comentários ao CPC*, vol. VII, Rev. Tribs., 1975, p. 58.

¹⁹ *Id.*, *ibid.*

processus em processo posterior, quanto a argumentos ou fatos que a sentença anterior tiver adotado como fundamento. Sobre a eficácia da assistência, de conteúdo diverso do que a coisa julgada, ver LOBO DA COSTA, *Assistência*, S. Paulo, p. 197 e BARBI, *Comentários ao CPC*, Forense, vol. I, tomo I, p. 305 e segs.

Afora esse meio, preordenado para impedir a formação da coisa julgada, hoje o sistema processual brasileiro se completa com a previsão expressa da ação rescisória pelo terceiro juridicamente interessado (art. 487, II, do CPC). Mas, como notava LIEBMAN com relação à legitimação do terceiro à rescisória — que parte da doutrina brasileira já reconhecia na vigência do Código de 1939²⁰ —, essa ação só pode ser proposta nos casos taxativamente previstos, não tendo o alcance do instituto italiano. Observe-se, ainda, que, havendo hoje um prazo de decadência de dois anos previsto para o exercício da rescisória, e sendo ele contado a partir do trânsito em julgado da decisão (art. 495), não ficará o terceiro posto completamente ao abrigo dos efeitos da sentença, só por esse meio.

Daí por que se afirma, em coro com LIEBMAN, que a sistemática brasileira impõe que não se aceite a teoria da extensão da coisa julgada a terceiros, que não podem suportar as consequências prejudiciais da sentença prolatada *inter alios*, por não ficarem suficientemente garantidos contra as mesmas pelos institutos da intervenção, do recurso de terceiro prejudicado e da ação rescisória.²¹

²⁰ Ver adiante, Aditamentos ao § 7.º, nota *sub h*).

²¹ Assim nos expressávamos in *Eficácia*, cit., p. 59 e segs.

SEGUNDA PARTE

A EFICÁCIA NATURAL DA SENTENÇA COMO ATO DO ESTADO

§ 6.º. EXTENSÃO SUBJETIVA DOS EFEITOS DA SENTENÇA

SUMÁRIO: 33. Posição do problema. 34. Eficácia geral da sentença. 35. Confirmações da tese precedente.

33. A demonstração de que a autoridade da coisa julgada não é efeito nem soma dos efeitos da sentença, mas uma qualidade dela, um modo de ser e de produzir-se, revela à indagação científica problema distinto e logicamente anterior ao dos limites subjetivos da coisa julgada: o problema da extensão subjetiva dos efeitos da sentença.

O modo tradicional de entender a coisa julgada devia necessariamente identificar esses dois problemas. Visto que o efeito principal e constante da sentença era a coisa julgada, tratava-se somente de fixar-lhe os limites subjetivos, e não era possível surgir a pergunta sobre se, além desses limites, não se produziriam eventualmente outros efeitos.

Mas, uma vez que se tenha estabelecido o erro do ponto de partida, torna-se natural a possibilidade de que a extensão subjetiva da eficácia da sentença não coincida com a da autoridade da coisa julgada: pode ocorrer que tenham limites subjetivos diversos.

As considerações desenvolvidas no precedente § 5.º demonstraram que não se podem aceitar as tentativas de estender aos terceiros ou a algumas categorias de terceiros a autoridade da coisa julgada, a qual é limitada por norma de lei somente às

partes e aos seus sucessores posteriores à demanda judicial (inclusos aqui, naturalmente, aqueles cuja relação jurídica tenha sido legitimamente deduzida em juízo por um substituto processual). Com isto, todavia, nada se disse ainda acerca da outra pergunta, que consiste em verificar a respeito de que pessoas a sentença produz efeitos. É, pelo menos, possível que os efeitos da sentença se produzam também em relação aos terceiros, embora sem aquela qualidade característica, mas não certamente essencial nem logicamente necessária, da autoridade da coisa julgada.

Uma tentativa para formular a questão desse modo já se encontra em REDENTI, quando escreve que da autoridade da coisa julgada não se pode “deduzir um caráter específico do provimento jurisdicional para que possa este operar somente entre as duas partes. De fato, uma presunção de verdade tem efeitos para todos aqueles para os quais teria efeitos a realidade a que praticamente se substitui”.¹ Esta afirmação é de repelir, pelas razões amplamente deduzidas, se por efeito da sentença se entende a autoridade da coisa julgada (indicada no Código e em REDENTI como presunção absoluta de verdade), visto como o princípio dos limites subjetivos sancionado pelo art. 1.351 do Cód. Civil italiano restringe essa autoridade à hipótese de que surja a controvérsia em torno da relação decidida entre as mesmas partes do processo precedente.

É muito exata, porém, a mesma afirmação, e fecunda em largos desenvolvimentos, se se refere à eficácia natural da sentença, independentemente da autoridade da coisa julgada, e é ela possível sempre que se sustente, em conformidade com opinião de grande prevalência e quase pacífica,² que a autoridade da coisa julgada não é um caráter essencial e necessário dos atos jurisdicionais, mas somente um instituto disposto pela lei por motivos de oportunidade e de conveniência política e social. Se REDENTI não tirou de sua aguda intuição todas as possíveis conseqüências, deve-se tão-só ao fato de que não se quis apar-

¹ *Giudizio civile con pluralità di parti*, p. 36.

² *Cfr.*, acima, n. 8 e, ali., as notas 2 e 3.

tar da costumada identificação em um único conceito da eficácia e da autoridade da sentença.

É mister, entretanto, distinguir muito bem entre as duas noções, de todo em todo diversas, tanto do ponto de vista lógico, como do ponto de vista prático; e dessa distinção, amplamente demonstrada na primeira parte do presente trabalho, decorre, já se vê, naturalíssima a afirmação de que a limitação subjetiva da coisa julgada absolutamente não prejudica o problema da extensão subjetiva da eficácia da sentença. Pode, portanto, muito bem acontecer que os efeitos da sentença se produzam também fora do âmbito em que opera a coisa julgada, a qual torna os próprios efeitos imutáveis.

34. Livre, assim, o caminho de todo obstáculo, apresenta-se o problema de fácil solução. A sentença, como ato autoritativo ditado por um órgão do Estado, reivindica naturalmente, perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado, para um caso determinado. As partes, como sujeitos da relação a que se refere a decisão, são certamente as primeiras que sofrem a sua eficácia, mas não há motivo que exima os terceiros de sofrer-la igualmente. Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam. Certamente, muitos terceiros permanecem indiferentes em face da sentença que decidiu somente a relação que em concreto foi submetida ao exame do juiz; mas todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença, efeitos que se produzirão efetivamente para todos aqueles cuja posição jurídica tenha qualquer conexão com o objeto do processo, porque para todos contém a decisão a atuação da vontade da lei no caso concreto.

O juiz que, na plenitude de seus poderes e com todas as garantias outorgadas pela lei, cumpre sua função, declarando,

resolvendo ou modificando uma relação jurídica, exerce essa atividade (e não é possível pensar diversamente) para um escopo que outra coisa não é senão a rigorosa e imparcial aplicação e atuação da lei; e não se compreenderia como esse resultado todo objetivo e de interesse geral pudesse ser válido e eficaz só para determinados destinatários e limitado a eles. Concepção assim restrita dos efeitos da sentença podia ser lógica quando tinha o processo caráter de atividade privada, e o fundamento da eficácia da sentença era um contrato ou quase-contrato pelo qual se submetiam as partes, mais ou menos voluntária e livremente, ao *iudicium* e à sentença que se devia prolatar. Mas, desde que recebe a sentença a sua eficácia do poder soberano da autoridade em cujo nome é pronunciada, da qualidade pública e estatal do órgão que a prolata (visto que já se logrou a plena consciência desta verdade), seria de todo em todo inexplicável que valesse ela só para um e não para todos como formulação da vontade do Estado no caso concreto. Por outro lado, não é o processo uma tutela do direito subjetivo, concedida pessoalmente ao seu titular, mas tutela, atuação e garantia do direito objetivo, exercida para satisfazer um interesse público e geral; e desenvolve-se nos modos e com as providências que mais se afigurem oportunas para assegurar o descobrimento da verdade e o triunfo da justiça. Nessa finalidade se inspira também o princípio dispositivo que, na medida em que limita os poderes do juiz, não se considera como reconhecimento de um direito, inexistente, das partes a dispor do resultado do processo, mas somente como o melhor meio que se lhe oferece para investigar e conhecer as circunstâncias de fato de caso em caso, em consideração da "impossibilidade de serem as relações privadas perscrutadas policialmente pelo Estado" e "das maiores garantias que apresenta a defesa dos direitos deixada aos cidadãos, em vista dos maiores meios de defesa que lhes dá o conhecimento dos seus interesses"; mas "aberta às exceções, desde que seja a presunção banida pelas circunstâncias do fato concreto".³

³ CHIOVENDA, *Principii*, p. 728. Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 135.

Assim, as partes, quando defendem seus direitos, colaboram no funcionamento da justiça, e a lei confia em que o jogo dos interesses individuais e opostos, fiscalizado e apreciado imparcialmente pelo juiz, prepare o terreno de modo todo espontâneo para a emanção de sentença que satisfaça o interesse e a aspiração geral da justiça. Provendo a que não abusem as partes do poder que lhes reconhece a lei de limitar a liberdade de ação e do raciocínio do juiz, máxime nos casos em que o seu interesse não coincidir com o descobrimento da verdade, está um órgão público que pode, às vezes, *agir e sempre opinar* nas causas civis, o Ministério Público, cuja função no processo civil representa uma atenuação e um corretivo do princípio dispositivo.

O processo não é, pois, negócio combinado em família e produtor de efeitos somente para as pessoas iniciadas nos mistérios de cada feito, atividade processual singular, mas atividade pública exercida para garantir a observância da lei; e já que a esta estão todos sujeitos indistintamente, devem todos, por igual, sujeitar-se ao ato que é pelo ordenamento jurídico destinado a valer como sua aplicação imparcial. E esse ato não é dirigido a uma pessoa antes que a outra, mas incide objetivamente sobre a relação que foi objeto de decisão. Se a vontade, que se faz atuar, tem conteúdo imperativo, é em suma um *comando* que se dirige a determinados sujeitos, prescrevendo-lhes dado comportamento, a atuação dessa vontade, justificada pela existência das condições legalmente requeridas, impõe-se à generalidade das pessoas sujeitas ao poder do órgão judicante como válido exercício da sua função. Por isso, enquanto, abstratamente, estão todas as pessoas submetidas à eficácia da sentença, praticamente lhe sofrem os efeitos aqueles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença: assim, antes de tudo e necessariamente, as partes, titulares da relação afirmada e deduzida em juízo, e, depois gradativamente, todos os outros cujos direitos estejam de certo modo com ela em relação de conexão, dependência ou interferência jurídica ou prática, quer quanto à sua existência, quer quanto

→ ver legitimogão / exaço do pner.

à possibilidade de sua efetiva realização. A natureza dessa sujeição é para todos, partes ou terceiros, a mesma; a medida da sujeição determina-se, ao revés, pela relação de cada um com o objeto da decisão. Entre partes e terceiros só há esta grande diferença: que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece.

Não-cabe, contra a tese ora exposta, observar que nenhuma norma de lei dispõe expressamente que também sofram os terceiros os efeitos da sentença, porque bastará responder que não há tampouco uma norma que os imponha às partes; e, no entanto, jamais se duvidou disso. A eficácia geral da sentença decorre tão singela e naturalmente do caráter público universalmente reconhecido à administração da justiça, que não há necessidade de nenhuma norma especial que expressamente a sancione. Em vez disso, seria necessária uma disposição explícita contrária para sermos obrigados a considerar diversamente; mas não existe disposição restritiva nesse sentido, como não existe princípio geral de que se possa deduzir intenção análoga da lei. Por certo, seria errôneo pretender inferir uma limitação subjetiva dos efeitos da sentença da limitação subjetiva da autoridade da coisa julgada, o que suporia demonstrada a identidade da eficácia e da autoridade da sentença, que são, pelo contrário, coisas absolutamente distintas.

Do art. 1.351 do Cód. Civil italiano se pode, antes, argumentar exatamente em sentido oposto, e de modo o mais eficaz, porque, não sendo a autoridade da coisa julgada um efeito autônomo da sentença, mas só uma qualidade de seus efeitos, não é concebível senão em relação àqueles aos quais se estendem esses efeitos, e por isso há só necessidade de ser limitada a determinadas pessoas, enquanto se estendam aqueles efeitos, além do círculo restrito, a todos os outros sujeitos interessados. Se estivessem os efeitos da sentença limitados às partes, seria de todo em todo supérfluo dispor que devam ser imutáveis só para as partes.

35. Indireta mas precisa confirmação desses resultados, dão-na dois importantes institutos do processo: a intervenção e a oposição de terceiro.

A intervenção voluntária de terceiro no processo pendente entre outros, é, em suas várias formas, admitido pela lei italiana, quando tiver o terceiro interesse nisso (art. 201 do Cód. de Proc. Civil).^a Esta norma outra coisa não é senão aplicação particular do princípio geral estabelecido pelo art. 36 do Cód. de Proc. Civil italiano. ^b Mas que interesse pode ter um terceiro em intervir no processo formado entre outras pessoas? Varia, naturalmente, conforme se trate de intervenção principal ou adesiva; ^c mas só se compreende genericamente quando a sentença a ser pronunciada no processo em curso possa produzir efeitos danosos para o terceiro, e este tenha, portanto, interesse em evitá-los, influenciando, mais ou menos profundamente, sobre o êxito da lide e sobre o conteúdo da decisão. É costume dizer que pode esse interesse ser de mero fato ou ser jurídico, quando for o terceiro titular de relação conexa ou incompatível com a deduzida em juízo; precisam melhor outros autores esse interesse, indicando-o no decorrente para o terceiro dos efeitos reflexos que poderá a sentença ter para ele, segundo uma terminologia lembrada amplamente a seu tempo.^d E costuma-se aludir assim, pelo menos na maioria dos casos, à possibilidade de que se produza a respeito do terceiro uma extensão da coisa julgada ou um efeito reflexo dela.

Ora, para o que se referiu acima (§ 5.º), claro é que jamais pode tal coisa acontecer, porque não está o terceiro, em caso

^a Para as principais opiniões, v. especialmente CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, § 33, p. 203 e segs. (trad. port., vol. II, p. 327 e segs.); SEGNI, *Intervento adesivo*, p. 185 e segs.; CARNELUTTI, *Lezioni*, II, n. 108.

ADITAMENTOS AO § 6.º

- ^a V. os arts. 93 e 102 do Cód. de Proc. Civil brasileiro.
- ^b Art. 2.º do Cód. de Proc. Civil brasileiro (necessidade de interesse legítimo para formular um pedido ao juiz).
- ^c Na terminologia do Cód. de Proc. Civil brasileiro, respectivamente oposição e assistência.

algum, sujeito à coisa julgada, nem a nenhum efeito reflexo dela; e, então, quase todos, senão todos, os casos normalmente admitidos de intervenção voluntária se tornariam inadmissíveis por falta de interesse em intervir. A verdade, porém, é que também aqui se devem distinguir os efeitos da sentença da coisa julgada: se esta se limita às partes, o mesmo não se dá para aqueles que, ao contrário, se podem produzir e naturalmente se produzem também para os terceiros; e é por isso, precisamente em razão deles, que o terceiro pode ter interesse em intervir no processo pendente, para impedir que a sentença contenha uma decisão danosa para ele. Assim, a intervenção voluntária que, seguindo a tradição, também o direito italiano admite, é segura confirmação de que a sentença não limita os seus efeitos às partes, mas os estende também aos terceiros. *

Outro tanto se pode dizer para a oposição de terceiro.^d

Pressupõe ela também evidentemente que a sentença possa causar dano ao terceiro, a quem concede a lei esse remédio extraordinário, quando a sentença prolatada entre outras pessoas prejudique os seus direitos (art. 510). É pacífico, porém, que cabe tão-só a quem é verdadeiro terceiro, e por isso não está sujeito à coisa julgada.^e Mas então para a doutrina comum se torna esforço desesperado dar explicação plausível do prejuízo que pode a sentença ocasionar ao terceiro e o legitima a propor a oposição.^f

Torna-se assim a oposição a mais segura contraprova da existência de efeitos da sentença também em relação aos terceiros, efeitos que nada têm que ver com a coisa julgada, antes

^e Cfr., acima, n. 32, especialmente na nota 57 e segs., onde se lembrou também a opinião divergente de CARNELUTTI, e foram indicados os seus inconvenientes e os motivos que a tornam improcedente. Aliás, tanto CARNELUTTI como LIPARI (sobre a opinião deste, v. adiante, n. 39, nota 29) se movem na mesma ordem de idéias do texto e tentaram novas vias precisamente porque insatisfeitos com a opinião comum.

^f Cfr., com efeito, CHIOVENDA, op. cit. ult., n. 409, p. 560, que contribuiu, como sempre, mais que qualquer outro, para justificar o tradicional ponto de vista, mas que, todavia, deixa o leitor muito perplexo. Tem, pois, razão REDENTI ao escrever (op. cit., p. 121) que "a teoria deste remédio deve ser refeita ab imis, porque, como a entendem hoje em dia e comumente, é um instituto absurdo e em completa contradição com os princípios consagrados pelo nosso próprio direito positivo".

^d V. nota ^d ao § 5.º, p. 112.

são as conseqüências da eficácia natural da sentença que não conhece, como se disse, limitação subjetiva. A oposição é, de fato, concedida ao terceiro para eliminar o efeito danoso que lhe pode causar uma sentença prolatada entre outras pessoas. A colocação deste remédio no sistema e também os seus limites serão, aliás, melhor esclarecidos logo adiante.*

* A mesma observação pode fazer-se para o direito brasileiro, com referência ao recurso do terceiro prejudicado. Em face do princípio de que a coisa julgada não se estende aos terceiros, esse instituto não tem outra explicação a não ser a de que, pelo contrário, a eficácia natural da sentença também a eles abrange e pode, portanto, causar-lhes prejuízo. O art. 815 do Cód. de Proc. Civil concede aos terceiros a faculdade de recorrer, exatamente para afastar esse prejuízo.

causa de pedir / pedido

NOTAS AO § 6.º

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — Iniciando a Segunda Parte de sua obra, LIEBMAN analisa o problema dos limites subjetivos da eficácia natural da sentença, independentemente da autoridade da coisa julgada, chegando à conclusão de que os seus efeitos se estendem a todos. Completa-se, assim, a distinção entre coisa julgada e eficácia natural da sentença: a primeira, rigorosamente limitada às partes; a segunda, sujeitando aos terceiros, em virtude da idoneidade natural dos atos estatais. A eficácia geral da sentença, como comando autoritativo estatal, é reconhecida pela mesma doutrina brasileira que, como se viu, acolhe a distinção de LIEBMAN.¹

2 — Volta o Mestre à análise da “intervenção” e da “oposição de terceiro”, buscando a confirmação de sua teoria, agora sob o ângulo da extensão da eficácia da sentença *ultra partes*.

Estudando as figuras do sistema italiano (com alusão à assistência e à oposição do código brasileiro então vigente,² no Aditamento *sub a*), estabelece então que o interesse do terceiro em intervir, como específico desdobramento do interesse de agir,³ consiste exatamente em evitar os efeitos prejudiciais que lhe adviriam da sentença.

¹ *Retro*, Notas ao § 1.º.

² Ver Notas ao § 5.º, n. 6 e notas 23 e 24.

³ O art. 2.º do código processual brasileiro de 1939 (“para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse econômico ou moral”) foi convertido no atual art. 3.º, o qual afirma simplesmente que “para

O mesmo vale quanto à “oposição de terceiro”, a qual, como vimos, encontra certo correspondente no recurso do terceiro prejudicado e na ação rescisória a que é legitimado o terceiro, no direito brasileiro.⁴ Aqui também, não fosse pela possibilidade de a eficácia da sentença atingir a terceiros, prejudicando-os, e não se justificaria o instituto.

A doutrina pátria mantém-se fiel às observações de LIEBMAN, considerando os mencionados institutos como contraprova da existência dos efeitos da sentença também com relação a terceiros. BARBOSA MOREIRA é expresso: “Quanto aos efeitos da sentença — que não se confundem com a autoridade da coisa julgada —, o Código reconhece claramente, segundo revela o exame sistemático, que eles são capazes de atingir a esfera jurídica de terceiros, seja embora por via reflexa. É o que explica a existência de institutos como a impropriamente chamada “assistência litisconsorcial”, que pressupõe a idoneidade da sentença para “influir na relação jurídica” entre o “assistente litisconsorcial” e o adversário da parte assistida (art. 54), e o do recurso do terceiro prejudicado (art. 499 e § 1.º).”⁵

Intervenção de terceiros

⁴ Ver, *retro*, Notas ao § 5.º, n. 6.

⁵ BARBOSA MOREIRA, *Comentários cit.*, n. 100. O tópico transcrito é inserido nos comentários sobre a legitimação do terceiro juridicamente prejudicado para agir por via de ação rescisória.

propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.” Ficaram assim superadas as críticas que se faziam à adjectivação do interesse processual, que não pode ser de índole econômica ou moral — havendo, nessas qualificações, resquícios da teoria civilista da ação — porquanto se trata do interesse secundário à prestação jurisdicional (ver, por todos, BARBI, *Comentários cit.*, n. 24).

§ 7.º FUNDAMENTO E LIMITES DA EFICÁCIA NATURAL DA SENTENÇA

SUMARIO: 36. Premissas. 37. Teoria da coisa julgada dos atos administrativos. Crítica. 38. A sentença como ato do Estado. Conseqüências para a sua eficácia. 39. A injustiça como causa da ineficácia da sentença. 40. Quais os terceiros que a podem fazer valer. 41. Relações com a oposição do terceiro. 42. Conclusão.

36. Do que precede, decorrem duas conclusões: a) que a sentença produz efeitos também para os terceiros; b) que esses efeitos, não logrando, como em relação às partes, a autoridade da coisa julgada, não são imutáveis. Nada ainda sabemos, porém, acerca de seu fundamento, nem acerca de seu modo de produzir-se e da sua intensidade, porque a característica puramente negativa há pouco enunciada contribui muito pouco para apresentar-nos sua clara e completa fisionomia.

Por outro lado, não produz a sentença para os terceiros efeitos especiais e exclusivamente particulares, mas efeitos de natureza igual aos que produz para as partes; em outros termos, os terceiros simplesmente participam, assim como as partes, da eficácia natural da sentença, e a indagação que agora se quer empreender não considera de modo especial as relações dos terceiros para com a sentença, porém, mais geralmente, o ato jurisdicional, em suas características próprias e naturais, atinentes aos pressupostos, à medida e aos limites da sua validade.

Por isso, pertence logicamente essa indagação à teoria geral da sentença e não teria razão de ser, na ocasião em que se quiserem precisar os efeitos da sentença para os terceiros, pois o problema da eficácia da sentença diz respeito em primeiro lugar às partes que são titulares da relação que foi objeto da decisão e, portanto, sofrem necessariamente os seus efeitos, ao pas-

so que os terceiros só os sofrem eventualmente, isto é, na hipótese de que exista uma relação qualquer entre os seus direitos e aquela relação.

Que tal indagação ainda se não tenha feito não pode causar estranheza, quando se tiver presente que se torna possível e necessária somente com a distinção, estranha até hoje à doutrina, entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Mas, ainda depois que se formulou e se justificou tal distinção na primeira parte do presente trabalho, permanece sempre exato (para explicação do retardamento com que aqui finalmente se enfrenta esta indagação) que, a respeito das partes, bem raramente tem a eficácia natural da sentença ocasião de manifestar-se na prática, sem estar revestida daquela imutabilidade especial que lhe confere a autoridade da coisa julgada e sem ser por ela quase absorvida e coberta. Tanto é verdade que a autoridade da coisa julgada tira na maioria dos casos todo interesse prático a qualquer pesquisa sobre o fundamento e sobre a significação da eficácia da sentença, que assim precisamente se explica como esse conceito elementar e fundamental da teoria da sentença tem até agora escapado à atenção dos escritores.

De fato, a coisa julgada opera através de processo muito semelhante ao bem conhecido da *abstração*, no sentido de liberar e tornar autônomos os efeitos da sentença, que ela torna imutáveis, dos pressupostos de validade e de eficácia da própria sentença.

Onde, ao contrário, não opera a coisa julgada, isto é, em relação aos terceiros, apresenta-se a eficácia da sentença em suas linhas nuas e puras, e exige e ao mesmo tempo permite que seja pesquisado e determinado o seu fundamento jurídico. São, pois, razões de simples conveniência que levaram a pospor, neste trabalho, o exame da eficácia da sentença, logicamente anterior, ao da autoridade da coisa julgada.

O escopo desta nova pesquisa é, portanto, precisar em que consiste a eficácia da sentença independentemente da autoridade da coisa julgada, e explicar assim, também e especialmente, como e em que sentido produz a sentença efeitos fora dos limites da coisa julgada e precisamente em relação aos terceiros.

Ora, segundo a concepção pacificamente aceita, pelo menos na Itália, e que, de resto, se justificará melhor mais adiante, a capital característica da sentença, que é capaz de qualificá-la como ato jurisdicional, consiste justamente no fato de que ela adquire a autoridade da coisa julgada. Espoliada dessa característica, apresenta-se a sentença ao nosso exame como ato emanado de um órgão do Estado que, todavia, nenhuma nota particular e importante pode bem distinguir, quanto ao modo de seu valimento; de todos os atos do Estado de outro tipo ou de outra categoria. Uma consideração mais acurada da sentença do ponto de vista dessa qualidade de ato do Estado e uma comparação com as outras formas típicas de atividade jurídica do Estado permitem, pois, dar algum resultado útil para a solução da questão proposta. A unificação em categoria superior das diversas formas de atividade dos poderes públicos deveria permitir individuar certa nota comum, certo caráter constante, suscetível de encontrar-se, do mesmo modo, em todos eles, sem que venha faltar naturalmente a existência de outras características particulares próprias a cada uma delas e, por isso, aptas a justificar a costunada ulterior subdistinção.

37. A modo de premissa, é oportuno lembrar uma comparação análoga, feita pela doutrina tedesca recente, entre a sentença, o ato administrativo e a lei, mas com intento oposto ao que aqui nos interessa. Foram especialmente os escritores austríacos que procuraram estender a coisa julgada aos atos administrativos.

Não pode causar estranheza que na Itália e na França, se se excetuar uma sumária indicação em sentido contrário de CAMMEO,¹ não tenha o tema sido levado seriamente em consideração, porque razões também terminológicas contribuem para excluí-lo quase *a priori*. De fato, a indicada extensão pareceu possível porque a coisa julgada se expressa em língua alemã com uma palavra (*Rechtskraft*) que, traduzida literalmente, tem significação muito genérica, porquanto quer dizer somente

¹ *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, ps. 94 e 98.

força jurídica. O termo latino de autoridade da coisa julgada exprime muito melhor aquela significação técnica precisa que ela logra na teoria do processo e que se presta mal a uma extensão do conceito à teoria dos atos administrativos ou, em geral, dos atos do Estado.

Isto não nos exime, todavia, de dar aqui um breve apanhado da questão, porque, se se devesse dar por aceitável o resultado a que chega a lembrada tendência doutrinária, tornar-se-ia, por exclusão implícita, impossível a pesquisa ulterior que ora se quer empreender.

BERNATZIK² foi o primeiro a propor o problema sobre se o instituto da coisa julgada, tal qual foi disposto pelas leis e elaborado por uma doutrina de muitos séculos para a sentença, pode adaptar-se aos atos administrativos, para assinalar a sua definitividade, e conclui de modo afirmativo, para os atos que têm conteúdo declaratório de direito — conceito por ele entendido de modo muito amplo — abrangendo inúmeras atividades também administrativas. Seguiram-no muitos outros escritores, alargando cada vez mais os seus resultados,³ até que MERKL aplicou a sua definição da coisa julgada a uma teoria geral, segundo a qual toda a atividade jurídica do Estado consistiria na criação de normas, cada uma das quais está hierarquicamente subordinada a outra, mais geral e de grau superior, de que representa a concretização; conseqüentemente, estendeu a coisa julgada a todos os atos do Estado, conforme o princípio de que toda a norma é ilimitadamente válida no tempo, salvo expressa disposição contrária.⁴

² *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft*, Viena, 1886, *passim*, e especialmente p. 131 e segs. Contra o seu conceito muito amplo de "declaração do direito", v. certa indicação em FORI, *La rinvocazione nei ricorsi amministrativa*, em *Giurisp. Ital.*, 1908, IV, p. 260. BERNATZIK acaba por não poder distinguir o ato jurisdicional do administrativo; LIUZZI, *L'atto giurisdizionale*, *Foro amministrativo*, 1928, IV, p. 156.

³ TEZNER, *Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrecht*, em *Verwaltungs-archiv*, XIX, 1910, p. 128 e segs. e inúmeros outros escritos precedentes e posteriores; SPIEGEL, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft*, Leipzig, 1909, p. 80 e segs.; HERBRANT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1921, p. 328 e segs.

⁴ *Die Lehre von der Rechtskraft*, cit., *passim*, e *Allgemeine Verwaltungsrecht*, Viena-Berlim, 1927, p. 201 e segs. Cfr., acima, n. 11. Esta posição do problema, acolhe-a

A doutrina germânica, em sua maior parte, embora discutindo a questão animadamente, tomou posição prudentemente negativa; ⁵ admite a maioria que a coisa julgada é aplicável às decisões de controvérsias administrativas, ainda sem caráter jurisdicional, com alguma divergência acerca dos limites desta categoria de provimentos; mas rejeita o conceito para todos os outros atos administrativos.

De qualquer modo, deve a tese rejeitar-se para o direito positivo italiano. Antes de tudo, a definitividade do ato em si mesmo, em sua existência exterior, é, para os atos administrativos, bem diversa da que para as sentenças se costuma indicar como coisa julgada formal: o ato administrativo, considerá-lo a lei italiana definitivo quando já não pode o interessado propor contra ele recurso hierárquico perante a autoridade administrativa; mas é precisamente desse momento que o ato pode ser impugnado perante os órgãos da justiça administrativa (art. 34 do texto único de 26 de junho de 1924, n. 1.054); e quando também já tenha passado o prazo para o recurso jurisdicional, ou tenha sido este repellido, torna-se o ato definitivo para o cidadão interessado, porque não sujeito mais a qualquer forma de impugnação por parte dele, mas não é definitivo para a administração, que pode sempre anular o ato, se o tiver por ilegítimo, e pôde, em regra, revogá-lo, embora legítimo. ⁶ Isso porque a sua atividade é inspirada nas exigências do interesse público,

⁵ OTTO MAYER, *Arch. öff. Recht*, XXI, 1905, p. 1 e segs.; e *Verwaltungsrecht*, 3ª ed., p. 162 e segs.; FLEINER, *Droit administratif allemand* (trad. franc. da 8ª ed. das *Instituições*), Paris, 1933, p. 124 e segs.; WALTER JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, p. 271 e segs.; KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, p. 323 e segs.; STEIN, *Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung*, Tübingen, 1912, p. 98 e segs.; COESTER, *Rechtskraft der Staatsakte*, cit., p. 100 e segs.; ISEN, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Hamburgo, 1932, p. 22 e segs.

Muitos, porém, admitem que a definitividade do ato administrativo, quando não sujeito a impugnação, corresponde à coisa julgada formal; assim FLEINER, loc. cit.; ISEN, op. cit., 29.

⁶ RANELLETTI, *Guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., ps. 35 e 136; ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Pádua, 1930, p. 237; RAGGI, *Revocabilità degli atti amministrativi*, em *Riv. di Dir. Pubbl.*, 1917, p. 318; BORSI,

naturalmente Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, ps. 149 e 301, que remete, porém, ao direito positivo para a fixação dos limites do instituto.

que são mutáveis no tempo e também suscetíveis de apreciação diversa em momentos sucessivos ao da emanção do ato, e com estas exigências deve conformar-se a sua atividade sem sofrer embaraços provenientes de atos anteriores. Ainda menos se pode falar, para os atos administrativos, de imutabilidade dos efeitos, isto é, na verdadeira autoridade da coisa julgada, porque indubitavelmente a autoridade administrativa, quando pode revogar um ato, pode também expedir um segundo ato que, sem revogar expressamente o precedente, lhe anule ou modifique os efeitos; finalmente, porque, quando existe lesão do direito subjetivo do cidadão, está o ato administrativo em todo o caso sujeito a exame da autoridade judiciária que, embora não possa anulá-lo, conhece, não obstante, de sua legalidade e pode condenar a administração a ressarcir o dano injustamente produzido ou constrangê-la à sua decisão, anulando ou reformando o ato ilegítimo (arts. 2.º e 4.º da Lei de 20 de março de 1865, anexo E; art. 27, n. 4, do texto único de 26 de junho de 1924, n. 1.054). *

De resto, já se observou (acima n. 19) que entre coisa julgada formal e substancial não subsiste a profunda diferença a que comumente se costuma aludir especialmente pela dou-

ADITAMENTOS AO § 7.º

* No Brasil, a matéria é regulada de maneira parcialmente diversa, em virtude do princípio da jurisdição única que atribui à competência da justiça ordinária também as controvérsias entre os cidadãos e a administração pública. V. CHIOVENDA, *Instituições*, cit., vol. II, p. 183 e nota correspondente.

Não obstante essa diferença, as observações do texto valem plenamente também para o direito brasileiro: a autoridade administrativa pode anular ou revogar os atos administrativos; a autoridade judiciária pode declará-los nulos. De nenhum modo se pode, pois, aplicar o conceito da coisa julgada aos atos administrativos. V. neste sentido o ac. do Trib. Ap. de São Paulo de 4 de agosto de 1943, *Rev. dos Tribunais*, 143-164.

Giustizia amministrativa, 3ª ed., n. 10. Todos esses escritores excluem, por esse motivo, que se possa falar de coisa julgada para os atos administrativos.

Ficam, naturalmente, fora de discussão as decisões das jurisdições administrativas, a respeito de cujo caráter jurisdicional já não há dúvidas.

trina tedesca; que não se trata de dois conceitos e institutos diversos, e sim de dois aspectos inseparáveis de um único instituto; e este, pelas razões expostas, não poderia de modo algum aplicar-se aos atos administrativos sem se desnaturar radicalmente.

Finalmente, quanto aos atos legislativos, parece indiscutível a opinião comum de que seja um caráter seu, mais que natural, essencial, o da mutabilidade, porque o direito deve poder, em qualquer tempo, adaptar-se às variáveis necessidades da vida social e à mutável apreciação do Poder Legislativo (art. 5.º da Disposição Preliminar do Cód. Civil italiano).^b

Nem mesmo se pode concordar com a afirmação recente, segundo a qual "juridicamente não é a lei posterior que ab-roga a anterior, mas é a lei velha que, por uma condição resolutive implícita em suas disposições, com o advento de disposição legislativa diversa, cessa de ter valor no todo ou em parte".⁷ Parece tal teoria contrária à realidade e conduziria a inaceitáveis conseqüências práticas. A ab-rogação da lei explica-se, pelo contrário, pelo fato de que a lei tem vigor enquanto persiste, pelo menos tacitamente, a vontade do Estado nela contida, e cessa, em conseqüência, de ter validade, quando o Estado manifesta expressa ou implicitamente a vontade diversa.

Fica assim confirmado que a eficácia e a validade dos atos administrativos e legislativos não têm nada de comum com a coisa julgada e são informadas por princípios muito diversos.

38. Não dá lugar a incertezas o princípio de que a atividade administrativa está subordinada às leis.⁸ Nem todos o entendem do mesmo modo. OTTO MAYER considera inválido o

⁷ ESPOSITO, *Validità delle leggi*, cit., p. 77, onde também se examinam as várias opiniões sobre o tema. Cfr., acima, n. 11 e, especialmente ali, nota 13.

⁸ Cfr. CAMMEO, *Comm.*, p. 96; RANELLETTI, *Istituzioni di Dir. Pubbl.*, 3ª ed., p. 104.

^b Art. 2.º da Lei de Introdução ao Cód. Civil (Dec.-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942). Acrescente-se que, no Brasil, a autoridade judiciária pode negar aplicação às leis inconstitucionais: este é mais um argumento que impede a extensão do conceito da coisa julgada aos atos legislativos.

ato contrário à lei, mas eficaz, enquanto não tenha sido declarada a invalidade pelo órgão competente; ⁹ W. JELLINEK ¹⁰ e KORMANN ¹¹ o têm, ao contrário, como plenamente válido, mas anulável em conseqüência da impugnação. A doutrina italiana, conformando-se com a tradição francesa e com a sua própria, segue caminho mais simples e afirma decididamente a invalidade do ato contrário à lei; completa, porém, e corrige essa conclusão radical com o princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos, ¹² presunção *ius tantum*, por força da qual incumbe a quem afirma a ilegitimidade do ato insurgir-se contra ele, mediante prova rigorosa, ¹³ desde que possa alegar um correspondente interesse jurídico. ¹⁴ Conseqüência direta dessa presunção de legitimidade é a normal exequibilidade dos atos administrativos, não subordinada à declaração prévia da sua conformidade com a lei, ¹⁵ e não sujeita à suspensão, em conseqüência da interposição de recurso ou de proposição de ação judiciária. E é só um aspecto particular dessa mesma presunção o fato de que a invalidade não produz normalmente nulidade, mas simples anulabilidade do ato, ¹⁶ ou, como outras vezes se

⁹ *Verwaltungsrecht*, I, p. 94.

¹⁰ *Der fehlerhafte Staatsakt*, Tubinger, 1908, p. 44; *Verwaltungsrecht*, p. 254 e segs.

¹¹ *System*, cit., 220 e segs.

¹² ROMANO, *Corso*, cit., p. 215; BORSI, *Esecutorietà degli atti amministrativi*, separata de Studi Senesi, 1901, p. 83; PRESUTTI, *Limiti del sindacato di legittimità*, Milão, 1911, p. 112; TRENTIN, *Atto amministrativo*, Roma, 1915, p. 138; DE VALLES, *Validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, ps. 349 e segs. e 480; MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 20; BRACCI, *Studi per Cammeo*, I, p. 156. Pela presunção expressamente também W. JELLINEK, *Zweiseitiger Verwaltungsakt*, etc., em *Festgabe des preuss. OVG.*, Berlin, 1925, p. 100. c

¹³ PRESUTTI, op. cit., ps. 112 e 138; DE VALLES, loc. cit.

¹⁴ CAMMEO, *Comm.*, p. 800; DE VALLES, op. cit., p. 402.

¹⁵ CAMMEO, *Comm.*, ps. 97 e segs. e 688 e segs.; RANELLETTI, *Guarentigie*, p. 113 e segs., e os autores citados em a nota 12.

¹⁶ RANELLETTI, *Guarentigie*, p. 122 e 130. Neste sentido é também a doutrina francesa: ALCINDOR, *Théorie des nullités en droit administratif*, Paris, 1912, ps. 18 e 50 e segs., e JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3ª ed., Paris, 1925, I, p. 79.

^c V. para esta presunção, MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos*, cit., p. 50; TEMÍSTOCLES CAVALCANTI, *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, 1942, p. 285.

prefere expressar, eficácia jurídica relativa,¹⁷ validade provisória¹⁸ do mesmo ato, porque, com expressão ainda diversa e exata, é o ato executável e, assim, eficaz, não obstante o vício;¹⁹ termos todos que têm significação particular, nem sempre exatamente conforme aos semelhantes usados no direito privado, visto como o ato administrativo não se deve aplicar pelo juiz quando não for conforme à lei (art. 5.º da lei de 20 de março de 1865, anexo E), sem que, por outro lado, isso implique prévia decisão de anulação,²⁰ o que exorbitaria, de qualquer forma, dos poderes da autoridade judiciária (art. 4.º da lei citada).

É lícito chegar a análogas conclusões, adaptando-as naturalmente à matéria diversa, em relação aos atos legislativos, cuja possibilidade de serem nulos, porque materialmente contrários ao ordenamento jurídico, foi ainda recentemente demonstrada,²¹ mas que, em princípio, são obrigatórios, dependendo a sua inobservância da demonstração da invalidade.

Parece, pois, exata e conforme ao direito positivo a afirmação feita mais de uma vez de que os atos administrativos, pela qualidade do órgão do qual emanam, que é uma autoridade do Estado, pelas garantias que prevêm e acompanham a sua emissão, contêm em si mesmos uma auto-atestação da sua conformidade com a lei,²² e que a mesma afirmação pode e deve repetir-se em termos idênticos para os atos legislativos. E se isso é verdade, não se pode duvidar de que nele reside antes um caráter geral de todos os atos do Estado, abrangidos também os judiciais, visto que, não tanto por identidade de razão, mas

¹⁷ RANELLETTI, *Istituzioni*, p. 332.

¹⁸ FORTI, *Diritto amministrativo*, 2ª ed., II, p. 195.

¹⁹ RANELLETTI, *Guarentigie*, p. 130; DE VALLES, op. cit., p. 479; ESPOSITO, op. cit., p. 285.

²⁰ MORTARA, *Comm.*, I, n. 214; CAMMEO, *Comm.*, p. 803; RANELLETTI, *Guarentigie*, p. 354.

²¹ ESPOSITO, op. cit., p. 299. d

²² MAYER, op. cit., p. 95; KORMANN, op. cit., p. 217; ANDERSEN, *Ungeultige Verwaltungssakte* (trad. alemã, 1927), p. 61 e segs.; ALCINDOR, loc. cit.; JÉZE, loc. cit.; ESPOSITO, op. cit., p. 285, em nota.

d V. nota b, à p. 138.

antes com maior razão, deve encontrar-se na atividade daqueles órgãos cujo ofício específico consiste exatamente em aplicar e fazer atuar a lei.

Por certo o juiz, ao decidir, pode cometer erros, e é esta uma hipótese que a lei prevê e considera, estabelecendo uma série de garantias e de remédios para evitar e reparar os erros; mas até que não se lhe demonstre a contrariedade com o direito, deve a sentença reconhecer-se como aplicação válida do poder jurisdicional.

Dessa premissa fundamental deduz-se a consequência de que a eficácia da sentença, quando for considerada independentemente da autoridade da coisa julgada, está subordinada à sua conformidade com o direito; mas esta se presume, e só uma efetiva demonstração da sua falta impede a sentença de produzir em concreto o seu efeito natural e normal.²³ E, invocando as conclusões amplamente explanadas nas páginas anteriores, isso quer dizer que a sentença vale para todos como formulação da vontade concreta do Estado para o caso decidido. Este efeito para as partes se torna imutável quando se forma a autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros se produz com intensidade menor, porque pode ser em cada caso repellido pela demonstração de que a vontade do Estado é, em realidade, diversa da declarada.

Conquanto possa a afirmação parecer audaz, é, todavia, justificada do modo mais simples e fácil pela posição e pelo caráter público universalmente reconhecido ao processo no Estado moderno, e para realçar a evidência bastou dissociar a noção da eficácia da sentença da autoridade da coisa julgada, que, no pensamento comum, estiveram, desde tempos imemoriais, confundidas e misturadas.

39. Releva explicar e esclarecer as conclusões há pouco formuladas.

²³ Esse modo de apresentar o problema, nega-o implicitamente ESPOSITO, op. cit., p. 316; mas isso é natural, porque ele parte do modo comum de entender as relações entre eficácia da sentença e coisa julgada e não distingue as partes dos terceiros.

* A sentença pode ser contrária à lei por motivos muito diferentes.²⁴ Antes de tudo, o juiz lhe pode ter violado as disposições, no cumprimento de sua atividade, o que se verifica, entre outras coisas, quando a tenha pronunciado, não obstante a falta dos pressupostos processuais; além disso, pode ter deixado de observar as prescrições de forma relativas à própria sentença. (arts. 360 e 361 do Cód. de Proc. Civil italiano). Em todos esses casos ocorre nulidade da sentença.

Mas pode a sentença ser contrária à lei quanto ao conteúdo, o que produz a sua injustiça.

A nulidade infirma a sentença como ato final do processo e, em consequência — salvo o caso de ser o vício tão grave que produza uma nulidade radical e absoluta²⁵ — só se pode fazer valer no mesmo processo com os recursos estabelecidos pela lei, unicamente pelas partes, que são os sujeitos da relação processual, e, portanto, as únicas pessoas lesadas pela nulidade e interessadas em obter a reparação.²⁶

A injustiça, pelo contrário, diz respeito à sentença como julgamento, e pode depender tanto do erro de direito como do erro de fato.²⁷ Em todo caso, é a vontade concreta do Estado diversa da declarada, e pode a sentença, por isso, prejudicar injustamente a terceiro, cujo direito seja de qualquer modo conexo com a relação decidida. Quanto se verifica tal, compete ao terceiro a faculdade de fazer valer e demonstrar o erro que vicia a decisão, a fim de repelir o efeito danoso para ele. Pode fazê-lo quando subsiste o erro objetivamente, embora não seja imputável ao juiz (por exemplo, ligado ao resultado de prova legal,

²⁴ V. CHIOVENDA, *Principii*, p. 893 e segs., *Istituzioni*, II, p. 490, cujo ensinamento venho seguindo.

²⁵ Cfr., sobre o problema, CHIOVENDA, *Principii*, p. 897 e segs., e *Istituzioni*, II, p. 493, e recentemente ESPOSITTO, op. cit., p. 277.

²⁶ Também com a oposição de terceiro não se podem fazer valer os vícios de nulidade da sentença; CHIOVENDA, *Principii*, p. 1.011. Melhor se mostrará adiante, n. 41, a importância deste paralelismo.

²⁷ CHIOVENDA, *Principii*, p. 898. A esse conceito corresponde o da ilegitimidade do ato administrativo por violação de lei: ROMANO, *Corso*, p. 215; RANELLETTI, *Guarentigie*, p. 122.

• V. a nossa nota em CHIOVENDA, *Instituições*, cit., vol. II, p. 435.

confissão, juramento) e ainda que por ele sejam responsáveis as partes, por haver deixado que se operasse uma preclusão (por exemplo, decadência da prova testemunhal pelo decurso do prazo).

A rigor, não se trata, porém, de simples problema de prova. A fórmula correntemente usada pela doutrina publicística da presunção *iuris tantum* de legitimidade do ato, que produziria a inversão do ônus da prova, para atribuí-lo a quem o afirma como ilegítimo, não é, na verdade, completamente exata, porque — já se viu há pouco — a não-conformidade com a lei pode não depender somente da inexata apreciação dos fatos, mas também da violação ou falsa aplicação da norma da lei; em suma e concretamente, a questão que o terceiro pode levantar para fazer reconhecer a injustiça da sentença é mais ampla do que uma simples revisão da questão de fato, e pode tocar toda a decisão sobre o mérito da causa. Mas, quando se tiver feito essa advertência, as expressões *presunção* e *inversão do ônus da prova* explicam o resultado prático a que conduzem esses vários princípios, que se integram entre si, e descrevem eficazmente a situação do terceiro que, em face da sentença pronunciada *inter alios* deve reagir ativamente, tomar a iniciativa e arcar com o ônus de demonstrar que ela é intrinsecamente injusta.

Assim, a solução aqui apresentada é, nos efeitos, muito vizinha daquela, às vezes sustentada e até acolhida pela jurisprudência, segundo a qual teria a sentença para os terceiros a eficácia de presunção ou de simples prova.²⁸ Especialmente a segunda opinião teve certa fortuna e pode vangloriar-se de origem ilustre, já que remonta a uma forte corrente da doutrina do direito comum;²⁹ isso não pode, entretanto, justificar sua acolhi-

²⁸ Fala, por exemplo, de presunção *iuris tantum* a Corte de Cass. de Florença, de 7 de abril de 1923, *Foro italiano*, 1923, Rep. palavra *Cosa fulgata*, n. 3; fala, pelo contrário, de prova a sentença da Ap. de Veneza, de 9 de maio de 1922, *Riv. di Dir. Commerciale*, 1922, II, p. 473.

²⁹ São notáveis nesse sentido as afirmações de SCACCIA, ALESSANDRO TARTAGNO, BUTRIGARIO, etc. V. completas referências em MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, ps. 38 e segs., e 43 e segs. e ainda p. 93 e segs. (doutrina francesa), p. 245 e segs. (doutrina anglo-americana), p. 362 e segs. (doutrina alemã). Na Itália, GALLUPPI, *Opposizione di terzo*, p. 149; LIPARI, *Caratteri e presupposti dell'opposizione*

da, porque o seu fundamento se revela muito débil ao simples exame. Com efeito, não se compreende como e por que possa uma sentença produzir para os terceiros efeitos de natureza diversa dos produzidos para as partes; e, além do mais, que tais efeitos sejam qualificados como prova e, por isso, limitados aos fatos, quando é, ao revés, pácífico que a verificação dos fatos não sobrevive absolutamente e para ninguém, tampouco para as partes, ao seu ofício meramente preparatório de formação lógica da sentença.³⁰ Contém a sentença a formulação da vontade do Estado no caso concreto, e, em comparação, a eficácia da prova não é um *minus*, mas um *aliud*. A tese da eficácia probatória da sentença para os terceiros carece totalmente de justificação em direito; mas é preciosa como intuição obscura, que se conservou tenazmente nos séculos, das necessidades práticas e equitativas de uma solução que salve para as partes, também em face dos terceiros, os resultados do processo ultimado, embora sem sujeitar irremediavelmente os próprios terceiros àqueles resultados, quicá injustos, privando-os de defesa normal e regular dos seus direitos.

A faculdade concedida ao terceiro de demonstrar a injustiça da sentença prolatada *inter alios* e de repelir, por isso, os seus efeitos danosos, corresponde, por fim, exatamente à chamada *exceptio mali processus*, que já se encontra esboçada em alguns fragmentos das Fontes, aceita com amplitude nem sempre igual no direito comum,³¹ e é ainda hoje conservada no Cód. Civil ita-

³⁰ CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, ps. 339 e 352.

³¹ Cfr., sobre o tema, KUTTNER, *Nebenwirkungen*, cit., p. 185; HEIM, op. cit., p. 205 e segs.; ROSENBERG, *Lehrbuch*, p. 140, com referência à singular. disposição do § 68 do ZPO (Cód. de Proc. Civil alemão).

di terzo, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1926, I, p. 53 e segs., que arquiteta a oposição de terceiro precisamente como remédio contra a eficácia de prova que teria a sentença em seu prejuízo: construção que corresponde às origens do instituto, mas que, pelas razões ditas, não vale para o direito vigente.

Contra: WACH, *Handbuch*, p. 629; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, op. cit., p. 362 e segs.; KUTTNER, *Privatrechtlichen Nebenwirkungen*, cit., p. 178. Não obstante, chegam alguns escritores a reconhecer que, na prática, tira o juiz, o mais das vezes, elementos de convicção de uma sentença prolatada *inter alios*; HEIM, *Feststellungswirkung*, p. 233 e segs.; KUTTNER, *Urteilswirkungen ausserhalb des ZPO.*, p. 7. Cfr., adiante, n. 48, nota 13. Dispõe a lei italiana expressamente, por exemplo, no art. 193 do

liano, para o vendedor em face do comprador evicto, *ex vi* do art. 1.497, disposição da qual, porém, não é lícito retirar argumento algum em favor da tese aqui sustentada ou contra ela,³² porque a singularidade das suas razões históricas não permitiria apoiar nela uma interpretação extensiva ou uma argumentação *a contrario*. De fato, era o vendedor, em princípio, considerado sujeito à coisa julgada formada contra aquele de quem adquiriu, sob condição de que lhe tivesse sido denunciada a lide a tempo; mais tarde se admitiu que equivalesse à denúncia a prova de que também a presença na causa do vendedor não teria podido evitar a sucumbência,³³ e, por fim, se inverteu o ônus dessa demonstração, pondo a cargo do vendedor a prova de "que havia motivos suficientes para fazer repelir a demanda" (art. 1.497 do Cód. Civil italiano). O cuidado especialíssimo e privilegiado, dedicado pelos escritores de todos os tempos ao estudo da garantia pela evicção, explica a sobrevivência insulada desta norma.

40. Mas nem todos os terceiros prejudicados pela sentença têm a faculdade de repelir-lhe o efeito com a demonstração da sua injustiça. Também esta, como qualquer outra atividade da parte no processo (art. 36 do Cód. de Proc. Civil italiano), só é admissível se apoiada por um interesse jurídico. Por isso, nenhum dos terceiros que sofrem com a sentença um simples prejuízo de fato tem aquela faculdade; esta só pertencerá aos que são titulares de direito incompatível com a sentença e por ela são, pois, juridicamente prejudicados. Com esse fim, aqui se invoca e aplica a distinção formulada por CHIOVENDA e por BETTI (cfr. acima, no texto, ns. 26 e 29).

³² Cfr., ao contrário, CHIOVENDA, *Principii*, p. 926, em nota, onde se cita também um escrito de PACENSTICHER que para um caso determinado (fiança) deduz da sua teoria pessoal "materialística" da coisa julgada resultado conforme ao defendido neste trabalho.

³³ SCACCIA, *De sententia et re iudicata*, gl. 14, qu. 12, n. 40.

¹ Art. 2.º do Cód. de Proc. Civil brasileiro.

Cód. Civil. Cfr. *Ciciv, Foro italiano*, 1932, I, p. 1.411; Corte de Cass., 26 de fevereiro de 1934, *Foro italiano*, 1934, I, p. 553, e nota de L. COVIELLO.

hoje de
interesse jurídico e legitimidade

Assim, para as duas categorias extremas de terceiros, as conseqüências que se deduzem desta teoria coincidem praticamente com as da opinião dominante. Por um lado, há os chamados terceiros juridicamente indiferentes (por exemplo, todos os credores do vencido) que são prejudicados de fato pela sentença, e não poderão, por isso, insurgir-se contra ela; diga-se o mesmo para as sentenças em matéria de estado, pronunciadas entre os legítimos contraditores, e porque a índole personalíssima dessas relações e a necessidade de que venham a ser configuradas uniformemente para todos, não consentem reconhecer a terceiros um interesse tutelado pelo direito de discutir e falar sobre aquelas relações; nesses casos, a eficácia natural da sentença, não podendo ser contraditada, equivale à autoridade da coisa julgada.^h Por outro lado, os terceiros que se dizem ti-

³⁴ REDENTI, *Giudizio civile*, p. 93.

^g Cfr., adiante, neste volume, ps. 74 e segs. e 204 e segs.

^h Tal é, em todos os países, a regra, tanto para os credores da parte, quanto para os terceiros em geral, em relação a uma sentença em matéria de estado. Há, porém, alguns casos especiais que merecem consideração mais demorada: sobretudo o dos terceiros dessas categorias, quando se acham em face de sentença fraudulenta, que foi efeito do dolo de ambas as partes, visando a prejudicá-lo. Neste caso, várias leis, por exemplo, a francesa (art. 474 do Cód. de Proc. Civil), a italiana (art. 512 do antigo Código de Proc. Civil; art. 404, segunda parte, do Cód. de Proc. Civil de 1940, atualmente vigente), e agora a portuguesa (art. 778 do Cód. de Proc. Civil), concedem ao terceiro um recurso extraordinário (oposição de terceiro, *terce-opposition*) para pleitear a anulação da sentença.

Onde esse remédio não existe, a opinião corrente considera a coisa julgada um obstáculo intransponível. Mas a solução não satisfaz, porque repugna admitir que o processo, instituído para garantir a justiça, possa servir de instrumento para perpetrar a fraude. Por isso, uma parte da doutrina procurou por vários caminhos elaborar remédio correspondente à oposição de terceiro: PAULO CUNHA, *Simulação processual e anulação do caso julgado* (Lisboa, 1935, anterior ao atual Código português); ROMERO SÁNCHEZ, *La pauliana contra las sentencias que son efecto de fraude de las partes*, em *Revista de la Escuela N. de Jurisprudencia* (México), t. 3.º, p. 377; COURURE, *La acción revocatoria de la cosa*

tulares do mesmo direito que foi objeto da decisão *inter alios* não podem ser por esta em nada prejudicados, visto que a relatividade necessariamente inerente a uma decisão entre duas pessoas não pode de nenhum modo influir sobre a posição de terceiro que, se for verdadeiramente o titular do direito controvertido, exclui, por isso, ambos os litigantes do mesmo direito.³⁵ A sentença que numa causa entre A e B declara A proprietário de um imóvel, não toca a posição de C, verdadeiro proprietário do imóvel, porquanto, não obstante o caráter real do direito controvertido, a decisão se limitou a resolver a controvérsia entre A e B.³⁶

³⁵ Conforme CHIOVENDA, *Principii*, p. 923, *Istituzioni*, I, p. 379 (trad., vol. I, p. 573).

³⁶ Sobre o caráter pessoal da relação jurídica, quando é deduzida em juízo, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, p. 15 (trad., vol. I, p. 44).

julgada fraudulenta, em *La Ley*, t. 16, 1939, sec. doct., p. 104, e *Fundamentos del derecho procesal civil*, ps. 215 e 263.

No Brasil, o terceiro, enquanto for tempo, pode interpor a apelação (art. 815); mas, uma vez decorrido o breve prazo ali estabelecido, a lei não prevê nenhum outro remédio. Sustentam alguns escritores que a ação rescisória pode ser proposta também pelos terceiros prejudicados (JORGE AMERICANO, *Ação Rescisória*, 2.ª ed., São Paulo, 1926, p. 108; PONTES DE MIRANDA, *Ação Rescisória das Sentenças*, Rio de Janeiro, 1934, p. 142); exciuem, porém, explícita ou implicitamente, dentre esses terceiros, os credores, sem fazer distinção, nem referência ao caso da fraude. Além disso, a ação rescisória só pode ser proposta em razão de vícios da sentença taxativamente enumerados (art. 789 do Cód. de Proc. Civil) e não se nos afigura, portanto, esse o remédio adequado para a hipótese que aqui consideramos.

Todavia, acolhendo os conceitos expostos neste livro, não deveria ser difícil outorgar ao terceiro, nesses casos excepcionais, tutela conveniente. O seu interesse, que, pelo caráter de subordinado ao das partes, não é normalmente suficiente a legitimar a insurreição contra a sentença (cfr. também, adiante, neste volume, p. 189), adquire dignidade e força nova, quando dirigida contra a fraude urdida em seu prejuízo. Pode ser que a coisa julgada constitua, ainda assim, um obstáculo invencível; mas a situação já é outra, se o terceiro tem de enfrentar simplesmente a eficácia natural da sentença. Como vimos há pouco, pode reagir contra a sua injustiça todo terceiro que seja titular de interesse jurídico em conflito com ela. É essa a situação dos terceiros das categorias aqui

Tornam-se os resultados, pelo contrário, muito diversos na vasta zona das relações conexas e complexas. Aqui, a sentença que decide da relação que é pressuposto da relação do terceiro, embora seja *res inter alios iudicata* e, portanto, privada da autoridade da coisa julgada com respeito a ele, projeta a sua eficácia natural em relação a todos, e o terceiro não poderá evitar o "prejuízo" que ela produzir também para ele, senão demonstrando sua intrínseca injustiça. A sentença contém, de fato, a formulação *autoritativa* da vontade do Estado, sobre a relação decidida, também para ele, que poderá repelir-lhe as consequências desfavoráveis, tão-só demonstrando que aquela vontade é, na realidade, diversa do modo como foi declarada pelo juiz.

consideradas? A solução do problema depende unicamente da resposta que dermos a esta pergunta.

Ora, eles têm ordinariamente um interesse "econômico", "de fato", e por isso não se podem insurgir contra a sentença; seu interesse porém, torna-se "jurídico", quando se volta contra a fraude, porque a lei — e especialmente a lei processual vigente — considera a tutela contra a fraude como fundamental exigência da ordem ética e jurídica. Neste caso, a proteção do interesse individual satisfaz também uma aspiração de caráter geral e social. A intenção fraudulenta quebra o laço de solidariedade de fato existente entre o interesse *principal* do devedor e o interesse *subordinado* do credor, tornando independente este último. Trata-se afinal do mesmo interesse que constitui o fundamento da ação pauliana de anulação dos atos fraudulentos, lesivos dos direitos dos credores (art. 106 e segs. do Cód. Civil); e não há razão nenhuma para supor que a proteção da lei seja em um caso menor do que em outro. Assim, qualquer disposição legal expressa se torna desnecessária, porque a admissibilidade da reação do terceiro prejudicado pela fraude decorre dos próprios princípios.

Por conseguinte, os terceiros das categorias aqui consideradas (qualquer terceiro em relação a uma sentença em matéria de estado, os credores em relação a uma sentença em que o seu devedor foi vencido), sempre que lhes for oposta uma sentença que prejudique e que foi o resultado da fraude das partes, poderão repelir o prejuízo, demonstrando que a sentença é objetivamente injusta e foi obtida com dolo, que visava a lesar os seus interesses. Por exemplo, na execução da sentença, um terceiro propõe embargos, alegando ser proprietário dos bens penhorados e exibindo uma sentença que declara a sua propriedade. Normalmente, o credor exequente nada pode fazer contra tal sentença, que ele

41. Não está, porém, o terceiro obrigado a esperar que a sentença lhe seja oposta em causa posterior. Querendo, pode tomar a iniciativa de fazer declarar a injustiça da sentença em relação a ele próprio, podendo propor com este fim a oposição de terceiro, com fundamento no art. 510 do Cód. de Proc. Civil italiano, a qual é, precisamente, o remédio específico concedido pela lei ao terceiro para impugnar o efeito danoso que a sentença *inter alios* é capaz de lhe causar; é necessário, todavia, que se trate verdadeiramente de terceiro e, portanto, não sujeito à coisa julgada, e que sofra com a sentença um prejuízo jurídico.³⁷

Ora, como se acentuou, são esses também os requisitos para que possa o terceiro demonstrar simplesmente a injustiça da sentença produzida em causa contra ele. Assim, coincide essa faculdade exatamente com a legitimação à oposição; trata-se de

³⁷ Concorde sobre estes dois requisitos, CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, p. 384 (trad., vol. I, p. 562); com a diferença que a demonstração dada por nós, da existência de efeitos da sentença para os terceiros, explica em que consiste o prejuízo.

deve reconhecer e respeitar. Não assim, porém, no caso de fraude: se ele conseguir demonstrar que a sentença exibida pelo suposto proprietário é injusta e fraudulenta, os embargos deverão ser declarados improcedentes e a execução poderá prosseguir. E assim por diante, em casos semelhantes.

Resumindo: o princípio geral é o de que terceiros, alcançados pela eficácia da sentença, não, porém, pela autoridade da coisa julgada, podem defender-se do prejuízo que a sentença injusta lhes produz, quando são titulares de interesse jurídico que se acha em conflito com o que nela foi declarado. Tal não é, normalmente, a situação dos terceiros em face da sentença em matéria de estado, nem dos credores em face da sentença proferida contra seu devedor, porque são titulares de interesse subordinado ao das partes e de conteúdo meramente econômico; eles devem respeitar e acatar a sentença, tal como foi pronunciada, sem lhe poder discutir o fundamento. O interesse desses terceiros torna-se, porém, jurídico, quando é dirigido contra a sentença fraudulenta: neste caso, volta a prevalecer também para eles o princípio geral e podem, portanto, impugnar a sentença que os prejudica. Proceda essa impugnação na simples forma de defesa ou de réplica à exceção de coisa julgada em todas as oportunidades em que uma das partes pretende utilizar a sentença contra eles.

Normalmente o 3º só fica sabendo qdo a sentença lhe é oposta

dois remédios paralelos, diversos somente nas conseqüências, porque a oposição leva à declaração da injustiça da sentença em ação principal, tirando-lhe vigor em relação ao terceiro para todos os efeitos; ao passo que a demonstração dada incidentalmente da injustiça da sentença impede somente que, no próprio processo, se deduza da mesma sentença o efeito danoso que dela se queria tirar contra ele, com resultado limitado ao mesmo processo.

Intervenção vs. Recurso

42. Consiste, pois, a conclusão deste trabalho na demonstração de que a sentença produz normalmente efeitos também para os terceiros, mas com intensidade menor que para as partes; porque, para estas, os efeitos se tornam imutáveis pela autoridade da coisa julgada, ao passo que para os terceiros podem ser combatidos com a demonstração da injustiça da sentença. Usando, de passagem, da terminologia do Código, poderá dizer-se que tem a sentença para as partes eficácia de presunção *iuris et de iure*; para os terceiros, pelo contrário, de presunção *iuris tantum*. Sem voltar à demonstração do fundamento em direito da tese exposta, é oportuno, todavia, ressaltar o lado prático e a equidade da solução a que ela conduz. Tem, em primeiro lugar, a vantagem de utilizar, na maior medida possível, a atividade processual exercida, em cada processo, pelo órgão jurisdicional e pelas partes, em benefício da economia do processo. Tende, além disso, a favorecer a harmonia dos resultados dos processos sobre relações conexas ou dependentes, diminuindo a possibilidade de contradições dos julgados; mas atinge esses fins sem sacrificar os direitos dos terceiros, aos quais outorga ampla faculdade de defesa nos casos em que a sentença pronunciada *inter alios* seja viciada por erro.

As teorias mais importantes neste campo dão lugar a inconvenientes notáveis, porque são obrigadas, ou a estender aos terceiros a coisa julgada ou, então, a recusar qualquer eficácia à sentença em relação a eles: ou tudo ou nada. Aplainam-se as dificuldades, admitindo-se solução intermédia, que amplia também aos terceiros a eficácia, não, porém, a autoridade da sentença. A diversidade de condição em que se acham as partes e os

terceiros justifica-se por si só: aquelas e não estes puderam desenvolver sua defesa por meios legalmente estabelecidos.

Por certo, ainda assim poderão surgir resultados aparentemente contraditórios; contudo, é preciso convencer-se da sua inevitabilidade, dentro de certos limites, se não se quiser admitir a eficácia plena, absoluta e definitiva da sentença em relação a todos: o que seria entre todas a solução pior, e, de fato, não foi adotada por legislador nenhum. Portanto, o que se pode e se deve procurar é a teoria que, relativamente, conduza a menores inconvenientes e contradições, e a aqui proposta parece corresponder a essa finalidade; reúne — assim nos parece — a mais rigorosa correção lógica com razoável oportunidade e uma intrínseca justiça nas conseqüências práticas. Para demonstrá-la foi preciso, de quando em quando, percorrer caminhos diversos dos até agora trilhados. Mas nenhuma audácia lógica pode ser condenada, quando sirva para justificar conclusão equitativa e praticamente satisfatória.

→ Condição

NOTAS AO § 7.º

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — Procurando individuar a nota comum que há de encontrar-se nas diversas formas de atividade do Poder Público — sem embargo da existência de características próprias a cada uma delas —, LIEBMAN examina, de início, a tese que estende a coisa julgada aos atos administrativos (n. 37). Excluem-se do exame as decisões da jurisdição administrativa, de natureza inquestionavelmente jurisdicional.¹

Para o Brasil, permanecem válidas as observações tecidas por LIEBMAN quanto ao poder da autoridade administrativa para anular ou revogar seus próprios atos. Vale lembrar a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu a nítida distinção entre as duas situações: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” A idéia é cediça em doutrina.² Do mesmo modo, não se discute quanto à competência da autoridade judiciária para declarar nulos os atos administrativos.³

¹ Nesse sentido, entre nós, ver, por todos, BRANDÃO CAVALCANTI, *Traçado de Direito Administrativo*, 1956, vol. 4, p. 317.

² Entre tantos, ver LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, 1975, p. 167 e segs.; SEABRA FAGUNDES, *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, in *RDA*, 2/487; GRINOVER, *Revogação e Anulação de Atos Administrativos*, in *RDP*, 21/123.

³ Além da mencionada Súmula n. 473, veja-se, por todos, SEABRA FAGUNDES, na esplêndida monografia *O Controle dos Atos Administrativos*

Recorde-se, ainda, que a Emenda Constitucional n.7, de 1977, prevê a criação de um sistema, que denomina “contencioso administrativo”; mas a expressão é inadequada, porquanto o art. 203 afirma que os tribunais do “contencioso” não possuem função jurisdicional, sujeitando-se ao controle do Poder Judiciário (arts. 122, II e 204 CF). Perante a Constituição vigente, portanto, a jurisdição brasileira continua una, não podendo a lei criar tribunais administrativos que exerçam função jurisdicional.⁴

Nesse sistema, nega-se expressamente que o ato administrativo possa revestir-se da autoridade da coisa julgada; e embora na linguagem tradicional dos administrativistas ainda se use da expressão “coisa julgada administrativa”, admite-se que o termo indica apenas a preclusão de efeitos internos, como irretratabilidade de certos atos perante a própria administração, inconfundível com a coisa julgada.⁵

2 — Prossequindo na busca da nota comum identificável em todos os atos do Poder Público, LIEBMAN a individua na presunção de legitimidade, da qual promanam a imperatividade e a normal exequibilidade dos atos públicos — de modo que sua invalidade não produz normalmente nulidade, mas simples anulabilidade do ato.

Quanto à presunção de legitimidade e à imperatividade do ato administrativo, a doutrina brasileira é pacífica.⁶ E com re-

⁴ Também nesse ponto não há divergência em doutrina: ver, sobre o assunto, de nossa autoria, *O Contencioso Administrativo na Emenda 7/1977*, in *Rev. Proc. Ger. Est.*, São Paulo, n.º 10, p. 247 e, em colaboração com ARAÚJO CINTRA e DINAMARCO, *Teoria Geral*, cit., n. 71.

⁵ LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo*, cit., p. 622 e segs.

⁶ Por todos, *Id.*, *ibid.*, p. 123 e segs., onde se colocam como atributos do ato administrativo, exatamente, a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade.

pele Poder Judiciário, Rio de Janeiro, 5.ª ed., 1979. Observe-se a tendência incipiente da doutrina no sentido de sujeitar o ato administrativo a certo controle jurisdicional, mesmo no mérito: ARAÚJO CINTRA, *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, São Paulo, 1978.

lação ao ato legislativo, sem embargo da posição clássica no sentido da nulidade *ipso iure* da lei inconstitucional, hoje os constitucionalistas colocam-se preferentemente na linha da mera anulabilidade, até mesmo quanto à lei eivada de inconstitucionalidade, exatamente porque “milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do poder público que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição.”⁷

Quanto à presunção de eficácia da sentença e à sua idoneidade para produzir em concreto seus efeitos naturais e normais, a doutrina brasileira é igualmente pacífica,⁸ sendo certo que no tocante à ação rescisória o código vigente não mais utiliza a expressão “será nula a sentença” (art. 798, CPC de 1939), mas sim “a sentença pode ser rescindida” (art. 485, CPC), claramente mostrando o que a doutrina já apontava: a sentença é válida, até ser desconstituída (anulabilidade).⁹

3 — Passando a analisar a sentença injusta — que contraria a lei quanto ao conteúdo, por ser a vontade concreta do direito diversa da declarada — LIEBMAN examina as categorias de terceiros prejudicados pela sentença que têm a faculdade de repeli-la, pela demonstração de sua injustiça (n. 40). A classificação — que toma como ponto de partida as formuladas por CHIOVENDA e BETTI¹⁰ — em terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados, dividindo-se estes em terceiros titulares do mesmo direito (e que não podem ser prejudicados) e terceiros que se situam na zona das relações conexas e complexas (e que podem sofrer o prejuízo), é aceita pela doutrina brasileira.¹¹

⁷ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, vol. I, São Paulo, 1976, p. 22. Importantes considerações tece o Autor sobre a anulabilidade *ex tunc*.

⁸ Ver, por todos, BUENO VIDIGAL, *Comentários*, cit., p. 175/176.

⁹ *Id.*, *ibid.*, ps. 23 e segs. e 39/40.

¹⁰ *Retro*, Notas ao § 5.º, n. 2.

¹¹ Ver, por todos, BUENO VIDIGAL, *Comentários*, cit., ps. 178 e segs. e 183 e segs.

4 — Importante posição toma LIEBMAN para o direito brasileiro quanto aos terceiros titulares de mero interesse econômico, de fato (e quanto aos terceiros, perante as sentenças em matéria de estado¹²) que se deparem com sentença fraudulenta, efeito do dolo de ambas as partes, com o fito de prejudicá-los (Aditamento *sub* “h”). Por desconhecer o sistema brasileiro um remédio como a oposição de terceiro, LIEBMAN considera, nesses casos, o terceiro legitimado a repelir o prejuízo, pela demonstração de que a sentença injusta visava a lesar os seus interesses, muito embora se trate de mero credor, cujo interesse não é jurídico.

A validade da observação permanece intacta perante o direito positivo atual, que só confere legitimação para recorrer e para ajuizar rescisória ao terceiro juridicamente prejudicado (arts. 499, § 1.º, e 487, II, CPC¹³). E a solução do Mestre é acolhida pela doutrina brasileira que reconhece que, nesses casos, o interesse de fato do terceiro se transforma em interesse jurídico, porquanto se insurge ele contra a fraude.¹⁴

Observe-se, ainda, que o art. 129, CPC vigente (repetindo o comando do art. 115 do Código revogado), impõe ao juiz que impeça que autor e réu se sirvam do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, devendo proferir sentença que obste a tais objetivos. E que, atualmente, o art. 487, inciso III, letra b), legitima o Ministério Público — que não seja parte — a propor ação rescisória para desconstituir sentença passada em julgado, proferida em processo fraudulento.

Assim, em caso de processo fraudulento, a doutrina considera hoje legitimados à rescisória o Ministério Público, a parte e o terceiro juridicamente interessado.¹⁵ Quanto ao credor, pre-

¹² O próprio LIEBMAN remete o leitor ao ensaio estampado neste volume, à p. 194 e segs.

¹³ Ver *retro*, Notas ao § 5.º, n. 6.

¹⁴ Ver, por todos, FREDERICO MARQUES, *Manual* cit., vol. 3.º, n. 697.

¹⁵ BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., p. 202. Mais restrita é a posição de BUENO VIDIGAL (*Comentários*, cit., p. 188) que considera exclusiva, nesse caso, a legitimação do Ministério Público.

judicado de fato, e portanto não legitimado à rescisória, permanece a solução de LIEBMAN como a única correta e equitativa.

5 — Quando e de que modo pode o terceiro juridicamente prejudicado pela sentença proferida *inter alios* opor-se a ela: é o que se examina no n. 41. E a doutrina brasileira endossa a posição do Mestre: podem os terceiros impugnar a sentença que os prejudica na simples forma de defesa ou réplica à exceção de coisa julgada, em todas as oportunidades em que uma das partes pretenda utilizar a sentença contra eles.¹⁶ Podem fazê-lo por ação própria,¹⁷ e ainda podem utilizar o recurso de terceiro prejudicado ou a ação rescisória. *

¹⁶ FREDERICO MARQUES, *Manual*, cit., p. 248.

¹⁷ BUENO VIDIGAL, *Comentários*, cit., ps. 179, 180, 182/183.

§ 8.º. APLICAÇÕES

SUMÁRIO: 43. Objeto do presente parágrafo. 44. Nulidade, revogação, resilição do negócio jurídico. 45. Ação de regresso. 46. Ação de indenização: seguro. 47. Obrigações solidárias. 48. Plança.

43. Sem reexaminar o fundamento jurídico das várias teorias sobre extensão subjetiva da sentença, pode ser interessante ver as suas aplicações em alguns casos mais controvertidos, porque daí virá a confirmação da superioridade prática da solução aqui proposta sobre todas as outras.

Interessam aqui, sobretudo, os casos de conexão ou de dependência entre duas relações jurídicas, ou de relações complexas com múltiplos sujeitos. Para aquilatar das variadas soluções propostas, convém, em primeiro lugar, ter presente a demonstração, dada a seu tempo, da inadmissibilidade das principais teorias que se digladiam sobre este tema. Limita a mais rigorosa, em todo caso, a coisa julgada às partes, e até aqui está com a razão, mas crê ter assim exaurido o seu mister, no que não está certa (v. acima, no texto, ns. 24 e segs. e 33 e segs). A que está dominando hoje indica, como critério principal para solução destes vários casos, a remissão às normas do direito substantivo, as quais, sós, deveriam determinar se há relações que não podem subsistir ou não subsistir respectivamente também para os terceiros; e apóia nesse fundamento os casos de extensão da coisa julgada aos terceiros, aplicando o critério com casuística variada e pouco coerente. Contudo, já se mostrou como essa formulação do problema peca por petição de princípio e carece de fundamento (acima, ns. 27 e 30). Por fim, a da eficácia reflexa da coisa julgada perante todos já se repeliu como

contrária às disposições do direito vigente italiano (acima, no texto, ns. 31 e 32).

Sem voltar a esse aspecto da questão, far-se-ão patentes agora os inconvenientes práticos dessas várias teorias.

44. A declaração de nulidade ou a anulação do ato jurídico agem retroativamente e, em consequência, podem opor-se aos terceiros que tenham auferido direitos à coisa alienada, ainda anteriormente à sentença que pronuncia a nulidade ou a anulação, com estrita aplicação da regra *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*; diga-se a mesma coisa para a revogação, rescisão ou rescisão (arts. 1.706, 1.096 e 1.520 do Cód. Civil italiano) ^{1 - a} — ressalvados, todavia, os direitos adquiridos pelos terceiros sobre bens imóveis, anteriormente à transcrição da demanda judicial, *ex vi* dos arts. 1.080, 1.088, 1.235, 1.308, 1.511, 1.553 e 1.787 do Cód. Civil italiano, cfr. art. 1.933, n. 3, e ressalvada a aplicação eventual do art. 707 do Cód. Civil italiano para os bens móveis; diga-se o mesmo, finalmente, para a simulação, nos limites em que se reputa oponível aos terceiros. ^{2 - b}

¹ Vale o mesmo também para a rescisão devida à condição resolutiva tácita, se se considerar que age retroativamente, como parece, argumentando-se com o art. 1.976 e a contrario com o art. 1.511 do Cód. Civil italiano. V., porém, em sentido contrário, BIGIAMI, *Riv. di Dir. Commerciale*, 1934, I, p. 695.

² Em sentido afirmativo, quando for a simulação provada por instrumento público (art. 1.319): N. COVELLO, *Trascrizione*, I, n. 290; L. COVELLO, *Giur. It.*, 1904, I, 1., p. 485; STOLVI, *Apparenza del diritto*, Modena, 1934, p. 22. Contra, porém, para os terceiros de boa fé, FERRARA, *Simulazione*, n. 62 e segs.; DE RUCCIERO, *Istituzioni*, 6ª ed., I, p. 243; CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, p. 156 (trad., vol. I, p. 247).

ADITAMENTOS AO § 8.º

^a V. o art. 158 do Cód. Civil brasileiro. Admite-se pacificamente que a nulidade, a anulação, a rescisão, etc. atingem também a terceiros que adquiriram os bens transmitidos com o ato julgado nulo, ou anulado, e assim por diante: cfr. CLÓVIS BEVILAQUA e CARVALHO SANTOS, nos respectivos comentários ao art. 158, e Trib. Ap. de São Paulo, ac. de 3 de fevereiro de 1943, *Rev. dos Tribunais*, 145-196.

^b Para o caso da simulação, v. EDUARDO ESPÍNOLA, *Código Civil brasileiro (Manual Paulo de Lacerda)*, vol. III, parte I, 2.ª ed., R'õ de Janeiro, 1929, p. 498 e segs.

Mas prevalece também a coisa julgada, formada sobre sentenças desse conteúdo, em relação a terceiros que permaneceram estranhos ao processo? Responde a doutrina dominante que não, com aplicação estrita da regra sobre limites subjetivos; ³ distinguem outros, remetendo o caso concreto às normas do direito substantivo; ⁴ aplica CARNELUTTI, ao contrário, sem exceção, seu conceito da eficácia reflexa em relação aos terceiros. ^{5 - d}

São pouco satisfatórias todas essas soluções: a primeira obriga o primeiro alienante, vencedor na causa de nulidade, resolução, etc., a demonstrar novamente o vício ou o motivo de rescisão em relação ao subadquirente, se não teve o cuidado (muitas vezes impossível, porque pode ele estar ignorante das vicissitudes que tiveram os bens controvertidos) de citá-lo para o primeiro processo; se se considerar que as provas necessárias

³ É esta doutrina tradicional na França, de POTHIER em diante (ZACHARIAE-CROME, *Manuale di diritto civile francese* (trad. ital., Milão, 1907), I, p. 413; PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique*, VII, n. 1.557; BAUDRY LACANTINERIE-BARDE, *Obrig.*, IV, n. 2.690; COLIN-CAPITANT, *Cours élém.*, II, p. 256), e na Itália (PESCATORE, *Spostizione compendiosa*, I, p. 263; MATTEOLO, *Trattato*, V, n. 101; GALLUPPI, *Opposizione di terzo*, p. 247; COVELLO, *Manuale*, p. 572; Corte de Cass. de 7 de abril de 1930, *Foro italiano*, 1930, I, p. 1.117, e de 11 de dezembro de 1931, *Foro italiano*, 1932, I, p. 348.

⁴ CHIOVENDA, *Principii*, p. 924, o qual, porém, não se pronuncia sobre os casos aqui examinados.

⁵ CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa*, em *Studi*, cit., I, p. 429; *Lezioni*, IV, n. 387.

^c Como resulta do texto, duas são, nesses casos, as questões e devem considerar-se distintamente: a primeira, de direito substancial, consiste em saber se a invalidade do ato de alienação entre A (primeiro alienante) e B (primeiro adquirente) acarreta também a invalidade do ato consequente de transmissão entre B e C (subadquirente). Se a resposta é afirmativa, surge a segunda questão, que é de direito processual, e consiste em estabelecer até que ponto a sentença proferida entre A e B prevalece como solução justa do caso controverso também em relação a C, ou se pode ser por ele discutida e impugnada.

Confunde as duas questões AURELIANO DE GUSMÃO, *op. cit.*, p. 61 e segs.

^d Em sentido conforme, JOÃO MONTEIRO, *Processo Civil*, § 245, nota 5.

podem não ser preconstituídas e exigir a audiência de testemunhas, realização de perícia, etc., vê-se a que ônus e a que perigo se sujeita o vencedor do primeiro processo.

A solução oposta levanta objeções ainda mais graves, visto como — posta de lado a sua contradição como direito positivo — é iníquo onerar o terceiro com as conseqüências da defesa quiçá insuficiente, talvez até dolosa, do primeiro adquirente. Quem distingue cada caso de per si, cai ora em uns, ora em outros inconvenientes.

Considera, entretanto, as razões contrastantes das partes quem admite que a sentença tenha seu efeito normal de declaração ou de mudança de situação jurídica, também em relação ao terceiro, mas que possa este contestar-lhe a procedência⁶ e, além do mais, repelir os meios de prova que, válidos entre as partes, não têm valor contra ele (arts. 1.327 e 1.319 do Cód. Civil italiano), sem o que se daria às partes meio muito simples para elidir as disposições da lei de tutela dos terceiros.

45. Há um grupo de casos em que se apresenta a questão em termos semelhantes: tais são aqueles em que cabe ao vencido no processo a ação de regresso contra terceiro.

Ainda aqui há uma relação de dependência entre duas obrigações, mediante a qual da existência ou inexistência de uma delas depende o nascimento da outra. Como é do conhecimento de todos, o titular da ação de regresso (fiador-réu para o pagamento, adquirente ameaçado de evicção) pode chamar em garantia ou, pelo menos, chamar à causa o garante (devedor principal, alienante), obtendo assim a extensão da coisa julgada e, portanto, a declaração indiscutível, também em relação a ele, do pressuposto da ação de regresso. Se, porém, não o faz, que efeito terá a sentença em relação ao garante? Posto de lado o caso expressamente resolvido pelo art. 1.497 do Cód. Civil italiano ("cessa a garantia por causa da evicção quando o comprador se deixa condenar por sentença passada em julgado, sem

⁶ E a tese acolhida por algumas sentenças, embora com a inexacta motivação da eficácia de presunção ou de prova da sentença contra terceiro. V. acima, no texto, § 7º, nota 28.

chamar a juízo o vendedor, se provar este que havia motivos suficientes para rejeitar a demanda"), solução idêntica deve adotar-se também em todos os outros casos, se se quiser evitar os inconvenientes costumeiros.*

46. Não muda o problema, quando couber ao vencido simples ação de indenização. Assim, se o segurado pela responsabilidade civil for condenado a ressarcir os danos por ele causados a terceiro, surgirá para o segurador a obrigação de indenizar o sinistro. Mas, então, não encontrará juiz disposto a exigir do segurado a prova do acidente por ele causado ao terceiro e por culpa própria, que no juízo precedente ele naturalmente negou com toda a energia possível.

Entretanto, tampouco é possível (e seria iníquo) sujeitar o segurador à coisa julgada. Torna-se mais grave o caso, por isso que as apólices de seguro sobre responsabilidade civil contêm normalmente a proibição da citação do segurador para a causa intentada pelo terceiro acidentado.⁷ A equidade da solução aqui apresentada (vale a sentença também contra o segurador, se não provar este que é injusta) impõe-se tão manifestamente que ainda recentemente foi invocada para a hipótese a aplicação analógica do art. 1.497 do Cód. Civil italiano,⁸ tese que, porém, seria nesses termos insustentável, se se devesse considerar, segundo a lição comum, que a norma tenha caráter excepcional.

⁷ Tem a jurisprudência como válida tal cláusula: Corte de Cass. de 23 de maio de 1934, *Foro italiano*, 1934, I, p. 987. Contra: LIPARI, *Circolo giuridico*, 1934, fasc. III.

⁸ LORDI, *Riv. di Dir. Commerciale*, 1934, II, p. 594.

* O direito brasileiro dá solução diferente ao caso da evicção, porque, segundo o art. 1.116 do Cód. Civil, para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente deve notificar do litígio o alienante, quando e como lho determinarem as leis do processo (arts. 95 e segs. do Cód. de Proc. Civil). Portanto, a autoridade da coisa julgada se estende ao alienante notificado.

Nos outros casos, em que falta uma disposição equivalente, a ação de regresso pode ser exercitada ainda que o garante não seja notificado do processo, e nesta hipótese valem as observações do texto.

47. Não muda o problema nos casos de coobrigação. Em primeiro lugar, nas obrigações solidárias, que estão entre as mais tormentosas para a questão que aqui nos interessa. ⁹ Que valor terá a sentença que condena ou absolve um devedor em relação com os co-devedores solidários? Ou em relação com os co-credores, se se trata de solidariedade ativa? Sustentam alguns a extensão da coisa julgada; outros a negam, e distinguem outros entre julgado favorável ou desfavorável.⁸

As complicações e os inconvenientes de todas essas soluções são tantos que não se pode amainar a polêmica. E parece que a conclusão mais justa será a de ampliar-se ao terceiro a eficácia da sentença, mas sem a autoridade da coisa julgada, deixando-lhe, pois, íntegra a faculdade de contestar a eficácia da sentença.

48. Obtida pelo credor sentença contra o devedor principal ou contra a sociedade em nome coletivo, estender-se-á a coisa julgada sobre a existência ou inexistência da obrigação principal ao fiador e respectivamente ao sócio responsável ilimitadamente?

A pergunta é típica e já foi lembrada, mais acima, no texto: todas as respostas tiveram defensores, tanto a afirmativa¹⁰ como a negativa,¹¹ bem como a que distingue entre julgado favorável e desfavorável.^{12 - h}

⁹ O caso, estudou-o acuradamente COSTA, *Intervento coatto*, cit., ns. 18 e 19, p. 51 e segs.

¹⁰ POTHIER, *Oblig.*, IV, c. 3, n. 908; TROPLONG, *Cautionnement*, n. 511; MERLIN, *Questions de droit. Chose Jugée*, 18, n. 5; CARNELUTTI, *Lezioni*, loc. cit.

Para o caso da sociedade, NAVARRINI, *Soc. e assoc. comm.*, n. 195 bis; Corte de Cass. de 3 de maio de 1928, *Giur. it.*, 1928, 1, 1, p. 717.

¹¹ LAURENT, *Principes*, XX, § 118; RICCI, *Diritto civile*, IX, n. 324. Conforme para a sociedade: Ap. de Milão de 20 de outubro de 1931, *Foro Lombardia*, 1932, p. 383.

¹² MATTIROLO, *Trattato*, V, n. 123; GIORGI, *Obbligazioni*, I, p. 197, e os citados acima no § 5º, notas 43 e 44, embora com motivação diversa.

¹ Assim, JOÃO MONTEIRO, loc. cit., nota 8.

² Nesse sentido, PAULA BATISTA, op. cit., § 188.

^h Nesse sentido, PAULA BATISTA, loc. cit.

E, então, ou se obriga o credor a recomeçar novamente a demonstração da existência da obrigação principal, também na causa promovida contra o fiador, ou, vice-versa, se fazem recair sobre este último as conseqüências da atividade processual, talvez insuficiente, do devedor principal. Nem uma nem outra solução, satisfazem a prática, que segue, de ordinário, mais ou menos conscientemente,¹³ a tese aqui sustentada: não caberá ao credor demonstrar a existência da obrigação principal, mas eventualmente ao fiador a sua inexistência.¹¹

¹³ Notável sobretudo o testemunho de BACHMANN, *Das rechtskraeftige Zivilurteil*, cit., p. 55, que é essencialmente um prático, e escreve: "o juiz do segundo processo adere, o mais das vezes, aos motivos convincentes da sentença precedente. Por isso, a sentença prolatada contra o devedor cria de fato a situação do credor vitorioso, como se o ónus da prova viesse a inverter-se. Mas este efeito de fato muitíssimo importante no processo ... não se deve confundir com uma eficácia probatória".

¹¹ De eficácia probatória em relação ao fiador fala, de fato, a Corte de Cass. de 15 de janeiro de 1934, *Massimario Foro Italiano*, 1934, p. 12.

Conforme, a respeito do sócio, Ap. de Milão de 7 de abril de 1931, *Monitore Tribunali*, 1931, p. 856.

NOTAS AO § 8.º

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — No último capítulo da obra, a teoria é submetida ao banco de prova das aplicações concretas. E as soluções dadas para os casos apontados adaptam-se perfeitamente ao direito brasileiro, que as acolhe.

Nada de novo releva acrescer às observações de LIEBMAN quanto à nulidade ou anulação do ato jurídico, com relação a terceiros (Aditamentos *sub a*), *b*), *c*) e *d*)).

Vejamos, pois, as demais figuras.

2 — No n. 45, cuida-se da ação de regresso do sucumbente contra o terceiro, nos casos em que não se fez a denúncia da lide (*chiamata in garanzia*) ou o chamamento ao processo (*chiamata in causa*, mais ampla porém no direito italiano).

O Código de 1973 inovou profundamente a matéria.

O “chamamento à autoria” do estatuto de 1939 (arts. 95/98) transformou-se na denúncia da lide dos atuais arts. 70/76; e o instituto, que se limitava aos riscos da evicção, foi ampliado para abranger, além daqueles (art. 70, I), casos diversos (inciso II: denúncia ao proprietário ou ao possuidor direto; inciso III: conservação de qualquer direito de garantia, desvinculado da evicção e das ações reais).¹ A nota fundamental do novo instituto reside na cumulação da ação regressiva contra o denunciado, adotado assim o sistema italiano (art. 76, CPC

¹ Sobre a evolução do instituto, ver DINAMARCO, *Direito Processual*, cit., n. 97 e segs. Quanto à figura, no código revogado, consulte-se a importante monografia de ARAUJO CINTRA, *Do chamamento à autoria*, cit.

brasileiro), devendo notar-se que, apesar da redação defeituosa do dispositivo, se entende que tanto o autor como o réu podem denunciar.

Quanto ao chamamento ao processo, o código brasileiro vigente inspirou-se no direito português, embora a figura tenha correspondentes no direito alemão e no italiano: é que a enumeração do art. 77, CPC, nos vem toda do direito português. Destina-se o instituto à reunião dos coobrigados, por iniciativa daquele que foi chamado a juízo pelo autor (arts. 77/80).² Aqui também, a nota fundamental está em possibilitar que o fiador, ou devedor solidário, tomando a iniciativa de chamar ao processo aquele perante quem tem direito regressivo em caso de sucumbência, consiga sua condenação conjuntamente com ele, tornando desnecessária a ação de regresso (art. 80).

Não há dúvida de que o chamamento ao processo é facultativo: é o que resulta da dicção do art. 77, *caput* (“é admissível o chamamento do processo”). Não efetuado o chamamento, portanto, aplica-se a solução indicada por LIEBMAN no texto, quanto à situação do terceiro (ver Aditamento *sub “e”*). Mas, quanto à denúncia da lide, é diversa a redação do art. 70 *caput*, que diz: “A denúncia da lide é obrigatória.” Que significa essa “obrigatoriedade”, e qual a sanção pelo descumprimento da denúnciação?

Relativamente à evicção, não se discute que, para poder exercer o direito que desta lhe resulta, o adquirente deve denunciar a lide ao alienante, porquanto há dispositivo expresso nesse sentido, na lei material (art. 1.116, Código Civil). Nos outros casos, porém, em que falta disposição equivalente, ainda é válida a lição de LIEBMAN: a ação de regresso pode ser exercida, ainda que não tenha havido denúncia, e nesta hipótese aplicam-se as observações do texto.³

² DINAMARCO, op. cit., n. 106 e segs.

³ Apesar da autorizada opinião de BARBI, no sentido de o ônus da denúncia, se descumprido, acarretar a perda do direito de garantia ou de regresso em todos os casos (*Comentários*, cit., tomo II, n. 408), doutrina e jurisprudência colocam-se em sentido oposto: ver DINAMARCO,

3 — No n. 46, LIEBMAN resolve da mesma forma a hipótese de ação de indenização contra o segurador, cabente ao segurado sucumbente na ação de responsabilidade civil.

O que vale lembrar, aqui, é a divergência trazida pelo instituto da denunciação da lide, que para uns se aplicaria, para outros não, ao caso de seguro. É bem de ver, antes de mais nada, que se acionado for o segurador — como, *v.g.*, nos casos de acidentes do trabalho —, não poderá ele denunciar a lide ao segurado (no caso, *v.g.*, de infração contratual), pois nessa hipótese não se cuida de obrigação de indenizar, por força de contrato ou de lei. Diversa é a hipótese da ação movida contra o segurado, que poderia chamar a juízo o segurador, estendendo-se-lhe então a coisa julgada e formando-se o título executivo, em caso de condenação, também contra o litisdenunciado.

Para o deslinde da questão, é importante atentar para a evolução doutrinária e jurisprudencial que levou à reestruturação do antigo instituto do chamamento à autoria. A doutrina entendia ser a figura cabível só nas ações reais, mas não raro a jurisprudência admitia o chamamento do segurador, nas ações de indenização por responsabilidade civil (especialmente as relativas a acidentes automobilísticos). Como notou CÂNDIDO DINAMARCO,⁴ “esse alargamento do instituto do chamamento à autoria, ainda que contrário à letra, ao espírito e à própria tradição da lei brasileira, estava a demonstrar que ele estava traçado entre nós em limites muito estreitos”. Foi por essa razão que o código de 1973 operou a ampliação, e parece certo que é exatamente nas ações pessoais para ressarcimento de dano que surge, agora, a grande utilidade do instituto, em sua novel reestruturação.⁵

Não obstante, vale recordar a opinião oposta de BARBI, para quem na “ação regressiva” só se devem compreender os casos

⁴ DINAMARCO, *Direito processual* cit., n. 103.

⁵ *Id.*, op. e loc. citis.

op. cit., n. 105, para quem o ônus, afora os casos de evicção, significa apenas a perda do benefício do art. 76. Cfr. S. SANCHES, *Conseqüências da não-denunciação da lide*, in *Julgados* do TASP, 46/82, e *Rev. Jur. TJSP*,

em que o direito provém de outra pessoa; no caso do seguro — argumenta-se —, a seguradora não cedeu ou transferiu qualquer direito ao denunciante, apenas obrigando-se a indenizá-lo. Não existiria, assim, o direito de garantia que normalmente justifica a denunciação da lide.⁶

Mas a jurisprudência, embora ainda contraditória, já prevalece no sentido da aplicabilidade do instituto a casos que tais.⁷

Seja como for, aplique-se ou não ao segurado o instituto da denunciação — e dentro da linha que a entende facultativa em casos diversos do da evicção⁸ —, desde que não efetuada, a solução da hipótese não difere das demais, ajustando-se-lhe *in totum* a argumentação de LIEBMAN.

4 — Quanto às obrigações solidárias e à fiança, nada de novo cabe acrescentar às observações do texto, cuja aplicabilidade ao direito brasileiro é pacífica, consoante já se viu *retro*, principalmente nas Notas ao § 5.º, n. 5.

⁶ BARBI, *Comentários*, cit., n. 408.

⁷ Cfr. ARRUDA ALVIM, FORNACIARI e ZILSCH, *Jurisprudência do CPC*, São Paulo, 1978, n.º 105 (Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo). O mesmo Tribunal, porém, ainda não se pacificou, como se vê do Acórdão *sub* n. 106 (*ibidem*).

⁸ *Supra*, nestas Notas, n. 2.

47/13. A jurisprudência é remansosa: entre tantos, ver Acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, in GUSMÃO CARNEIRO, *O Novo CPC nos Tribunais do R. G. S. e Santa Catarina*, vol. I, Porto Alegre, 1976, n. 0118.

OUTROS ENSAIOS SOBRE A COISA JULGADA

Constantes da Primeira Edição Brasileira

I

AINDA SOBRE A SENTENÇA E SOBRE
A COISA JULGADA *

Para dar um pouco de ordem ao que desejo explanar, começo por sintetizar em proposições, breves e poucas, as conclusões principais a que cheguei.

I. A declaração oriunda da sentença, assim como seus outros efeitos possíveis, pode conceber-se e produz-se independentemente da coisa julgada; na aptidão da sentença em produzir os seus efeitos e na efetiva produção deles (quaisquer que sejam, segundo o seu conteúdo) consiste a sua eficácia, e esta se acha subordinada à validade da sentença, isto é, à sua conformidade com a lei.

II. A eficácia da sentença, nos limites de seu objeto, não sofre nenhuma limitação subjetiva; vale em face de todos.

III. A autoridade da coisa julgada não é efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos e a todos os seus efeitos referente, isto é, precisamente a sua imutabilidade. Ela está limitada subjetivamente só às partes do processo.

IV. Conseqüentemente, todos os terceiros estão sujeitos à eficácia da sentença, não, porém, à autoridade da coisa julgada; a sentença, nos limites do seu objeto, é sempre oponível a eles, que lhes podem repelir os efeitos, demonstrando a sua injustiça, uma vez que tenham interesse jurídico nessa demonstração.

Ocupar-me-ei separadamente de cada um desses pontos, com a esperança de demonstrar que as objeções que se me opuseram não têm fundamento.

* Artigo publicado em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1936, I, p. 237. Omite-se aqui uma breve parte introdutiva, sem interesse. Replicou a este artigo CARNELUTTI, encerrando a polémica, em *Rivista*, cit., 1937, I, p. 78.

Não há nenhuma razão lógica que obrigue a colocar a coisa julgada em correlação particular com a função declaratória da sentença.

Se se distinguirem os efeitos desta, segundo a lição comum, em declaratórios, constitutivos e executórios, concebe-se cada um deles também sem aquela definitividade especial ou indiscutibilidade em que consiste a autoridade da coisa julgada; e, vice-versa, surge para todos, igualmente, em certo momento, a exigência prática e política da sua imutabilidade, da sua duração ou permanência no tempo.

Não se pode, por exemplo, duvidar, quanto ao efeito executório, de que ele é admissível independentemente da autoridade da coisa julgada, pois o atribui a lei também à sentença não passada em julgado e até a atos administrativos ou privados, por certo não suscetíveis de adquirir essa autoridade; e o mesmo se pode dizer, quanto ao efeito constitutivo, por sua natureza, idêntico aos efeitos de um negócio jurídico.¹

Ora, outro tanto se deve dizer para o efeito declaratório: também a eficácia da declaração se concebe independentemente da coisa julgada. Quando esta concorre para reforçá-la, ela se produz de modo mais pleno, mais seguro, mais estável, o que, todavia, não impede que tenha sua importância também sozinha, se bem que esteja em tal hipótese sujeita a ceder nos casos e nos modos que veremos.

É natural que essa afirmação, contraditando a opinião comum, que identifica a eficácia da declaração com a coisa julgada, tenha suscitado as maiores críticas.²

¹ Para a opinião comum sobre este ponto e para as conseqüências excessivas que delas tiraram inúmeros escritores; cfr. as citações na minha *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., p. 13 e segs. (neste volume, p. 20); cfr. também BETTI, *Diritto Processuale Civile*, Roma, 1936, p. 455.

² SATTI, *Riv. di Dir. Commerciale*, 1935, I, p. 364 e segs.; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milão, 1935, p. 39; CRISTOPOLINI, *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1935, I, p. 299; e substancialmente também GOLDSCHMIDT na resenha cortês da *Revue*

Conhecem-se, aliás, as razões tradicionais, de um lado, as psicológicas e práticas, de outro, que explicam a resistência tenaz encontrada na tentativa de cindir os dois conceitos e dois institutos distintos. Além das razões referidas,³ outra se deve lembrar que é, talvez, a mais insidiosa: nem sempre se tem presente o fato de que a atividade do juiz, ainda na declaração, não se resolve pura e simplesmente num julgamento ou numa operação lógica. Se assim fosse, certamente não poderia esse julgamento ter efeito algum senão enquanto a lei lhe estabelecesse a incontestabilidade e impedisse assim de qualquer modo um julgamento contrário. Mas se se sustentar (como hoje é ensinamento comum)⁴ que todas as decisões do juiz, ainda as que constituem mera declaração, contêm um ato de vontade, isto é, têm natureza de *comando*, já não há dificuldade alguma em admitir que valham e logrem eficácia, embora sujeitas a ser, de qualquer modo, mudadas ou contraditadas.⁵ Esclarecidas as obscuridades e os equívocos que decorrem de concepções superadas, deveria, então, ser possível enfrentar corajosamente o problema proposto, para ver que coisa se esconde realmente sob a fórmula solene da autoridade da coisa julgada.

Primeiramente, se se reconhecer, como quase todos fazem,⁶ que a coisa julgada não representa um caráter logicamente essencial da função jurisdicional, não se pode deixar de concluir que o conceito lógico da sentença requer forma de eficácia di-

³ *Cfr. Efficacia*, cit., ps. 2 e segs., e 11 e segs. (neste volume, ps. 2 e 18).

⁴ V., entre todos, CHROVENDA, *Saggi*, I, p. 78, *Principii*, ps. 109, em nota, e 157, e com referência particular à coisa julgada, *Saggi*, II, p. 407.

⁵ Por isso, não prevalece a objeção de que "uma eficácia da sentença como declaração, sem a coisa julgada, será eficácia lógica, não eficácia jurídica" (ALLOLIO, op. cit., p. 39): um comando tem valor, embora possa ser mudado, substituído, ou contraditado por um comando contrário.

⁶ As indicações dadas na *Efficacia*, p. 25 (neste volume, p. 39), acrescente-se também RESTA, op. cit., p. 112, o qual adverte que também: no direito muçulmano parece desconhecida a coisa julgada.

Internationale de la Théorie du Droit, 1936, p. 155. Mais expedito é CARNELUTTI, *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, 1935, I, p. 205 e segs.

Favoráveis parecem, pelo contrário, RESTA, *Revoca degli atti amministrativi*, MILÃO, 1935, ps. 74-77; LEONE, *Riv. It. di Dir. Penale*, 1936, p. 29, nota; D'OMORIO, *Riv. It. di Scienze Giuridiche*, 1935, p. 400; e também BETTI, op. cit., p. 578, embora venha a aceder à opinião comum.

versa e distinta da autoridade da coisa julgada, isto é, que a sentença pode e deve ser tida como eficaz, independentemente da autoridade da coisa julgada, que lhe é um atributo possível, não, porém, necessário.

O que se disse vale não só para a coisa julgada formal, mas também, e sobretudo, para a substancial; isto é, em outros termos, é a sentença eficaz, embora possa ainda mudar-se por um juiz superior e possa em determinados casos ser contraditada por outra sentença, em processo novo. Essas possibilidades mais ou menos longínquas não a impedem de lograr, no entanto, a sua própria eficácia. Só a coisa julgada, se intervier em ajuda e reforço dessa eficácia, a põe a salvo desse perigo.

Em segundo lugar, se se quiser classificar os efeitos das sentenças segundo o modo como agem sobre as relações jurídicas das partes, quer dizer, consoante a sua natureza, é necessário colocar, ao lado dos possíveis efeitos, constitutivo ou executório, também o declaratório, presente em todas as sentenças, mas que, às vezes, está sozinho, como na sentença meramente declaratória, e considerá-lo, por exigência de homogeneidade, em sua figura pura e *natural*, isto é, independentemente da sua definitividade ou incontestabilidade, que é seu atributo possível, útil, importante, mas que nada tem a ver com esta classificação, e, em todo caso, não tem motivo para referir-se ao efeito declaratório mais que ao executório ou constitutivo. Dois são, neste ponto, os lugares comuns que não têm fundamento: a) não é verdade que o efeito declaratório se possa produzir sem a autoridade da coisa julgada; b) nem que a ele só se refira a coisa julgada.

Razão sistemática apóia essas razões lógicas. Se perguntarmos qual é a categoria mais ampla na qual é possível e útil abranger a sentença, devemos responder que é a dos atos do Estado. Não é este o caminho trilhado de ordinário, porque se prefere, ao contrário, por uma concepção anacrônica, comparar a sentença ao contrato.⁷ Mas é tempo de libertar-se desta tra-

⁷ Neste sentido ainda CARNELUTTI, op. cit., p. 206 e segs., o que é surpreendente, porque foi ele precisamente quem advertiu da necessidade de distinguir nos atos jurídicos o grupo dos *provimentos*, contrapondo-os aos *negócios* (*Lezioni*, VII, n. 881).

dição cujas causas não é difícil reconhecer e decidir-se a tirar todas as conseqüências também sistemáticas oriundas do ponto firme, comumente admitido, de que o processo é uma atividade pública, que o Estado exerce em função da soberania, e de que a sentença contém a manifestação da vontade do Estado, proferida por autoridade instituída precisamente com tal mister, e não (como acontecia em outros tempos) por força de contrato estipulado entre as partes. Limitando, para simplificação, o cotejo ao ato administrativo, porque também ele, como a sentença, tem conteúdo concreto (nem o resultado mudaria se se tomasse em conta também o ato legislativo), verifica-se que a sentença se diferencia quanto à eficácia, por isso que a coisa julgada, exclusivamente própria da função jurisdicional, lhe confere uma eficácia reforçada e mais intensa do que a do ato administrativo.

Parece, pois, lícito propor o problema da decomposição, em seus elementos constitutivos, desse conceito complexo a que a lei e a tradição chamam autoridade da coisa julgada, e considerar, de conseguinte, na sentença, em primeiro lugar, a eficácia, em sua figura natural, semelhante à do ato administrativo, a respeito da qual a coisa julgada própria e verdadeira não é senão um particular e possível, mas não necessário, modo de ser. Este atributo qualifica a eficácia de modo tão característico que parece quase prevalecer sobre ela e absorvê-la. Seria erro lógico evidente, porém, trocar o sujeito com seu predicado e ver a essência do instituto naquilo que é somente uma qualidade sua.

Insulado assim o conceito da eficácia natural da sentença, daí decorre, em primeiro lugar, confirmado o acerto da distinção, defendida por CARNELUTTI, entre imperatividade e imutabilidade da sentença; assim como pode ser eficaz um ato administrativo, embora não seja nem definitivo nem irrevogável, também pode a sentença ser eficaz, ainda que não se tenha tornado imutável com a passagem em julgado, embora esteja ainda sujeita a ser substituída por outra sentença, por parte de um juiz superior.

... Entende-se que permanece não prejudicada a questão ulterior da possibilidade e da oportunidade de construir a categoria unitária do ato jurídico, a qual pressupõe evidentemente clareza e ordem de conceitos nas classificações intermédias.

Permanece, ao revés, incompreensível a identificação, sustentada por CARNELUTTI, dessa eficácia com a autoridade da coisa julgada, o que é evidentemente coisa bem diversa.

Mas outro e mais importante caráter da eficácia deve realçar-se: “ainda independentemente da possibilidade de que seja a sentença reformada, sua eficácia não é incondicional, visto que está sempre subordinada à legitimidade da sentença, tal como se dá para os outros atos do Estado. Em outros termos, também para a sentença se estabelece, em princípio, o problema da sua validade, sem a qual desaparece toda a sua eficácia.

É duvidoso, ou pelo menos muito raro, o caso de que possa surgir para uma lei o problema da sua conformidade com o direito, mas é certo que, se se apresentar o caso de uma lei viciada, podem os órgãos instituídos para a aplicação das leis recusar-se a reconhecer-lhe eficácia, independentemente da sua ab-rogação. Muito mais evidente e mais freqüente é o problema quanto aos atos administrativos, para os quais expressamente dispôs a lei que não devem ser aplicados quando forem ilegítimos (art. 5.º da lei de 20 de março de 1865, anexo E), independentemente da sua anulação. Deverá o mesmo princípio valer para a sentença: também esta só é eficaz quando se conformar com as leis — esta condição é para a sentença muito mais imperiosa do que para os outros atos do Estado, quando o juiz está, muito mais do que quaisquer outros órgãos públicos, vinculado em sua atividade a determinados pressupostos estabelecidos pela lei, visto como, a bem dizer, é menor o seu poder discricionário.

Entre os vícios de ilegitimidade da sentença, o mais importante, pelo menos para o que aqui nos interessa, é a sua possível injustiça, que diz respeito à sentença em seu conteúdo de julgamento e pode resultar tanto de erro de direito como de erro de fato do juiz. A injustiça da sentença consiste, em geral, na falta de correspondência da decisão com a efetiva vontade concreta do Estado para o caso decidido. Qualquer juiz, perante o qual se quer valer um efeito da decisão, poderá apreciar a justiça da

* Cfr., para o que segue, *Efficacia ed autorità*, cit., p. 3 e segs. e § 7º (neste volume, ps. 5 e 132 e segs.), com copiosas indicações bibliográficas.

sentença e recusar-se a reconhecer-lhe a eficácia, se o resultado do reexame vem a ser negativo. Todavia, quem pretender valer-se da eficácia da sentença em favor próprio, não tem necessidade de demonstrar, de cada vez, a justiça da sentença, visto que milita em seu favor — por igual, imanente em todos os outros atos do Estado — o princípio da conformidade normal com o direito (a chamada presunção de legitimidade dos atos do Estado); e vice-versa, quem for por ela prejudicado pode demonstrar a injustiça da sentença e assim repelir o prejuízo que para ele decorreria. Observou-se⁹ que as sentenças deveriam ter (diferentemente dos atos administrativos) mais de uma presunção simples de legitimidade, porque contêm uma declaração, e não só nos motivos, mas também na destinação precípua do ato; mas, expressando-se desse modo, não se considerou que é o fundamento dessa mesma declaração que pode ser contestado e daí a conformidade com a situação jurídica concreta efetivamente existente.

A combinação desses vários princípios tem como consequência a possibilidade da prolação de sentenças contraditórias. A evita-la, provê o instituto da coisa julgada, que torna a sentença (se for lícita a paráfrase) *legibus soluta*, no sentido de que coloca sua eficácia além e a seguro de toda apreciação de seu fundamento, tanto por parte do juiz de recurso (coisa julgada formal), como por parte de outro juiz em eventual e novo processo (coisa julgada substancial); mas a existência desse instituto no direito positivo é justamente a prova mais segura da possibilidade lógica da contradicção das sentenças e da sua possibilidade prática nos casos — se os há — em que a coisa julgada não tem aplicação.

Depois desses esclarecimentos, não é difícil provar que as objeções opostas a esta concepção da eficácia da sentença se resolvem num círculo vicioso: negam elas essencialmente que a sentença possa ter eficácia de declaração sem a coisa julgada.¹⁰

⁹ ALLORIO, op. cit., ps. 39 e 313, em nota.

¹⁰ Assim, com fórmulas diversas, mas equivalentes, SATTI, op. cit., p. 365; ALLORIO, op. cit., p. 39; CRISTOFOLINI, op. cit., p. 299.

Assim se dá, porém, por demonstrado o que estava por demonstrar e que, entretanto, as precedentes considerações demonstram ser errado, porque exatamente verdadeiro é o contrário: não é absolutamente impossível que uma sentença produza eficácia de declaração, juridicamente obrigatória, embora possa, em determinados casos e em determinadas condições, ser reformada ou contraditada por outra sentença.

Nada há nisto de singular, visto que no direito é antes freqüente a figura de um ato eficaz, eventualmente sujeito a ceder ou a pôr-se em conflito com um ato contrário.

Assim, a legitimidade da distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada me parece demonstrada indiscutivelmente. Resta, porém, a considerar a sua oportunidade e utilidade; pode-se perguntar: há, na verdade, casos em que existe eficácia, mas não autoridade? Afirmativa deve ser a resposta, porque a eficácia da sentença não sofre os limites de tempo e de extensão subjetiva, próprios da autoridade da coisa julgada.

Começemos pela primeira questão: é a sentença eficaz ainda antes de adquirir a autoridade da coisa julgada. Surge aqui espontânea a observação de que é estranha a oposição de CARNE-LUTTI à tese sustentada acima, porquanto sempre afirmou ele que a eficácia da sentença é anterior à passagem em julgado. Ora, isto é possível sob condição de que essa eficácia, essencialmente provisória e revogável, não seja a autoridade da coisa julgada, que, como as próprias palavras estão dizendo, não pode formar-se de outro modo senão com a passagem em julgado da sentença. Deixemos, porém, o argumento *ad hominem* e enfrentemos a questão. É ela de estrito direito positivo¹¹ e não se resolve em abstrato, mas com a aplicação das normas que disciplinam os vários recursos.

O fato de ter colocado a declaração no mesmo plano dos outros efeitos da sentença permite, a este propósito, tomar em conta um argumento que não foi até agora considerado e que, a meu ver, pode ser decisivo. A lei italiana, quando dispõe sobre

¹¹ Concorde, neste ponto (*Efficácia ed autorità*, cit., p. 26, nota 6) (neste volume, p. 39), com CRISTOFOLINI, op. cit., p. 302.

a eficácia das sentenças, fala sempre da executória (por exemplo, arts. 24, parte segunda, 379 e 941 do Cód. de Proc. Civil italiano, art. 6.º, decreto de 24 de julho de 1922, sobre o procedimento monitorio), e, todavia, não se duvida de que tenha querido assim referir-se de modo cabal a toda forma de eficácia das sentenças. Entre os efeitos que a sentença produz, o executório é, sem dúvida, o mais importante, pelo menos do ponto de vista prático e consideradas as conseqüências; e não se deve duvidar de que a análise e a distinção dos vários efeitos das sentenças são obra da doutrina mais recente, sendo, pelo contrário, desconhecida ao tempo da redação do Código italiano. Parece, pois, lícito sustentar que a palavra do Código deve ser interpretada com certa latitude e de qualquer modo permite a analogia aplicar a todos os efeitos das sentenças as normas que aparentemente dispõem unicamente para o efeito executório. Se isso é exato, os arts. 475, 482, 503, 514 e 520 do Cód. de Proc. Civil italiano resolvem diretamente ou por analogia a tormentosa questão da eficácia da sentença sujeita a recurso. Produz-se essa eficácia para todos os efeitos (e não só para o executório), quando se precludem os recursos ordinários, embora possam ainda interpor-se os extraordinários.¹² Segura confirmação desse resultado se tira do art. 561 do Cód. de Proc. Civil italiano, por força do qual não é a sentença em todos os casos executível por terceiro ou contra ele enquanto não estejam preclusos os recursos ordinários, para certos efeitos que, nos exemplos dados pela disposição citada, nada têm a ver com a execução forçada (revogação de seqüestro, cancelamento de inscrição hipotecária). Por que então, afinal, uma sentença adequada à execução não o deveria ser para declarar ou modificar uma relação jurídica? Mas, trata-se sempre da eficácia natural da sentença, não da coisa julgada que se forma (consoante o ensinamento comum)

¹² Ver-me-in, assim, ainda concorde com CRISTOFOLINI, loc. cit., se não identificasse etc. ao que parece, a eficácia da sentença com a coisa julgada. Seu pensamento permanece neste lance muito obscuro. Tiro daí (p. 304, nota 4) a indicação do caso do decreto de injunção não oposto no prazo, ao qual compete a eficácia de declaração, mas não coisa julgada, dada a possibilidade da oposição tardia (art. 11 do decreto real de 24 de julho de 1922).

só quando já se não pode propor tampouco o recurso de cassação e a ação de revogação dos ns. 4 e 5 do art. 494: ¹³ somente então se torna a sentença definitiva e a simples eficácia se transforma em autoridade da coisa julgada; só quando ela passar em julgado, segundo dispõe explicitamente a lei, uma sentença que a contradiga, comete um "excesso de poder", e está por isso sujeita a recurso extraordinário (arts. 494, n. 5, e 517, n. 8, do Cód. de Proc. Civil italiano).

Assim, entre a opinião mais severa dos que negam todo o efeito de declaração à sentença, até que tenha passado em julgado, e a outra, excessivamente ampla, que admite a coisa julgada também na sentença ainda recorrível, o direito positivo dá sólida base à opinião intermediária, que reconhece à sentença não mais sujeita aos recursos ordinários sua normal eficácia natural,¹⁴ que vincula também o juiz de novo processo, mas pode ser eventualmente combatida com a demonstração da injustiça da sentença (excluída sempre a hipótese da litispendência). Os inconvenientes práticos da solução aqui apontada são, incomparavelmente, menos graves que os das outras alternativas possíveis.

II

A segunda das questões propostas resolve-se com a afirmação de que a eficácia da sentença vale perante todos, limitada ao objeto sobre que interveio a decisão. Entende-se que a proposição se refere ao conceito de eficácia, há pouco determinado, que faz dela um instituto bem diverso da coisa julgada. Não há necessidade de repetir a demonstração, porque a que foi dada,¹⁵ com fundamento na natureza publicística do processo, com invocação das razões substanciais e das normas de lei que justificam o resultado alcançado, não encontrou graves oposições. Não se podem, de fato, considerar tais as observações vivas e algum

¹³ V., entre outros, CHIOVENNA, *Principii*, p. 948.

¹⁴ Entende-se que a lei pode subordinar determinados efeitos à passagem em julgado.

¹⁵ *Efficacia ed autorità*, cit., p. 95 e segs. (neste volume, p. 121 e segs.).

tanto paradoxais de CARNELUTTI (op. cit., p. 208 e segs.), que não se deu conta da diferença que para mim existe entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Além disso, parece confundir o problema dos limites objetivos com o dos limites subjetivos. Segundo meu modo de entender, são os dois problemas de todo em todo distintos, e reconhecer à sentença eficácia subjetivamente ilimitada não implica de nenhum modo que não esteja ela limitada somente ao objeto do juízo. Também um comando particular e concreto pode ser declarado validamente para todos. Entende-se que se trata de uma eficácia geral simplesmente potencial que, de fato, se produz somente para os que lhe podem ser os destinatários efetivos, isto é, além das partes, os sujeitos de relações conexas com o objeto da decisão, porque todos os outros são e permanecem estranhos, indiferentes.

Sem gravidade, parece-me poder considerar também a observação de SATTI,¹⁶ para quem desse modo se inverteria a realidade, porque se chegaria a dizer "que a sentença age perante as partes porque age perante todos, quando é outra a verdade: a sentença age perante todos porque agiu entre as partes" Com efeito, se acerca do resultado estamos de acordo, o modo de formulá-lo tem pouca importância. Creio, em todo o caso, que a função do processo deve considerar-se objetivamente e não subjetivamente, porquanto o processo tutela e faz atuar a vontade do Estado e não os direitos de cada um. Por isso, se deve dizer que age a sentença sobre a relação, e só em função dela se tomam em consideração os sujeitos. Mais precisamente, a sentença regula a posição das partes a respeito de determinada relação jurídica, e esse modo de regulá-la vale para todos os que nela são mais ou menos diretamente interessados.

Torna-se a divergência mais grave quando acrescenta SATTI que "perante os terceiros age, não a sentença, mas a modificação jurídica produzida pela sentença, que vive vida própria, separada de sua fonte imediata". Não participo desse modo de pensar, pois que os efeitos que uma sentença produz não são autônomos nem livremente queridos: só podem ser conforme a

¹⁶ Op. cit., p. 367.

lei os estabeleceu e contanto que subsistam os fatos previstos hipoteticamente pela lei, e ninguém é obrigado a suportá-los, se não se justificarem estritamente em seu fundamento. Por isso, não podem eles viver separados da sentença que os produziu e que deve poder justificá-los em qualquer circunstância. Pela mesma razão, é ilusória a opinião, largamente difundida, que relaciona a repercussão dos efeitos da sentença com a conexão das relações jurídicas. A conexão das relações é uma condição para que se verifiquem, não a causa de se verificarem efeitos para aqueles que não foram partes no juízo, porquanto a causa é e permanece a sentença e só a sentença, que os produzirá somente se e enquanto a ordem jurídica os tiver disposto.¹⁷

III

Fixado o conceito da eficácia da sentença, é fácil determinar o da coisa julgada. Motivos bem conhecidos de política legislativa querem que, em certo momento, se ponha fim à controvérsia. Atinge-se este resultado quando se precludem os meios de recurso. Não pode, então, ser a sentença mudada, e se ultimou o processo: forma-se a coisa julgada formal.¹⁸ Mas a segurança do direito e a pacificação social querem algo mais. Pode a con-

¹⁷ Cfr. *Efficacia ed autorità*, cit., ps. 61 e segs. e 88 e segs. (neste volume, ps. 85 e 107).

¹⁸ Uma sentença só pode ser reformada nas instâncias superiores ao juízo em que se prolatou, e não, ao revés, por outro qualquer juiz, e isto por força de princípio fundamental atinente ao ordenamento judiciário e independente da coisa julgada; tanto é verdade que vale isto ainda antes da formação do julgado. Por isso, não tem a coisa julgada formal necessidade de agir senão no âmbito do mesmo processo. Talvez que não mudem as conseqüências, se se transmutarem os termos do problema e se conferir aos recursos a significação de uma exceção à regra da imutabilidade da sentença, como faz CARNELUTTI (op. cit., p. 213, e *Lezioni*, IV, n. 394). Todavia, não tem e.e razão em denunciar a esse respeito a minha "terceira inverossímil fantasia" e em perguntar "quem me ensinou que a noção do julgado formal esteja limitada somente ao interior do processo" (loc. cit.). Eis a resposta: ninguém jamais ensinou coisa diversa (para não alongar a lista excessivamente, indico unicamente as obras mais recentes: ROSENBERG, *Lehrbuch*, 3ª ed., 1931, p. 512; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., 1932, p. 164; STEIN-JÖNSS, *Kommentar*, 16ª ed., 1933, § 322, p. 1; CHIOVENDA, *Istituzioni*, 2ª ed., 1935, I, p. 341 (trad., p. 516); BETTI, op. cit., p. 579). Pode CARNELUTTI ser de opinião diferente, mas, como se vê, está em boa companhia.

trovérsia renascer por ocasião de novo processo sobre o mesmo objeto ou sobre um objeto conexo, e poderia o juiz convencer-se de que foi injusta a precedente decisão. Embora se tenha tornado imutável a sentença, sabemos que a sua eficácia, apesar de ser vinculante, não poderia impedir que se julgasse de modo contrário, caso fosse ministrada a demonstração de que a precedente sentença julgou injustamente. Para evitar uma decisão contrária, deve a coisa julgada assegurar não mais e não somente a sentença, mas ainda o efeito que ela produziu, isto é, a declaração ou a mudança da relação jurídica deduzida em juízo; com esta sua função, a coisa julgada torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença, a saber, torna incondicionada a sua eficácia, e garante assim a segurança, a permanência e a imutabilidade dos efeitos produzidos. Esta é a coisa julgada substancial ou autoridade da coisa julgada que não é, como se vê, um efeito autônomo da sentença, porém uma qualidade, um atributo da eficácia que a sentença natural e necessariamente produz; o meio por que a ordem jurídica tende, não tanto a resolver, como a superar e eliminar o problema da validade da sentença, tornando a sua eficácia indiferente a qualquer indagação sobre a sua conformidade com o direito.

Único é, pois, o conceito da coisa julgada, embora seja dúplice a sua função: de um lado, torna imutável o ato da sentença, posta ao abrigo dos recursos então definitivamente preclusos; por outro, torna imutáveis os efeitos produzidos pela sentença, porque os consolida e os assegura do perigo de uma decisão contraditória. É verdade que razões históricas e psicológicas, já muitas vezes explanadas, identificaram a coisa julgada com a eficácia definitiva da declaração da sentença, mas as palavras e a terminologia não podem representar um obstáculo à clarificação dos conceitos, nem impedir o reconhecer que a coisa julgada não é um efeito em si mesmo, mas uma qualidade dos efeitos, de todos os efeitos da sentença, quer declaratórios, constitutivos ou executórios.

Em que consistem esses efeitos, é tema que não se poderia estudar neste momento, sem transformar este artigo em... um

tratado; contudo, fazê-lo, tampouco, seria útil ao escopo presente porque a definição, há pouco exposta da coisa julgada, demonstra a sua absoluta independência do problema das finalidades e da função do processo. De fato, quaisquer que sejam e de qualquer modo que se definam os efeitos da sentença, limita-se a autoridade da coisa julgada a torná-los imutáveis.

Observou-se, contudo,¹⁹ que a essa definição contradiria a circunstância inegável de que uma relação jurídica que foi objeto da sentença pode ser sucessivamente modificada pelas partes. A objeção, porém, não me parece fundada, porquanto confunde o objeto com o resultado do processo: o que a coisa julgada torna imutável é o efeito da sentença, isto é, a declaração ou a mudança, não a relação jurídica em que incide o efeito, relação sobre a qual conservam as partes plena e íntegra a sua liberdade de disposição. Se uma sentença declara Tício devedor de Caio, pode este, todavia, fazer a remissão do débito; qual é aqui o papel da coisa julgada? A declaração do débito permanece invariável e não poderá Tício negar ter sido devedor antes que o liberasse a generosidade de Caio. Tampouco é relevante a distinção feita com esse fim entre a possibilidade de mudança por obra das partes e do juiz. Também este poderá declarar diversamente a relação, se tiver esta sofrido modificações posteriores à precedente sentença; as duas decisões não se confundiriam, referindo-se a momentos diversos da vida da mesma relação. O que a coisa julgada torna imutável é o efeito produzido pela sentença, no sentido de que já não poderá ser substituído por um efeito diverso, com fundamento em nova e divergente apreciação do caso concreto.

Respeito elementar para com os direitos dos terceiros limita, não obstante, a coisa julgada somente às partes do processo. Sobre o tema, nada teria que acrescentar ao que já disse,²⁰ se o princípio dos limites subjetivos não tivesse sofrido, entremen-

¹⁹ Satta, op. cit., p. 364; Allorio, op. cit., p. 40.

²⁰ Cfr. *Efficacia ed autorità*, cit., p. 55 e segs. (neste volume, p. 80 e segs.). Neste ponto parecem concordar Satta, op. cit., p. 366; D'Onofrio, loc. cit.; Andrioli, em *Riv. It. di Scienze Giuridiche*, 1935, p. 291, nota.

tes, enérgica crítica por parte de ALLORIO,²¹ que retomou e desenvolveu com todas as suas conseqüências a teoria de CARNELUTTI, a qual ecoava, por sua vez, como a sustentada para o direito germânico por MENDELSSOHN-BARTHOLDY. A novidade da contribuição de ALLORIO reside, sobretudo, na tentativa de dar-lhe demonstração. Afirma ele que a determinação dos limites subjetivos da coisa julgada depende da definição da natureza da coisa julgada, e esta, por sua vez, da definição da finalidade do processo; da consideração do processo como meio para a atuação do direito proviria a teoria "processual" da coisa julgada; ao contrário, da visão do processo como meio para a composição das lides decorreria a teoria "substancial" da coisa julgada.²² Adere à segunda concepção e explica assim a eficácia da coisa julgada como aquela que acrescenta à pretensão acolhida como fundada uma nova causa justificadora (ou a tira segunda vez se for a pretensão repelida como infundada), permanecendo, já se vê, a decisão causa única do tratamento que recebe a relação, no caso de ser a sentença injusta.²³

Com efeito, é esse resultado utilizado para resolver o problema dos limites subjetivos, negando-o, como veremos.

Mas é oportuno determo-nos um momento nesta primeira parte da demonstração. Parece, antes de tudo, assaz duvidosa a vantagem deste método de logicismo dedutivista pelo qual se faz depender a solução do problema controvertido da natureza da

²¹ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., *passim*.

²² Op. cit., p. 9 e segs., e *Natura della cosa giudicata*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1935, I, p. 215 e segs.

²³ Op. cit., p. 23. Essa concepção — fantasma que retorna das sombras de uma época em que era obscura a lide entre o direito e o processo — vem de encontro à nossa invencível repugnância em ver no processo uma causa de nascimento e extinção dos direitos, antes que unicamente o meio de sua realização coativa, já se vê, para o caso comum de sentença declaratória. Somente de um ponto de vista extrajurídico se pode falar da eficácia criadora ou modificadora da sentença. Vale isto especialmente também para a sentença injusta, que, como se sabe, foi motivo dominante de toda a discussão: mas, ou é possível o reexame do seu fundamento para com isso extinguir a sua eficácia (e então a coisa julgada não existe), ou então o reexame já não é possível e de sentença injusta não se pode falar do ponto de vista jurídico.

coisa julgada da solução de um problema incomparavelmente mais controvertido, como é o da definição da finalidade do processo; e não parece, na verdade, que tenha ALLORIO trazido contribuição efetiva para a solução no sentido por ele desejado.²⁴ Na realidade, deve-se porém, negar justamente que haja o nexo entre os dois problemas, como se demonstra de modo sintomático pelo fato de que nem CHIOVENDA, que considera o processo como uma atuação do direito, é partidário da teoria processual da coisa julgada, nem, ao contrário, CARNELUTTI, que define o processo como composição da lide, é partidário da teoria substancial da coisa julgada.²⁵ Aliás, a divergência entre os dois modos de definir o processo é menos profunda do que crê ALLORIO, e não pode influir sobre o problema da coisa julgada, porque todos estão de acordo em ver na sentença a aplicação da lei ao caso concreto, embora alguns, ao invés de outros, vejam nesta aplicação somente o meio para a consecução do escopo ulterior da "composição da lide".

Verdade é que, como já tive ocasião de advertir, a doutrina italiana foi substancialmente sempre concorde em sustentar que o direito é qual o declara a sentença, por isso que é o juiz precisamente o órgão instituído para declarar de modo juridicamente eficaz qual é o direito no caso concreto.²⁶ Explica-se, assim, como a polêmica mal afortunada sobre a coisa julgada,

* É antes verdade o contrário, porque ele admite que o escopo da composição da lide convém só à fase do conhecimento (p. 19) e rompe assim a unidade do processo, evitando a verdadeira dificuldade do problema, que é a de uma definição unitária, e porque reconhece (p. 17) que a concepção do processo, como composição da lide, pertence ao passado e que, em seu lugar, progride a concepção oposta "com passo lento mas seguro".

* Repele CHIOVENDA nitidamente a teoria processual, e corrige a inexacta formulação da substancial, aceitando-lhe somente os resultados práticos (*Principii*, p. 910; *Saggi*, I, p. 90). Quanto a CARNELUTTI, fala ele efetivamente da eficácia material da sentença, mas em sentido bem diverso, como comando complementar que integra a norma (*Lezioni*, IV, n. 381); afirma, porém, resolutamente que a sentença não constitui a obrigação, a qual preexiste, mas lhe verifica tão-só a existência (*Lezioni*, I, n. 47).

Sobre este ponto, é a doutrina italiana, em suas linhas mestras, concorde. Cfr. minhas observações em *Efficacia ed autorità*, p. 28 e segs. (neste volume, p. 41).

* CHIOVENDA, *Principii*, p. 79; CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 417; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, p. 36 e segs., em nota, e eu mesmo, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1932, I, ps. 273-275.

que impregnou por 40 anos, sem utilidade, toda a doutrina alemã, dividindo-a em dois campos inconciliáveis, tenha alcançado escassa repercussão na Itália, e creio que não seria pouco o mérito de minha monografia, se viesse ajudar a preservar-nos de semelhante contágio com a decidida superação da antítese substancial-processual e com a demonstração de que a coisa julgada não é um efeito, portanto, nem substancial nem processual, da sentença.²⁷

Como quer que seja, que contribuição pode trazer essa discussão à determinação da extensão subjetiva da coisa julgada? Nenhuma, a quem não falte a admoestação de PAULO de que *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (D., 50, 17, I).

⊗ Evidente é o erro de método de ALLORIO, quando quer resolver o problema dos limites subjetivos com fundamento no conceito da coisa julgada, em vez de o fazer com a aplicação do art. 1.351 do Cód. Civil italiano. Quando muito, seria legítimo o procedimento lógico inverso; e do princípio dos limites subjetivos, sancionado positivamente pela lei, se poderia, pelo contrário, chegar à definição da coisa julgada. Em suma, ou nexa entre a natureza desta e os seus limites subjetivos não existe, ou, então — se existe — se volta contra a tese de ALLORIO.

No terreno do direito positivo, a tese de que a coisa julgada vale erga omnes²⁸ encontra obstáculo intransponível no artigo

⊕ Observa ALLORIO, todavia (p. 38), que o problema dos efeitos da sentença não é por essa razão eliminado. É verdade, mas já é alguma coisa, reconhecer-lhe a essência e trazê-lo para seu terreno verdadeiro, que é o da eficácia da sentença, e não o da coisa julgada, liberando assim a discussão de elementos que lhe não pertencem, como, por exemplo, os limites subjetivos. E fosse este o lugar para mais nos aprofundarmos, bem que poderíamos ter a surpresa de verificar que, com esta simples deslocação, se dissolve a teoria substancial como a neve ao sol. Como falar, de fato, a respeito da eficácia natural da sentença, de novo fundamento substancial da relação declarada, quando é ainda possível a comparação com a situação jurídica extraprocessual, e, portanto, uma decisão contrária? E como crer, por outro lado, que a coisa julgada, conferindo à declaração a imutabilidade, possa transformar-lhe a natureza?

⊕ Sustentou-a na Alemanha MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, passim. Embora o texto da lei alemã seja menos explícito do que o art. 1.351 do Cód. Civil italiano (o § 325 do Cód. de Proc. Civil alemão se limita a dispor que "a sentença passada em julgado vale a favor das partes e contra elas", pelo que

↓
 ↙ Con certo da Parte ↘
 1.351 do Cód. Civil italiano. Infundada é a afirmação²⁹ de que as partes são nesse artigo indicadas como simples elemento de identificação do objeto, pois que dispõe a lei que a autoridade da coisa julgada não se realiza, se a demanda não for entre as mesmas partes, e os arts. 494, n. 5, e 517, n. 8, do Cód. de Proc. Civil italiano repetem que ocorre violação da coisa julgada somente quando a sentença é contrária a outra precedente sentença, pronunciada *entre as mesmas partes*. Se têm as palavras significação, quer isso dizer que as partes do processo em que se levanta a exceção de coisa julgada devem ser as mesmas do processo em que se formou a coisa julgada.

Não é único, porém, o decisivo argumento tirado do texto da norma supracitada. Outro existe, igualmente grave: a existência da oposição de terceiro, desconhecida, aliás, no direito germânico. Um dos resultados mais seguros da monografia fundamental de MENDELSSOHN-BARTHOLDY, tão rica de pesquisas históricas e dogmáticas, reside na confirmação da correlação, tradicional na doutrina italiana, entre limites subjetivos da coisa julgada e oposição de terceiro, pelo menos no sentido de que onde se outorga esta última, aí não se estende a autoridade da coisa julgada.

Acrescenta ALLORIO que a sentença regula diretamente apenas a relação decidida, com eficácia somente para as partes; mas que pode ter para os terceiros uma eficácia reflexa. Sustenta ainda que, relativamente à eficácia direta, é supérflua a regra dos limites subjetivos; com relação à eficácia reflexa, é falsa.³⁰ A primeira dessas afirmações pode considerar-se exata, mas a única conclusão que dela se pode tirar³¹ é que a regra dos limites subjetivos existe precisamente para evitar a eficácia reflexa em relação aos terceiros e que esta e nenhuma outra mais

²⁸ ALLORIO, op. cit., p. 52. Também CARLUCCI, no artigo bastas vezes citado, p. 208.

²⁹ Op. cit., ps. 64-65.

³¹ Cfr. a minha *Efficacia*, cit., p. 90 (neste volume, p. 109).

afirmou MENDELSSOHN-BARTHOLDY que era uma adição arbitrária dizer que "vale só entre as partes", op. cit., p. 305), tal opinião não teve partidários, porque contrária ao direito positivo.

é a significação da disposição do art. 1.351 do Cód. Civil italiano. Afirmar, pois, *de lege lata*, que seja falsa a regra é dizer coisa sem sentido. Mas, ainda *de iure condendo*, não se poderia aprovar tal modo de pensar, porque a regra dos limites subjetivos consagra uma experiência e uma tradição secular, que nos ensinam que sem ela sobreviria a desordem mais grave na vida e no comércio jurídico, alterar-se-ia de modo perigoso a garantia e a segurança dos direitos individuais, encorajar-se-iam por fim e se sancionariam os atentados mais insidiosos, porquanto obtidos com o concurso inconsciente do juiz, à posição jurídica dos terceiros.

IV

A simples aplicação dos princípios acima expostos leva automaticamente ao seguinte resultado: que, enquanto vale a eficácia natural da sentença para todos, a autoridade da coisa julgada é limitada somente às partes; que, em consequência, não podem as partes contestar a justiça da sentença, cuja eficácia é para elas incondicionada, imutáveis os efeitos; os terceiros, pelo contrário, devem, sim, sofrer os efeitos da sentença, não, porém, incondicionalmente, porque poderão repeli-los, quando puderem demonstrar a injustiça da sentença. Se for bem sucedida essa demonstração, deixará a sentença de ter efeitos em relação a eles, visto que considerará o juiz a relação precedentemente julgada, não como foi declarada pela sentença, mas qual lhe parece. Essa posição diferente está suficientemente justificada pelo fato de que as partes, diversamente dos terceiros, tiveram a possibilidade de participar da formação da sentença e de fazer valer no processo todas as suas razões.

Entende-se que nem a todos os terceiros se dá a faculdade de impugnar a sentença, mas somente àqueles cujo interesse seja juridicamente reconhecido e tutelado, o que se verifica para os terceiros que vierem a ser prejudicados pela sentença em seus direitos, não, pelo contrário, para aqueles que dela recebem simples prejuízo de fato, por exemplo, os credores.³² ALLORIO, recen-

³² Cfr. *Efficácia*, cit., p. 119 e segs. (neste volume, p. 145). Deve esse ponto ter escapado a CARNELUTTI, o que explica o que escreveu à p. 214 de seu trabalho citado.

temente, contestou essa distinção,³³ sustentando que também os credores sofrem um prejuízo jurídico, porque se veriam diminuídos em seus direitos que eles adquiririam por força da penhora sobre os bens sujeitos a execução. Mas é essa tese igualmente infundada pelo que tem de audaz, visto como (segundo uma opinião comum hoje pacífica e acolhida pelo mesmo ALLORIO) em direito italiano vigente, a penhora não atribui ao credor nenhum direito subjetivo sobre os bens penhorados, mas impõe a estes um vínculo meramente processual que os sujeita à execução. A sentença que reconhece a terceiro a propriedade do bem penhorado obrigará por certo o credor exequente a renunciar a agir a respeito daquele bem e voltar-se a outros bens, se houver; mas isto, conquanto possa representar para ele um dano econômico, não significará, todavia, uma diminuição dos seus direitos, porque a ação executória permanece intacta, não sendo por natureza dirigida a determinados bens particularizados do devedor, mas ao patrimônio, considerado genérica e conjuntamente.

O verdadeiro campo de aplicação dos princípios acima expostos é, por isso, o das relações conexas ou dependentes, em que é freqüente o caso de que, tendo-se já dado uma sentença sobre a relação prejudicial, surja depois controvérsia sobre a sua existência ou sobre qualquer modalidade sua, na apreciação judicial da relação dependente, entre uma das partes do primeiro processo e um terceiro. Que eficácia adquirirá, então, a primeira sentença no segundo processo? Estendem uns a autoridade da coisa julgada também ao terceiro, mas, assim, vão de encontro aos inconvenientes já vistos, porquanto — qualquer que seja o nome que se dê à extensão — sacrificam a posição do terceiro, a quem não se concede remédio algum contra a defesa insuficiente, eventualmente feita pela parte no processo precedente, e isso em detrimento de uma explícita proibição da lei. Negam

³³ Op. cit., p. 91 e segs.

Por isso, ao seu final: "espero ter compreendido mal", posso responder, tranquilizando-o, porque, na verdade, compreendeu mal. São coisas que podem suceder a todos, quando não se lê realmente um livro.

no Brasil

outros essa extensão, fazendo, portanto, necessária uma nova controvérsia, nova instrução, nova decisão sobre a relação já decidida e — com toda a probabilidade — bem decidida; finalmente, a maior parte costuma fazer aqui uma casuística vária e incoerente, ora admitindo, ora negando a extensão, e incorrendo, assim, conforme o caso, nos mesmos inconvenientes de uma ou de outra tese extremada. Superam-se, ao contrário, as angulosidades dessa rígida alternativa e se resolve o problema de modo unitário; conforme tanto aos princípios como à equidade, se se sustentar que tem a sentença eficácia também para o terceiro, admitindo-se, porém, que este último, não estando sujeito à autoridade da coisa julgada, possa, em cada vez e quando tiver interesse, demonstrar a injustiça da sentença e repelir, de conseguinte, o efeito danoso que ela lhe acarretaria.³⁴ A solução atende às razões dos vários interessados e reconhece a posição preeminente que, acerca de cada uma relação jurídica compete aos seus titulares, fazendo derivar da sentença proferida em relação a eles uma eficácia também a respeito dos terceiros mediatamente interessados; e aproveita ainda para as relações dependentes o resultado do processo que antes se desenvolveu, com economia de atividade e de tempo e com menor possibilidade de julgados contraditórios; mas não sacrifica, por isso, a posição dos terceiros, aos quais reconhece remédio adequado para os casos em que se pretenderiam ilegitimamente prejudicar os seus direitos por meio de uma sentença prolatada sem o seu contraditório. É este, finalmente, o único modo de explicar de maneira convincente o interesse que pode ter o terceiro à intervenção e o prejuízo que o legitima à oposição de terceiro.³⁵

³⁴ A evidente necessidade de que o terceiro tenha interesse em impugnar a sentença, de maneira que não surja o problema quando a sentença for favorável ao terceiro, mostra o equívoco em que caiu Satta, op. cit., p. 367, quando me atribuiu a tese de que a sentença que absolve o devedor principal não libera necessariamente também o fiador. O que escrevia eu à p. 80 da *Efficacia ed autorità*, cit. (acima, p. 101), tinha o escopo único de demonstrar a contradição da doutrina dominante (realçada também por Allorio, op. cit., p. 72), não superada, por certo, pelas observações de Betti, *Diritto Processual Civile*, p. 613, nota, sendo que o último, também nas observações à p. 619, nota, mostra não me haver compreendido.

³⁵ A oposição de terceiro titular de direito absoluto representava o "caso paradigmático", da doutrina comum, porque ela não podia imaginar outros. Não pode,

Coincidem esses resultados, em suas linhas mestras, com uma opinião difundida na prática e, muitas vezes, consagrada pela jurisprudência, embora mal formulada, sob o nome de eficácia probatória ou presuntiva da sentença em relação aos terceiros. Esta coincidência foi-me censurada,³⁶ quiçá não sem sombra de *snobismo*; mas sem razão, porque não tive, por certo, necessidade da ajuda dos meus contraditores para salientar o equívoco que se esconde sob aquela opinião e a incorreção teórica da sua formulação.³⁷ A tentativa, ao contrário, de dar explicação mais clara e mais sólida fundamento a uma solução que a prática mostra preferir com seu senso instintivo da justiça de cada caso, é mister que, se a alguém poderá parecer modesto, a mim, ao revés, me parece um dos mais altos que a ciência pode cumprir na vida do direito. O que tem importância são propriamente os resultados práticos, e constituem eles a prova suprema de uma doutrina. A virtude dos por mim propugnados aqui me foi confirmada precisamente nas polémicas recentes; porquanto a *vi* reconhecida não só por aqueles que os admitem,³⁸ mas também por aqueles que os repelem;³⁹ e os próprios contraditores mais decididos chegaram a incidir em graves e patentes inconveniências, para acolher uma parte delas.

Aconteceu assim que Betti⁴⁰ foi induzido a afirmar a possibilidade da extensão analógica da disposição do art. 1.497 do Cód. Civil italiano, o que é, por certo, insustentável, se não se considerar a norma citada como caso de aplicação legislativa de um princípio geral como o que eu defendo, e admitir no terceiro, sujeito à coisa julgada, uma faculdade de *critica* que é, por definição, inadmissível contra a coisa julgada.

³⁶ Satta, op. cit., p. 368; Betti, op. cit., p. 623, em nota.

³⁷ Cfr. *Efficacia ed autorità*, cit., p. 117 e segs. (neste volume, p. 143).

³⁸ N. Levi, *La parte civile nel processo penale*, 2ª ed., Pádua, 1936, p. 590; Viterbo, *L'assicurazione della responsabilità civile*, Milão, 1936, p. 184.

³⁹ Allorio, op. cit., p. 38.

⁴⁰ Op. loc., último cit.

porém, ser um argumento contra a teoria aqui proposta (v. Allorio, p. 316, nota) o haver juntado a ele um grupo inteiro de casos, muito mais convincentes, por sinal, de terceiros legitimados à oposição, sem por isso alterar em nada as linhas tradicionais do Instituto.

Livros sobre princípios const. do processo

E não muito diversamente outorga CARNELUTTI ao terceiro⁴¹ a oposição (de terceiro) contra a coisa julgada reflexa. Todavia, não me parece tecnicamente correto admitir uma eficácia atenuada e provisória da coisa julgada que é — quando existe — necessariamente plena e definitiva; é, além disso, contrário à essência e à história da oposição de terceiro fazê-la um remédio necessário e não facultativo; e é, enfim, praticamente insuficiente a tutela concedida ao terceiro, quando o constroem à única via obrigatória da oposição, em forma de ação independente.

Mais coerente é ALLORIO que, tendo sustentado a eficácia reflexa da coisa julgada para os terceiros, repele toda atenuação e reconhece que os terceiros titulares de relações dependentes não podem, tampouco, propor a oposição do art. 510.⁴² Assim, enquanto mais uma vez viola a lei que confere a oposição aos terceiros "prejudicados em seus direitos", chega por fim a resultados de tal modo iníquos que ele mesmo não hesita em qualificá-los de repugnantes.⁴³ O jurista deveria curvar-se, se a iniqüidade fosse estabelecida pela lei; não, porém, quando, como neste caso, ela é sustentada em homenagem a uma suposta lógica, que é tão-somente o fruto da interpretação errônea da lei.



AINDA SOBRE A SENTENÇA E A COISA JULGADA
(Ada Pellegrini Grinover)

O ensaio cuida de responder a críticas levantadas por CARNELUTTI, SATTI, ALLORIO e CRISTOFOLINI à doutrina sobre a coisa julgada lançada por LIEBMAN. E por tratar-se de síntese das principais conclusões do autor, fundamentadas em argumentos já analisados nas notas anteriores, quanto à sua correspondência ao direito brasileiro tomamos a liberdade de remeter o leitor àquelas notas, ubicadas após cada capítulo da monografia propriamente dita.

⁴¹ Op. cit., p. 213, e *Lezioni*, IV, n. 322.

⁴² ALLORIO, op. cit., p. 81, nota 37, e p. 318.

⁴³ Op. cit., ps. 80 e 231.

A COISA JULGADA NAS QUESTÕES DE ESTADO*

1. A ausência, nos Códigos argentinos, de disposições orgânicas sobre a autoridade da coisa julgada, não impediu que a doutrina e a jurisprudência acolhessem o princípio que a tradição histórica, o direito comparado, a razão e a própria equidade impõem como fundamental: o princípio de que a coisa julgada vale entre as partes e somente entre as partes, de acordo com a enérgica afirmação do juriconsulto romano: "*res inter alios iudicatas aliis non præjudicare*" (D., 42, I, 63; 44, 2, I).

Sem embargo, como se sabe, esse princípio não esgota o problema da situação dos terceiros em face da sentença e de seus efeitos. Existem vários casos particulares, nos quais sua aplicação rígida leva a resultados inaceitáveis, seja por causa da natureza especial da relação jurídica objeto do litígio, seja por causa das interferências existentes entre essas e outras relações jurídicas. Um desses casos é o das sentenças relativas ao estado das pessoas.

Ainda para esta hipótese, a opinião dominante da doutrina e da jurisprudência argentinas é a consagrada nos principais países europeus: afirma que a sentença que decide questão de estado vale erga omnes. Seria redundante repetir aqui os argumentos decisivos que JOFRÉ e, ultimamente, DÍAZ DE GULJARRO expuseram com muita clareza em favor desta conclusão: são argumentos obtidos nas fontes do antigo direito espanhol, que

* Artigo publicado na revista *La Ley*, t. 16, Buenos Aires, 1939, secção doutrinária, p. 49, e na *Rev. Forense*, vol. 82, p. 272, na tradução do Dr. LUIZ ANTÔNIO DE ANDRADE, que aqui se reproduz.

têm força de fonte supletória no sistema de direito argentino e nos trabalhos preparatórios do Cód. Civil vigente.¹

Não parece que possa existir qualquer dúvida sobre a exatidão de sua demonstração.

2. Por outro lado, penso que essa doutrina ganharia em precisão e segurança se se enquadrasse nos princípios gerais que regem os limites subjetivos da coisa julgada, e desta coordenação resultaria esclarecido seu verdadeiro significado e ilustrado o seu alcance cabal.

Pode apresentar-se a eficácia *erga omnes* das sentenças nas questões de estado como conseqüência de sua "natureza especialíssima", que justificaria nesse caso o desvio da regra geral da eficácia *inter partes* da coisa julgada. Em suma, tratar-se-ia de uma exceção a essa regra geral: este é o resultado, mais ou menos confessado, a que chegam a doutrina francesa,² a alemã³

¹ JOFRÉ, *Manual de procedimientos*, 2ª ed., t. 3ª, ps. 325 e 327; DÍAZ DE GULJARRO, nota em J. A., t. 45, p. 535; LAFAILLE, *Derecho de familia*, p. 339; MACHADO, *Comentário al Código Civil argentino*, t. I, p. 253.

V., ainda, a notável observação de BIBLONI ao art. 45 do anteprojeto ao Cód. Civil (ed. ABLEDO, t. 5ª, p. 51 e segs.).

No mesmo sentido: 2ª Cám. Civil da Capital, 31 de maio de 1933, J. A., t. 42, p. 274; 2ª Cám. Civil, 7 de julho de 1937, na revista *La Ley*, t. 6ª, p. 518; 1ª Cám. Civil, 23 de março de 1920, J. A., t. 4ª, p. 120. Contra: 1ª Cám. Civil, 20 de março de 1929, J. A., t. 29, p. 187; 1ª Cám. Civil, 20 de outubro de 1926, J. A., t. 22, p. 881; 2ª Cám. Civil, G. de F., t. 128, p. 73.

² Alguns autores franceses fazem distinção entre sentenças declarativas e constitutivas, e acham que só estas últimas têm eficácia *erga omnes*: assim, por exemplo, MERLIN (*Rép., Questions d'état*); AUBRY-RAUET-BERTIN, 5ª ed., t. 9ª, § 544 bis; JOSSERAND, *Cours*, 2ª ed., t. I, n. 1315; MAZEAUD, *Rev. Trimestrielle de Droit Civil*, 1929, p. 48; PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire*, t. I, n. 490 e segs. Outros não fazem distinção, e admitem que todas as sentenças nas questões de estado têm eficácia a respeito de todos: assim, COLIN-CAPITANT, *Cours élémentaire*, t. I, n. 342; SAVATIER, nota em D. P., 1925, n. 1.201; PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, *Traité pratique*, t. I, n. 40 e segs.

Há uma resenha completa da doutrina e da jurisprudência francesas sobre o assunto, em DUMITRESCO, *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière d'état des personnes*, Paris, 1935.

³ No direito alemão, a eficácia das sentenças em matéria de matrimônio, filiação, pátrio poder, etc., a respeito de todos está expressamente estabelecida por disposições especiais da ZPO (§§ 629, 643 e 976). A doutrina enumerou simplesmente esses casos entre as exceções à regra da não oponibilidade da coisa julgada aos terceiros: cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 3ª ed., p. 533; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., p. 211.

e o próprio DÍAZ DE GUILJARRO em a nota referida. A posição da doutrina dominante parece-me pouco satisfatória e constitui quicá o verdadeiro motivo da incerteza que ainda subsiste na matéria, porque as exceções aos princípios sempre estão sujeitas à discussão e deixam a porta aberta à dúvida, mesmo quando sejam justas e oportunas como solução prática do problema concreto.

Além disso, considera-se que o desvio indicado vale somente para as sentenças constitutivas, ao passo que parece muito mais duvidosa para as sentenças simplesmente declaratórias.⁴ Porém esta distinção é inaceitável. A autoridade da coisa julgada rege e protege todas as sentenças igualmente, sejam elas declaratórias ou constitutivas.⁵ Não se pode admitir que uma pessoa, a respeito da qual se produz o efeito constitutivo da sentença, não deva reconhecer também como eficaz a declaração de direito que na mesma sentença justifica e legitima a mudança que o juiz introduz na relação jurídica controvertida. O pronunciamento declarativo e o conseqüente pronunciamento constitutivo de uma sentença estão estritamente ligados entre si, porque o primeiro justifica o segundo e este não pode subsistir sem o apoio daquele: ambos têm eficácia nos mesmos limites e em relação às mesmas partes. Porém, se assim é, tampouco se pode pensar que a sentença tenha força diversa quando seu conteúdo e efeito são meramente declarativos. A verdade é que a diferença entre as sentenças declarativas e constitutivas não é tão profunda como considera, por exemplo, quem afirma que esta última contém um ato administrativo;⁶ ambas têm caráter jurisdicional e só se distinguem porque uma se limita a declarar uma situação jurídica preexistente e a outra a declara e, além disso, a modifica. A diferença entre os dois casos depende de uma apreciação do legislador, que às vezes dispõe que o nascimento, a modificação

⁴ V., por exemplo, nota 2.

⁵ Cfr. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milão, 1935, p. 13 (neste volume, p. 20). No mesmo sentido também a citada nota de BIBILONI, com argumentação muito convincente.

⁶ Esta afirmação é corrente na doutrina francesa citada na nota 2. V. também GALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, t. I, p. 250.

e a extinção de uma relação jurídica se produzam *ipso iure*, pela verificação de determinadas circunstâncias de fato, e outras vezes quer que o efeito só se produza se o interessado o reclama e o juiz, se concorrem os extremos, o dispõe. Por isso, a escolha entre um e outro regime da relação jurídica depende em última análise da importância que o legislador atribui aos fatos particulares: alguns agem diretamente *ipso iure*; outros, indiretamente *ope iudicis*. Para compreendê-lo, basta pensar nas causas de nulidade do casamento: as absolutas serão simplesmente declaradas pelo juiz (sentença declarativa), ao passo que as relativas lhe permitirão anular o casamento (sentença constitutiva). Como se poderia explicar que as duas sentenças tivessem diversos limites subjetivos de eficácia?

Em conseqüência, o problema se amplia e sua solução resultará muito mais satisfatória se se puder demonstrar que consiste, não já em desvio dos princípios gerais, mas sim, pelo contrário, em aplicação deles, entendidos com exatidão.

3. A doutrina francesa não sabe explicar os casos nos quais uma sentença também vale para os terceiros ou para alguns terceiros, senão recorrendo à ficção de uma representação, que na realidade não existe, admitindo além disso uma série de exceções à regra da relatividade da coisa julgada, estabelecidas caso a caso, quando não era possível solução diferente. Este é um procedimento eminentemente empírico, desprovido de precisão científica, e apresenta, entre outros, o inconveniente de deixar a determinação destas exceções ao arbítrio individual dos autores. Cada caso particular se presta para ser mais ou menos discutido.

A doutrina alemã não tem procedido de maneira muito diversa.

A doutrina italiana, ao contrário, se tem esforçado em desenvolver os princípios gerais da matéria para compreender todos os casos possíveis em uma explicação harmônica.

O ponto de partida desta construção foi uma aguda observação do eminente processualista alemão WACH, que escreveu que "quando uma sentença tiver sido pronunciada entre os

contraditores legítimos, a coisa julgada se produz entre as partes, enquanto tal, a respeito de todos".⁷

É singular a sorte que devia corresponder a essa frase de WACH, porque, depois de haver sido acolhida no primeiro momento por alguns poucos autores,⁸ logo foi unanimemente repudiada por toda a doutrina e jurisprudência germânicas, porquanto contradizia claramente a regra dos limites subjetivos da coisa julgada, consagrada no § 325 da Ordenação Processual Civil.⁹ E, de fato, tomada assim isoladamente, a opinião de WACH era sem dúvida errônea.

Porém CHIOVENDA a retomou e a desenvolveu, expondo um ponto de vista novo e fecundo. A regra dos limites subjetivos, diz, não significa que a sentença "só tenha eficácia entre as partes": pelo contrário, todos estão obrigados a reconhecer a coisa julgada estabelecida entre as partes, enquanto tais, mas os terceiros não podem ser "prejudicados".¹⁰ Para compreender este modo de colocar o problema, é necessário ter um claro conceito de "prejuízo". Com ele não se alude a qualquer dano que a sentença possa causar ao terceiro; prejuízo, pelo contrário, é só o "jurídico", quer dizer o dano que sofreria o terceiro que se afirmasse titular de um direito incompatível com o declarado pela sentença, se estivesse obrigado a reconhecê-la a seu respeito: é evidente que nesse caso a coisa julgada desconhecera seu direito. Esse é prejuízo em sentido estrito e essa é a classe de prejuízo que a regra dos limites subjetivos da coisa julgada faz impossível.

Pelo contrário, o simples dano "de fato", prático, econômico, que o terceiro possa sofrer por efeito da sentença, sem que

⁷ WACH, *Zur Lehre von der Rechtskraft*, 1899, p. 78.

⁸ Especialmente, MENDELSSOHN-BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, 1900, *passim*, p. 509.

⁹ HELLWIG, *System des d. Zivilprozessrechts*, 1912, t. I, p. 802; ROSENBERG, *op. cit.*, p. 532, e antes de todos, FISCHER, *Jherings Jahrbucher*, t. 40, 1899, p. 151.

¹⁰ *Principii di diritto processuale civile*, 3ª ed., p. 921; *Istituzioni*, I, p. 377. Cfr. REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911, p. 142, e *Profili pratici del diritto processuale civile*, 2ª ed., 1939, p. 118; SEGNI, *Intervento adesivo*, 1919, p. 113; BETTI, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, 1921, *passim*, e *Diritto processuale civile italiano*, 1936, p. 603; RASELLI, *Il concetto di status*, etc.,

exista incompatibilidade jurídica entre a sua posição e a declarada pela sentença, não é verdadeiro prejuízo, e o terceiro deve sofrê-lo. Assim, por exemplo, a sentença que declara, entre A e B, que uma coisa é propriedade de A não pode impedir a C, terceiro, de sustentar, ao contrário, que a coisa é sua; porém D, outro terceiro, credor de B, se bem que prejudicado pela sentença, que diminui o patrimônio de seu devedor, deve reconhecê-la e não pode evitar esse dano, porque a propriedade de A e o crédito de D são plenamente compatíveis entre si.¹¹

Todos os autores posteriores seguiram CHIOVENDA neste caminho, limitando-se a esclarecer alguns pontos ou a estudar suas diversas aplicações. Assim, SEGNI se esforçou em definir melhor o caráter dos efeitos que pode ter a coisa julgada para com os terceiros: tratar-se-ia de um fenômeno típico de "repercussão", que entra na categoria dos efeitos "reflexos" assinalados por JHERING, quando observou que os fatos jurídicos, como os fatos naturais, produzem, não só os efeitos diretos, queridos pelo sujeito agente e conformes ao fim perseguido, mas também efeitos reflexos, secundários, acidentais.¹² Por outro lado, BETTI procurou sistematizar e classificar todos os terceiros que suportam estes efeitos reflexos.¹³ De qualquer maneira, as linhas gerais da teoria são as fixadas por CHIOVENDA e os resultados práticos subsistem os mesmos.¹⁴

¹¹ Resta o perigo do dolo das partes em prejuízo do terceiro: a lei italiana concede neste caso a oposição do terceiro, do art. 512 do Cód. de Proc. Civil, que no fundo é uma espécie de ação pauliana em forma de recurso. A mesma função deveria ter a ação prevista pelo art. 302 do Projeto de Cód. Civil argentino.

¹² *Op. e loc. cit.* O famoso estudo, de JHERING, sobre os "efeitos reflexos dos fatos jurídicos em face de terceiros", encontra-se em *Gesammelte Aufsätze*, 1882, p. 115 e segs.

¹³ *Op. e loc. cit.*

¹⁴ Deve-se fazer menção à parte de CARNELUTTI: aceitou a teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada em sua expressão mais ampla, sem as limitações estabelecidas pelos autores acima referidos e chegou a afirmar, em suma, a oponibilidade erga omnes da sentença em todos os casos (*Studi di diritto processuale*, I, 1925, p. 431 e segs.; *Lezioni di diritto processuale*, IV, n. 387; *Sistema del Diritto Processuale Civile*, I, 1936, p. 297. De acordo: ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 1935, p. 43). Contra: LIEBMAN, *op. cit.*, p. 86 e segs. (neste volume, p. 106).

em *Studi Senesi*, 1922-1925, p. 257 da separata, Corte de Cass. de 12 de março de 1937, *Massimario Foro Italiano*, 1937, p. 167.

Conceito de prejuízo e 3º prejudicado

A aplicação desses conceitos às questões de estado é muito simples e plenamente satisfatória: "A sentença que se pronuncia entre os sujeitos do estado jurídico questionado, quer dizer, entre os legítimos contraditores (por exemplo, entre pai e filho, a sentença de qualidade de filho; entre cônjuges, a sentença sobre a existência do casamento), faz com que todos devam reconhecer o estado de filho, o matrimônio, etc., declarados na sentença. Isso não é mais do que a aplicação da regra geral, e não um caso excepcional de coisa julgada erga omnes. Porém a sentença não afetará a qualquer outro legitimus contradictor: não impedirá que terceiro se afirme, por exemplo, cônjuge de uma das partes."¹⁵

4. Não posso calar a minha dissidência com essa doutrina, não obstante a sua autoridade. As razões já foram expostas em outra oportunidade.¹⁶

Do ponto de vista prático, não satisfazem suas aplicações nos casos de relações jurídicas conexas ou dependentes, nos quais parecem inexatas, tanto a solução de submeter o terceiro à coisa julgada criada sem sua presença, como a de lhe permitir ignorar totalmente a sentença proferida. O que realmente sucede nestes casos é que a sentença sobre o vínculo conexo tem eficácia também em relação ao terceiro, mas uma eficácia atenuada, que pode ser destruída pela demonstração de que a sentença está errada e que, em realidade, a relação julgada era diversa da que foi declarada.

Chega-se a esse resultado partindo de um conceito de coisa julgada diferente do dominante; ¹⁷ a coisa julgada não é o efeito ou um dos efeitos da sentença, e sim uma qualidade, uma qualificação particular de tais efeitos, isto é, sua imutabilidade. Independentemente da coisa julgada, a sentença tem sua eficácia

¹⁵ CISTOVENDA, *Principii*, p. 923, e *Istituzioni*, I, n. 379; RAZELLI, op. cit.; BETTI, *Diritto processuale*, cit. p. 624 em nota; Corte de Cass. de 10 de maio de 1923, em *Repertorio Foro Italiano*, 1933, vol. *Casa giudicata*, nº 16.

¹⁶ Op. cit., p. 60 e segs. (neste volume, p. 84).

¹⁷ Essa tese foi exposta no livro citado, *Efficacia ed autorità della sentenza*, e depois na *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1936, I, p. 237 (neste volume, p. 170 e segs.).

"natural", obrigatória e imperativa, que deriva simplesmente de sua natureza de ato de autoridade, de ato do Estado, mas que está destinada a desaparecer, quando se demonstra que a sentença é injusta: a coisa julgada reforça essa eficácia porque torna impossível ou inoperante a demonstração da injustiça da sentença. A eficácia natural da sentença atua com relação a todos; por outro lado, a coisa julgada só vale entre as partes, pelo que estas suportam a sentença sem remédio, ao passo que os terceiros podem destruí-la, demonstrando sua injustiça. Porém, nem todos os terceiros estão habilitados a fazê-lo e sim somente aqueles que têm interesse jurídico legítimo em tal sentido: não, por exemplo, os credores do condenado, que têm simples interesse de fato, nem os sucessores a título universal ou particular. Tampouco os terceiros, em face de sentença que decide questão de estado entre os contraditores legítimos, porque a natureza personalíssima e indivisível dessas relações não permite reconhecer aos terceiros um interesse protegido pelo direito para discutir e intervir em um debate sobre elas."¹⁸ Assim se chega por outro caminho à mesma conclusão em matéria de questões de estado. Em outros casos, pelo contrário, os resultados são muito diferentes.

Não é sem interesse assinalar que uma solução geral praticamente idêntica foi defendida recentemente no direito francês, se bem que com método e demonstração absolutamente diversos: segundo essa opinião, a sentença deveria ter o valor de presunção absoluta entre as partes e de presunção relativa para os terceiros.¹⁹

Seria inútil repetir agora os argumentos expostos anteriormente contra esta proposição: caráter fictício da presunção da verdade, sua insuficiência para explicar a autoridade da coisa julgada, erro de querer reduzir a manifestação máxima da eficácia da sentença ao campo restrito e limitado das provas dos fatos, etc. Acrescendo somente que a insuficiência do conceito de presunção se faz mais que evidente com referência às senten-

¹⁸ Op. cit., p. 120 (neste volume, p. 146).

¹⁹ DUMITRESCO, op. cit., p. 353 e segs.

ças constitutivas, cujo efeito consiste em modificar a relação jurídica controvertida; evidentemente, a indiscutibilidade e imutabilidade desse efeito não podem ser explicadas recorrendo-se à figura da presunção. Porém, tudo isso ultrapassa o tema do estudo. Basta haver assinalado outra tentativa, embora debilmente realizada, de chegar a resultados análogos aos expostos: sinal evidente de que correspondem a reais exigências práticas e de equidade.

5. Poucas observações mais para terminar. Como vimos, a quase unanimidade dos autores e da jurisprudência considera que as sentenças nas questões de estado têm eficácia erga omnes. Motivos práticos mais sérios fazem necessária essa regra, porque a razão de ser do conceito de *status* tem sua raiz precisamente na necessidade de que certas situações fundamentais das pessoas, importantes para uma série indefinida de relações jurídicas, apareçam de modo fixo e uniforme para todos. Por outro lado, é importante recordar que os processos nessa matéria são regidos por normas especiais, que limitam o princípio dispositivo e atribuem ao juiz maior autoridade inquisitória na averiguação da verdade.²⁰

A rapidíssima resenha feita assinalou que as correntes mais avançadas da doutrina outorgam a essa regra uma solidez particular, porque lhe indicam o seu posto natural em uma visão de conjunto, lógica e coerente, do difícil problema dos limites subjetivos da coisa julgada.

Enfim, também nada há de excepcional na exigência de que a sentença se pronuncie entre os "legítimos contraditores". Foi enunciada pelo grande BARTOLO, quando afirmou decididamente pela primeira vez que "*sententia lata in causa filiationis inter patrem et filium fidem facit quoad omnes*",²¹ que logo foi amplamente desenvolvida pela doutrina francesa. Porém, é simplesmente normal que, para qualquer pronunciamento por via

²⁰ CHIOVENDA, *Principii*, p. 735; CALAMANDREI, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, em *Studi in onore di G. Chiovenda*, 1927.

²¹ Glosa a D. 25, 3, I, § 15.

principal e com eficácia plena, devem estar em juízo aqueles que têm título legítimo para discutir em juízo esse determinado vínculo. A solução só é diferente quando é ele discutido, não como objeto principal do juízo, mas sim como antecedente lógico de outro vínculo; não resta dúvida, porém, de que neste caso a decisão sobre ele não adquire autoridade de coisa julgada.²²

²² CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 917.

LIMITES A COISA JULGADA NAS QUESTÕES DE ESTADO *

Por ocasião do artigo sobre *A coisa julgada nas questões de estado*, que publiquei na revista *La Ley*, vol. 16, secção doutrinária, p. 49, recebi algumas consultas, entre as quais uma, de interesse pouco comum, formula um caso que me oferece a oportunidade de ampliar e completar as conclusões daquele artigo.

Um caso interessante

O caso é o seguinte: duas pessoas foram reconhecidas, em escritura pública, como filhas naturais, por uma pessoa que depois morreu. Os irmãos do falecido propõem contra ambas, conjuntamente, ação de nulidade do reconhecimento, aduzindo ser falsa a paternidade, mas os autores nada provam e a demanda é repetida. Uma das irmãs descobre, posteriormente, que a outra, realmente, não é filha de seu pai e propõe contra ela ação de nulidade do reconhecimento. Aquela alega então a existência da coisa julgada. É fundada esta exceção?

Assim formulado o problema, parece submeter muito duramente à prova a regra geralmente aceita, segundo a qual a coisa julgada, nas questões de estado, vale *erga omnes*.¹ Com efeito, é indubitável que, à primeira vista, o bom senso sugere, no caso exposto, a resposta negativa, pois entre as duas irmãs nunca foi discutida essa filiação e a isso não pode representar um

* Artigo publicado na revista *La Ley*, t. 19, secção doutrinária, p. 1, Buenos Aires, 1940.

¹ Podem ver-se amplas referências de doutrina e jurisprudência argentina e europeia no artigo citado, na revista *La Ley*, t. 16, secção doutrinária, p. 49 e segs. (neste volume, p. 194).

obstáculo a malograda tentativa levada a efeito anteriormente por terceiros. De outro modo, seria fácil tornar impossível, de antemão, todo pedido de nulidade de um reconhecimento falso, com o simples fato de qualquer terceiro ajuizar uma ação de nulidade, não produzir provas e obter assim uma sentença que julgaria improcedente a ação, consolidaria e faria indestrutível o falso reconhecimento.

Não obstante, um exame cuidadoso demonstra que não há contradição alguma entre a citada regra e a opinião negativa no caso especial considerado.

Com efeito, essa regra não é tão simples como se costuma formular geralmente, e está sujeita a algumas distinções e limitações que vale a pena ter em conta. Como procurei demonstrar no citado artigo, a validade *erga omnes* da coisa julgada, nas questões de estado, não é uma exceção à relatividade da coisa julgada, mas sim uma aplicação, à natureza especial dessas questões, dos princípios gerais que regem toda a matéria. Trata-se, pois, em primeiro lugar, de estabelecer com todo o cuidado os princípios gerais; deles surgirão, juntamente com a regra mencionada, também suas limitações.

Princípio geral

Para encarar bem o problema dos limites subjetivos da coisa julgada, devem ser distinguidas diferentes categorias de terceiros, segundo o seu maior ou menor interesse em face da sentença. Figuremos, para começar, dois exemplos: a sentença que decide uma questão de propriedade entre fulano e beltrano não pode impedir a terceiro de afirmar-se, por seu turno, proprietário do mesmo bem, pois, de outro modo, ver-se-ia despojado de seu direito por uma sentença pronunciada entre outros; ao contrário, o terceiro, credor de quem foi vencido nessa demanda, fica prejudicado pela sentença que diminui o patrimônio do seu devedor, porém a sentença lhe é oponível e não pode ele evitar esse prejuízo, pois seu direito de crédito não é afetado, em sua existência, pela coisa julgada, embora os bens que formam sua garantia tivessem ficado reduzidos.

Como se explica a diferença de posição do terceiro em face da sentença, nesses dois casos? Uma parte da doutrina responde que, no segundo caso, o terceiro está submetido à coisa julgada, porque os credores estão representados no processo, por seu devedor. Entretanto, a explicação, que em tempos passados foi amplamente aceita, não resiste à crítica. Com efeito, tal representação, na verdade, não existe: não é convencional, porque não há mandato; nem legal, por falta de texto de lei correspondente. Se existisse efetivamente, significaria que todos os credores, conhecidos e desconhecidos, obram como partes no processo de seu devedor: artifício absurdo, que a realidade desmente de maneira peremptória. O erro em que incorre a teoria surge com toda a clareza, se se adverte que não é a representação o que torna a coisa julgada oponível a terceiro, senão que, ao contrário, se invoca uma representação puramente fictícia nos casos em que o senso comum e a equidade exigem que o terceiro não possa desconhecer a coisa julgada.

O erro lógico dessa teoria repercute, como é natural, na aplicação prática, onde resulta evidente a sua ineficácia, pois, em face de um caso duvidoso, não nos proporciona nenhum critério para estabelecer se a coisa julgada é oponível a terceiros. Ao contrário, é exata a observação de que o prejuízo que sofreria o terceiro, se tivesse que reconhecer a coisa julgada, é nos dois casos de natureza distinta: no primeiro caso, o terceiro sofreria um prejuízo jurídico, enquanto que, no segundo caso, o prejuízo é simplesmente econômico; pois, no primeiro, a coisa julgada significaria para ele a negação de seu direito de propriedade, enquanto que, no segundo, a existência de seu direito não fica afetada, apesar do dano conseqüente à diminuição do patrimônio de seu devedor.² Lobrigamos aqui, sem dúvida alguma, a verdadeira substância do fenômeno que estamos considerando. Não obstante, tampouco esta observação nos satisfaz totalmente, porque deixa, todavia, por explicar a justificação das conseqüências que dela se querem derivar. Por que se deve admitir a cargo

² CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, t. I, p. 379 (trad. port., vol. I, p. 572).

do terceiro o prejuízo prático e não o jurídico? Ademais, a mencionada distinção não exaure todos os casos que se apresentam na realidade: o caso formulado no começo deste artigo, por exemplo, fica sem solução.

Devemos, pois, tratar de aprofundar um pouco a análise dos fatos e, para isso, comparar o interesse que defenderam as partes no processo com o interesse do terceiro em face do objeto do mesmo processo. Apenas é necessário esclarecer que nos referimos aqui, não ao interesse concreto, individual, que cada pessoa pode apreciar subjetivamente de maneira distinta, mas ao interesse abstrato, objetivamente considerado, conforme resulta da natureza das relações jurídicas existentes entre as várias pessoas.

Ora bem: no primeiro exemplo, partes e terceiro representam interesses de qualidade idêntica, porque todos pretendem defender a existência de seu direito próprio. Cada um deles se afirma titular do direito de propriedade sobre a coisa, negando, de conseqüente, o dos outros. A igualdade dos interesses dos outros exige, pois, que se confira igual oportunidade de defesa a cada um dos seus titulares; essa igual oportunidade seria, porém, evidentemente afastada, se se obrigasse o terceiro a reconhecer a coisa julgada, que, em sua ausência, proclamou proprietária uma das partes. Fica, assim, explicado porque uma sentença que resolve controvérsia de propriedade entre fulano e beltrano não pode impedir ao terceiro de afirmar-se proprietário do mesmo bem.

Muito diversa é a situação no segundo exemplo. O terceiro, credor de um dos litigantes, é seguramente interessado no resultado do processo, do qual pode derivar o aumento ou diminuição do patrimônio do seu devedor, que é a garantia da satisfação do seu crédito. Esse interesse, porém, é simplesmente indireto e carece em absoluto de autonomia, pois só como conseqüência mediata, de "fato", da sorte que vai ter o interesse defendido pela parte no processo, pode vir a ser atingido; sendo de qualquer modo um interesse de puro conteúdo econômico, porque a própria derrota de seu devedor não afetaria a existência de seu

Assistência vs os recursos e inter.

direito de crédito, senão, no máximo, a possibilidade de sua satisfação efetiva. Não se deve crer que a ordem jurídica negue toda forma de proteção a esse interesse do credor, pelo menos em casos especiais, como podem ser o de inatividade (ação subrogatória) ou de fraude (ação pauliana e ação revogatória da coisa julgada).^{3-a} Todavia, é compreensível que seja desde logo uma proteção menos intensa e completa, que fica normalmente paralisada, por exemplo, em face da coisa julgada.

Ocorre, com efeito, considerar que as relações jurídicas existentes entre as várias pessoas não vivem isoladas na sociedade; pelo contrário "subordinam-se" em grau diferente, com um vínculo mais ou menos estreito, umas às outras, e a sorte que é reservada a cada uma delas alcança, em suas iniludíveis consequências, os interesses de muitas pessoas, além de seus titulares. Não obstante, uma necessidade de ordem e segurança na vida social, que ficaria seriamente perturbada pelo jogo desordenado e anárquico desses inúmeros interesses, exige alguma forma de disciplina na distribuição dos meios de defesa outorgados pelo direito. Pelo que concerne ao nosso tema, essa disciplina se concretiza na organização de certa hierarquia dos interesses distintos que podem ser atingidos, reconhecendo aos principais interessados a faculdade de agir em juízo, em defesa dos interesses concretos em litígio, como os que podem fazê-lo melhor que qualquer outro; essa faculdade é o que a doutrina processual denomina "legitimação"; os outros sujeitos, interessados em grau inferior, não podem mais do que aceitar a sentença pronunciada entre os principais interessados.

Não é este o lugar para fazer o exame detido de todas as posições que a realidade apresenta; mas, do que antecede, pode-se, desde já, deduzir os seguintes princípios: os terceiros

³ Para a sua admissibilidade, ainda na falta de texto expresso de lei, v. COUTURE, na revista *La Ley*, t. 18, secção doutrinária, p. 104.

ADITAMENTO

^a Cfr. acima, neste volume, p. 146, nota ^b sobre a admissibilidade de remédio semelhante no direito brasileiro.

com interesse de igual hierarquia aos das partes podem defendê-lo com plena autonomia, sem encontrar obstáculo na coisa julgada. Ao contrário, os que têm interesse de grau inferior ficam sujeitos à sentença e devem suportar o prejuízo que esta lhes acarreta.

Aplicação às questões de estado

Apliquemos agora estes conceitos às questões de estado. Elas se caracterizam pelo fato de serem únicas e indivisíveis e por exercerem sua influência sobre uma série de relações jurídicas dependentes e sobre um número indeterminado de pessoas. Todavia, é claro que toda demanda interessa e toca em primeiro lugar aos sujeitos da relação ou do *status* controvertido; serão eles os legítimos contendores *primários*. Tais são, em uma questão de filiação, o pai e o filho. A primazia de seu interesse é tão evidente que não se admitem disputas de terceiro sobre o estado de filho, depois que for proferida a sentença em uma ação entre pai e filho. Nesse caso se diz, e com razão, que a coisa julgada vale *erga omnes*; pois ficaria excetuado somente aquele terceiro que defendesse interesse equivalente ao da parte, caso que é, sem dúvida, possível, porém assaz difícil de verificar; por exemplo: uma sentença declaratória de filiação entre o filho e o suposto pai não poderia impedir terceiro de afirmar, por sua vez, ser pai do mesmo filho.

Mas se o pai morreu, haverá, entre os terceiros, alguns cujo interesse na mesma questão será, todavia, maior que o de todos os outros: tal será o caso dos parentes próximos, os membros do núcleo familiar. Serão eles, pois, legítimos contendores *secundários*; em face dos contendores primários, atrás mencionados, seu interesse e, em consequência, sua posição ficam necessariamente postpostos; em face de qualquer outro terceiro, porém, são eles que levam vantagem, excluindo-os de toda ingerência indiscreta. Se considerarmos agora a relação que se forma entre os mesmos legítimos contendores secundários, evidencia-se que ela se caracteriza por uma legitimação do mesmo grau. Cada um deles tem igualmente o direito de disputar sobre a questão;

de conseguinte, aplicando-se o princípio estabelecido anteriormente, vemos que nenhum deles pode prejudicar, com sua atividade, a posição dos outros, nem impedir-lhes o exercício livre, sem obstáculos, de seu direito.

No caso particular da filiação, todos os parentes interessados poderão atacá-la como nula, conjunta ou separadamente, e cabe reconhecer a cada um deles uma ação de nulidade igualmente legítima e nenhum pode, pelo exercício desafortunado ou talvez fraudulento de sua própria ação, despojar os outros da que lhes corresponde.

Daí resulta, pois, que a sentença pronunciada entre os legítimos contendores primários é oponível *erga omnes*, porque ninguém tem na questão direito comparável ao dos sujeitos da relação controvertida. Se a sentença, porém, foi pronunciada em face de legítimo contendor secundário, a coisa julgada é oponível a todos os terceiros, exceto aos outros legítimos contendores secundários, porque estes têm, em comparação com quem foi parte no processo, interesse e direito iguais.

Casos de legitimação concorrente

Sendo o estado de filho único e indivisível, se um dos legítimos contendores secundários logra impugná-lo vitoriosamente, alcança um resultado que será, daí por diante, válido para todos, mas, se sua ação é repelida, não poderá ser obstáculo ao livre exercício da demanda dos outros. É, pois, um caso de *ações concorrentes*, ações pertencentes a sujeitos distintos, tendentes todas a um mesmo fim, cuja conexão recíproca se manifesta no fato de que a vitória de uma delas extingue as outras, por ficarem sem objeto, ao passo que a rejeição de uma deixa subsistir intactas as demais.¹ O caso prático que ocasionou este estudo apresenta uma situação semelhante. Nenhuma dúvida existe de

¹ V. CHIOVENDA, op. cit., p. 334 (trad., vol. I, p. 506), e do autor destas linhas um estudo *Azioni concorrenti*, publicado em Milão em 1934, e a nota *Pluralità di legittimati all'impugnazione di un unico atto*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1937, II, 37 (neste volume, ps. 217 e 229, respectivamente). A figura do concurso de ações em sua dupla forma de concurso subjetivo, que é o aludido no texto (e compreendia

que uma das duas irmãs pode impugnar o reconhecimento da outra. Ora bem. Poderia admitir-se que o direito, que lhe pertence e do qual pode fazer uso quando e como lhe convier, fique prejudicado porque outro parente legitimado em grau igual a precedeu na mesma tentativa e não obteve êxito? Poderia deixar-se um problema tão delicado como o do estado de filiação exposto a semelhantes azares?

Conclusão

As investigações precedentes permitem afirmar que a coisa julgada, em questões de estado, vale erga omnes, com a única exceção daqueles terceiros que tenham interesse e, por conseguinte, legitimação da mesma natureza e proximidade que a das partes.

A possibilidade de existir um terceiro em tal posição depende, pois, do interesse que tinham as partes na questão que foi objeto do processo; se a sentença foi pronunciada entre os principais interessados, que são os titulares da relação jurídica ou do *status* controvertido (e que denominamos legítimos contendores primários), a coisa julgada valerá praticamente *erga omnes*, ficando excetuado somente o terceiro que se afirmar titular da mesma relação ou *status*, em lugar daquele que foi parte (o que é, como observamos, possibilidade de todo excepcional). Entretanto, se a sentença foi pronunciada em face de um interessado menos próximo, aumenta evidentemente o número

as obrigações solidárias e correaes, o objetivo (pluralidade de ações pertencentes a mesma pessoa, tendentes todas a um único fim), era bem conhecida no direito romano. Seu efeito característico era que não podiam obter satisfação cumulativa, pois que, satisfeita uma delas, se extinguíam as outras. Na época clássica, o efeito consumativo da *litis contestatio* manifestava-se com tanta intensidade, que só o exercício de uma ação era suficiente para extinguir as outras, qualquer que fosse seu êxito (*Quoties concurrunt plures actiones, eiusdem rei nomine, una quis experiri debet*, ULPIANO, 43, § 19; Dig., 50, 17). JUSTINIANO suavizou esse rigor excessivo, admitindo que tal efeito devia produzir-se tão-somente no caso de exercício vitorioso de uma das ações, e é nesta forma que sobrevive no direito moderno. Para a doutrina romanística, podem ver-se as fundamentais investigações de ALIBRANDI, *Concorso delle azioni*, em *Opere Giuridiche*, Roma, 1896; ASCOLI, em *Studi e documenti di storia e diritto*, 1890, p. 121; EISELE, em *Archiv für Civilistische Praxis*, ts. 77 e 79; LEVY, *Konkurs der Actionen und Personen*. Por último, esumo em WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (trad. Ital.), p. 180.

dos terceiros possíveis titulares de interesse equivalente e, portanto, não submetidos à coisa julgada: tais serão todos os que puderem afirmar-se, em comparação com quem foi parte no processo, legítimos contendores, em grau de hierarquia, iguais. No caso prático, mencionado no início deste artigo, a sentença, pronunciada em face de um irmão do suposto pai, repelindo o pedido de nulidade do reconhecimento da paternidade, não pode impedir que uma irmã da suposta filha impugne, por sua vez, o mesmo reconhecimento.

Sobre coisa julgada entre litisconsortes

Esta conclusão parece complicar-se levemente, no caso mencionado, por haver a autora estado presente no processo anterior. Todavia, é decisivo a respeito o fato de que, naquela oportunidade, ela não contestou a demanda senão que defendeu, tal como nesta, sua própria qualidade de filha, em oposição à demanda de desconhecimento proposta pelos irmãos do pai. Naquele processo, cada uma das duas irmãs defendeu sua posição pessoal; as atuações respectivas foram paralelas e não contraditórias e, de conseguinte, não houve, na realidade, nem processo nem decisão entre elas. É uma situação que a doutrina mais autorizada estudou detidamente, afirmando que, entre litisconsortes, não há coisa julgada sobre as questões decididas entre cada um deles e o adversário.⁵ Diz-se, no entanto, que na prática se procura limitar a relatividade das sentenças declaratórias de estado por meio da citação, no processo, de todos aqueles a quem podem prejudicar; e se acrescenta que a presença da autora, no processo anterior equivale, *quando menos*, à aludida citação. Mas essa afirmação não se pode aceitar. A presença da autora naquele processo, na qualidade de ré, não é, nem o mesmo, nem algo mais que sua presença como citada: é simplesmente algo distinto, que tem conseqüências diferentes.

O terceiro, citado no processo, assiste ao debate entre as partes, formula — se assim deseja — suas observações e a sen-

tença proferida lhe é oponível; ao contrário, quando duas pessoas se colocam como rés, com pedidos similares, porém distintos e pessoais, subsiste dentro da unidade puramente formal do processo a autonomia das ações respectivas, as rés ficam reciprocamente terceiras e estranhas à ação e à decisão relativa ao seu litisconsorte.

No caso que estamos considerando, as duas irmãs foram chamadas a defender-se, cada uma por sua conta, da impugnação dirigida contra sua própria posição de filha; nenhuma das duas estava interessada no que podia acontecer relativamente à outra; os próprios autores nunca pensaram em torná-las reciprocamente participes das decisões a serem pronunciadas, as quais poderiam ter sido diferentes para cada uma delas. A verdade é que lá a defesa das duas irmãs foi de fato solidária; agora, em novo processo, são elas que se enfrentam e combatem. Esta é uma situação inteiramente nova, que deve ser examinada com absoluta liberdade de juízo e sem obstáculos prévios.

⁵ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3ª e 4ª eds., p. 1.093.

NOTAS

A COISA JULGADA NAS QUESTÕES DE ESTADO.
LIMITES A COISA JULGADA NAS QUESTÕES DE ESTADO

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — Afastando a idéia de que a coisa julgada, nas questões de estado, configuraria exceção à regra geral da limitação subjetiva às partes, LIEBMAN afirma a idéia simples e natural de que nessa matéria o que ocorre é a mera aplicação dos princípios gerais, entendidos com exatidão. Abandonada a ficção da representação, assim como as idéias de CHIOVENA sobre o assunto, reafirma o Mestre que a sentença tem eficácia, obrigatória e imperativa, *erga omnes*, podendo, porém, os terceiros juridicamente prejudicados demonstrar a injustiça da decisão, porque para eles não há coisa julgada. E, por não haver em questões de estado outros terceiros juridicamente prejudicados que não sejam os legítimos contraditores, simplesmente inexistem, na espécie, outros terceiros, que possam insurgir-se contra a sentença.

Em conclusão: a sentença que decide questão de estado entre contraditores legítimos não pode sofrer impugnação, por faltar a categoria do "terceiro juridicamente prejudicado". Por isso, a coisa julgada vale *erga omnes*, porquanto equivalente à eficácia natural da sentença,¹ com a única exceção daqueles terceiros que também sejam legítimos contraditores.

2 — A doutrina brasileira já vinha acolhendo a lição de LIEBMAN, ainda na vigência do código de 1939.² JORGE SALOMÃO,

¹ Assim, *in verbis*, o Mestre, no n. 40 da *Eficácia e Autoridade*.

² Ver, por todos, MARQUES, *Instituições*, cit., vol. V, n. 1.102.

que escreveu monografia sobre o assunto, afirmava que para que coisa julgada e eficácia da sentença se equivalessem, seria necessário que o ordenamento determinasse a presença no feito não apenas dos interessados diretos, como também dos interessados secundários.³

E foi isso mesmo que o novo código processual estabeleceu, no art. 472, cuja segunda parte prescreve: "Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros."⁴

Entende-se, no caso, por "interessado" o legítimo contraditor, inclusive o secundário. E, exatamente na esteira de LIEBMAN, afirma-se: "Condição, portanto, para que estes (terceiros) sejam atingidos pela coisa julgada, é que sejam citados para a ação, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, sejam interessados diretos ou juridicamente interessados. Aliás, à vista dessa condição, não há terceiros que possam se considerar prejudicados pela sentença."⁵

É a consagração da teoria de LIEBMAN.

3 — Uma última observação, quanto ao direito positivo brasileiro, no tocante à coisa julgada nas questões de estado. Trata-se de interessante inovação legislativa, introduzida pela Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, a denominada "Lei do Divórcio", que cuidou, no art. 51, de alterar disposições sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos (Lei n. 883, de 21 de outubro de 1949). O art. 4.º desta última lei permitia que, mesmo na vigência do casamento, o filho ilegítimo acionasse o pai em segredo de justiça, para efeito de prestação de alimentos. Agora,

³ SALOMÃO, *Da Coisa Julgada nas Ações de Estado*, Rio-São Paulo, 1966, p. 115.

⁴ O Anteprojeto Buzaid exigia, não só a citação dos interessados, mas também a oposição ao reconhecimento: "Art. 512: Nas causas relativas ao estado das pessoas, a sentença é eficaz em relação a terceiros, quando, proposta a ação contra todos os interessados, tenha havido oposição ao reconhecimento."

⁵ AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas*, cit., 3.º vol., 1979, n. 759.

a introdução de um parágrafo único acrescentou ao artigo a seguinte disposição: "Dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação."

Como já observamos,⁶ o dispositivo representa, em primeiro lugar, extensão da coisa julgada à questão prejudicial atinente ao estado de filiação: procedente a ação de alimentos, a relação prejudicial de parentesco também fica acobertada pela autoridade da coisa julgada, de modo que o dispositivo configura expressiva exceção à regra geral do art. 469, III, CPC.⁷ Em segundo lugar, em obediência à limitação da coisa julgada às partes, o ordenamento permite, também nesses casos, que os interessados se insurjam contra a injustiça da sentença, impugnando a filiação. Que interessados? A lei não o diz, mas é claro que só poderão ser os juridicamente interessados que, nas ações de estado, são exclusivamente os legítimos contraditores, primários ou secundários. De modo que, embora excepcionando à regra da confinação objetiva da coisa julgada ao dispositivo da sentença, o novo parágrafo único do art. 4.º da Lei n. 883 respeita os limites subjetivos do julgado, autorizando os legítimos contraditores à impugnação da sentença proferida *inter alios*, e para eles eficaz mas não imutável. Nesse aspecto, a inovação legislativa se coaduna com o art. 472, CPC, segunda parte, e com a doutrina de LIEBMAN, comprovadamente acolhida em via legislativa.

⁶ *Retro*, Notas ao § 1.º da *Eficácia e Autoridade*, n. 2.

⁷ Diante dos termos do dispositivo, a extensão da coisa julgada à questão prejudicial parece dar-se *secundum eventum litis*; de modo que, julgada improcedente a ação de alimentos, ainda incide, na hipótese, a regra geral do art. 472, III, CPC, podendo a relação de filiação voltar a ser objeto de outro processo, salvo na hipótese de ação declaratória incidental.

AÇÕES CONCORRENTES *

Um autorizado escritor afirmou recentemente que "em direito moderno se deve tratar, não de concurso de ações, mas de concurso de direitos".¹ Desejaria examinar brevemente, sem pensar em exaurir o assunto amplo e árduo, se a proposição é exata; creio, com efeito, que o seja só em parte, porque, se é verdade que hoje a ação se desanexou do direito e, por outro lado, que, na hipótese de coexistência de uma pluralidade de *pretensões*, tendentes todas ao mesmo fim, a causa da extinção simultânea delas se deslocou, relativamente ao que era o puro princípio romanístico, do processo ao direito substancial, é, contudo, também verdade que, de um concurso de ações, se pode e se deve ainda falar, e que ele apresenta, também nos nossos dias, algum aspecto de notável interesse para a teoria do processo.

§ 1.º. Direito romano clássico

Segundo ULP., 43, § 1.º, Dig., 50, 17, *Quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine, una quis experiri debet*. O princípio, assim enunciado genericamente, da eficácia extintiva do exercício de uma ação sobre as ações concorrentes e, em geral, toda a elegantíssima doutrina do concurso das ações, receberam dos romanistas modernos contribuições notáveis que iluminaram de viva luz muitos aspectos da emaranhada matéria, embora outros ainda permaneçam obscuros e talvez impenetráveis.

Em primeiro lugar fica esclarecida a condição prática da regra:

* Artigo publicado no volume em memória de U. RATTI, Milão, 1934.

¹ CARNELUTTI, *Teoria jurídica della circolazione*, p. 253.

PAUL., 34, Dig., 44, 7. *Qui servum alienum iniuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum... sed quidam altera electa alteram consumi...*

§ 1.º. *Si is cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et conditione; sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem...*

ULP., 14, § 13, Dig., 4, 2. *Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius; et consumi alteram actionem per alteram exceptione in facto opposita.*

GALI., 18, § 1.º, Dig., 13, 6... *si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.*

ULP., 5, Dig., 46, 1... *cum altera earum in iudicio deduceretur, altera consumeretur.*

Portanto, pelo direito clássico, quer entre duas pessoas concorressem duas ou mais ações, quer estas concorressem entre mais pessoas, ativa ou passivamente, o simples exercício de uma dessas ações extinguiu também todas as ações concorrentes. A opinião geralmente acolhida explica esse resultado como consequência da eficácia consumptiva da *litis contestatio*, que se produzia *ipso iure*, ou por força da *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*, segundo a qualidade da ação proposta. Essa eficácia consumptiva se manifestava bem além dos limites da ação individual exercida, porque obedecia ao princípio *bis de eadem re ne sit actio*, e para ter a *eadem res* não se precisava nem *eadem actio* nem *eadem personae*:

ULP., 5, Dig., 44, 2. *De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re.*

Assim, a pura e simples contestação da lide, intervinda na ação, extinguiu contemporaneamente *ipso iure* ou *ope excep-*

tionis todas as ações concorrentes, isto é, todas as que se referiam à *eadem res*, quer entre as mesmas pessoas, quer entre pessoas diversas, e independentemente do êxito do julgamento e da satisfação efetiva. Saliendo, assim, a amplitude com que se manifestava o efeito consumptivo da contestação da lide, ficam em grande parte resolvidas as gravíssimas controvérsias que foram por longo tempo agitadas, assim sobre concurso das ações em senso estrito, como sobre obrigações correaes e solidárias.²

Muito mais obscuros permanecem os resultados da pesquisa ulterior dos requisitos da *eadem res*. Esses são indicados geralmente na identidade do fim e da causa, mas sobretudo este último ponto é entendido de modo muito diverso por vários autores, sendo requerida a identidade do fato constitutivo em sentido ora mais, ora menos rigoroso. Especialmente LEVY, que dedicou ao argumento a mais ampla e completa monografia, se manifesta muito exigente sobre este ponto,³ enquanto SEGRÉ observa que se deve entender a identidade da causa de maneira não técnica e considerar antes o nexa que liga as várias ações.⁴ EISELE tinha, por sua parte, individuado este nexa na identidade da *pretensão* em sentido econômico⁵ e BETTI toma o mesmo rumo, quando fala de identidade de função das ações concorrentes, porque tendentes a satisfazer o mesmo interesse.⁶

² Essa doutrina foi exposta, com base em pesquisas independentes, por ALIBRANDI, *Del concorso delle azioni* (1870), republicado nas *Opere Giuridiche e Storiche*, Roma, 1896, p. 163 e segs., e por EISELE, *Archiv für Civiltistische Praxis*, t. 79, 1892, p. 397, para o concurso das ações em senso estrito; por ASCOLI, *Studi e documenti di storia e diritto*, 1890, p. 121, e por EISELE, *Archiv*, cit., t. 77, 1891, p. 374, para as obrigações solidárias; e é hoje em linhas gerais, comumente aceita: BONFANTE, *Istituzioni*, ps. 134 e 376; PEROZZI, *Istituzioni*, II, p. 109; ARANGIO RUIZ, *Istituzioni*, p. 153 e segs.; BETTI, *Istituzioni*, 2, p. 897; LONGO, *Concorso delle azioni*, no *Diz. Dir. Priv.*; PACCHIONI, no apêndice a SAVIGNY, *Obblig.* (trad. ital.), I, p. 665 e segs.; SEGRÉ, *Corso di diritto romano* (conceito e gênese das obrigações: as obrigações solidárias), Turim, 1929, p. 166 e segs.; LEVY, *Konkurrenz der actionen und Personen*, I, II, I; WENCER, *Institutionen des roem. Zivilprozessrechts*, p. 174 e segs.

³ Op. cit., I, p. 80 e segs.

⁴ Op. cit., p. 175.

⁵ *Archiv*, t. 79, cit., p. 332.

⁶ Op. cit., p. 900.

§ 2.º. Direito Justinianeu

No processo pós-clássico, perdeu-se o primitivo significado da contestação da lide e também o seu característico efeito consumptivo, pelo que toda a teoria das ações concorrentes ficou privada de sua base. Além disso, JUSTINIANO, inspirando-se evidentemente em motivos de equidade, mitigou o rigor do princípio do antigo direito civil e reconduziu a extinção de todas as ações concorrentes, que antes dependia do simples exercício de uma delas, à efetiva satisfação do credor:

I. Inst., 4, 9, *Numquam actiones. . . de eadem re concurrentes alia aliam consumit.* Just., 28, § 2.º, C. VIII, 40. *Idemque in duobus reis promittendi constituimus ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat.*

Nesse sentido, numerosos fragmentos dos juristas foram interpolados e várias e importantes conseqüências complementares foram extraídas da nova norma. Assim, a ação se extingue já agora só com o adimplemento da obrigação, com a solutio, de qualquer modo intervinda, seja por efeito de pagamento voluntário, seja por efeito de êxito do processo; e, então, extinta a ação proposta, extinguíam-se conjuntamente as ações concorrentes. Mas o processo não é senão um dos modos que podiam procurar a satisfação, a qual, só ela, passou a ser relevante.

§ 3.º. Direito hodierno. Concurso de direitos e de ações

Hoje distinguimos a ação do direito subjetivo. Por outro lado, como já ao tempo de JUSTINIANO, o adimplemento, de qualquer modo conseguido, e não a simples proposição em juízo de uma ação, constitui o fato que, extinguindo também as ações concorrentes, revela o nexa que ocorre entre elas; e assim a natureza deste nexa e a particular disciplina dessa figura jurídica pertencem em primeira plana ao direito substancial. De-

riva dessas premissas que o *concursum actionum* se apresenta no direito moderno, ao menos no seu núcleo central, *sub specie* de um concurso de direitos. A sensibilidade própria dos nossos tempos para a precisão dos conceitos e da sua formulação também verbal quer, pois, que se determine, com exatidão, se, ao lado dele, se pode também falar de concurso de ações.

A mim, porém, me parece claro que a distinção entre direito e ação pode ter como conseqüência máxima a de duplicar a figura primitiva, porque a cada concurso de direitos corresponderá um concurso de ações. E se é verdade que, pelas razões indicadas, as ações concorrentes sofrem a sorte dos direitos aos quais correspondem,⁷ isso não impede que elas possam apresentar, e efetivamente apresentam, alguns seus problemas particulares, não destituídos de interesse. Por outra parte, os casos de concurso de ações constitutivas oferecem o exemplo de um puro concurso de ações, pelo menos para os que (como CARNE-LUTTI) negam a existência de um correspondente direito potestativo. Quando se poderá dizer, portanto, estar em presença de um concurso de ações? Por isso que se deve tratar evidentemente de ações diversas, mas conexas; examinemos as várias hipóteses que se apresentam variando, de caso em caso, um dos elementos de identificação das ações.

§ 4.º. Diversidade do "petitum". Concurso impróprio

No caso de inadimplemento de um contrato bilateral, cabe à parte adimplente a escolha entre a demanda de execução do contrato e a de rescisão (art. 1.165 do Cód. Civil);^b no caso de

⁷ CHIOVENDA, *Principii*, p. 287; LONGO, op. cit.; COVIELLO, *Manuale*, § 161; LÁ LUMIA, *L'obbligazione cambiaria e il suo rapporto fondamentale*, p. 84 e segs. a

ADITAMENTOS

^a JOÃO MONTEIRO, *Processo Civil e Comercial*, § 26; JOÃO MENDES, *Direito Judiciário Brasileiro*, 3.ª ed., p. 145 e segs.; AURELIANO DE GUSMÃO, *Processo Civil e Comercial*, 3.ª ed., vol. I, p. 329.

^b Arts. 1.092, pará. único, e 1.163, do Cód. Civil brasileiro.

vícios ocultos da coisa vendida, cabe ao comprador a escolha entre a ação redibitória e a *quanti minoris*, art. 1.501 do Cód. Civil). « Aqui, porém, não estamos em face de casos de concurso em sentido próprio, porque se trata de direitos que são, por si mesmos, alternativos; a lei propicia, com efeito, a escolha entre dois resultados, cada um dos quais exclui necessariamente o outro, dada a impossibilidade de sua obtenção cumulativa.»⁴ Como quer que seja, enquanto as controvérsias, que se agitam acerca do momento em que é preclusa à parte a passagem de uma ação à outra, atendem ao termo e à ordem de exercício do direito de escolha e pertencem, portanto, à teoria dos contratos, pelo que concerne ao processo, basta dizer que, normalmente, a rejeição de uma ação não impede a sucessiva propositura de outra; que nada veda a propositura de ambas em um único processo, sob condição de que uma delas seja ajuizada em forma eventual; que no processo em que foi proposta uma delas é admitida a passagem à outra nos limites em que é admitida, por via geral, a proposição de nova demanda no curso do processo.⁵

§ 5.º. Diversidade da "causa petendi". Concurso objetivo

Esta é a hipótese típica do concurso de ações. Por exemplo: o tomador de uma cambial é credor do emitente, seja da obrigação abstrata que surge do negócio cambial, seja da obrigação causal que surge da relação fundamental;⁶ satisfeita uma das

* Também LÁ LUMIA, op. cit., exclui esses casos do concurso.

† Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, p. 871.

‡ Que a emissão da cambial não importa novação (como é já estatuído expressamente pelo art. 66 das novas normas sobre cambial pelo decreto de 14 de dezembro de 1933) e que produz, portanto, a duplicação das relações obrigatórias, é admitido pela opinião prevalente: VIVANTE, *Traffato*, III, n. 1.119; BONELLI, *Cambiale*, n. 20; LÁ LUMIA, op. cit., p. 74 e segs.; MESSINEO, *Titoli di credito*, I, p. 173; ASCARELLI, *Riv. di Dir. Commerciale*, 1932, I, p. 245, e jurisprudência citada por este autor. d

c Arts. 1.101 e 1.105 do Cód. Civil brasileiro.

d Para uma comparação entre o direito italiano e o brasileiro, no assunto, ver ASCARELLI, *Teoria Geral dos Titulos de Crédito*, São Paulo, 1943, ps. 66 e segs., 119 e 120 e os ali citados.

duas, fica também extinta a outra. O credor de uma coisa determinada pode também ser seu proprietário: a hipótese é frequente no caso de depósito, de comodato, de locação, de constituição de penhor; ele pode pretender a restituição da coisa, como credor ou como proprietário,¹¹ mas, restituída a coisa, ambas as pretensões se extinguem. No caso de compra e venda de coisa determinada, verificada a passagem da propriedade com a conclusão do contrato, o comprador pode escolher, para a entrega, entre a ação contratual *ex empto vendito* e a reivindicacão.¹² No caso de legado de coisa pertencente ao testador ao tempo de sua morte, o legatário pode dirigir-se contra o herdeiro com ação real ou com ação pessoal.¹³

Em que consiste e como se explica o nexo que liga neste e em casos semelhantes os direitos e, respectivamente, as ações concorrentes? Não nos podem dar grande ajuda as pesquisas dos romanistas, os quais não estão de acordo entre si e nos oferecem explicações que, pelo menos para o direito moderno, absolutamente não podem satisfazer. Não é a identidade do fato constitutivo e do objeto que caracteriza os direitos concorrentes; em cada um dos exemplos já referidos, enquanto encontramos identidade de *petitum* e de pessoa, cotejamos certamente diversidade de fato constitutivo e de *causa petendi*. Se assim não fosse, teríamos identidade de direitos e, respectivamente, de ações, não pluralidade de direitos e de ações concorrentes. Uma única nota característica, sobre a qual todos concordam, mesmo quando a formulam diversamente, vai evocada como exata e é a unidade do escopo das várias ações concorrentes.

Algumas vezes, a lesão do direito que determina o surgimento de uma ação se concretiza em caso mais complexo que o normal, surgindo composto de uma pluralidade de elementos, cada um dos quais seria suficiente a determinar uma lesão, mas

¹¹ Cfr. Corte de Cass. de 9 de julho de 1928, em *Riv. di Dir. Commerciale*, 1928, II, p. 556; CASANOVA, *Disciplina giuridica delle obbligazioni di restituzione nel fallimento*, II, p. 89 e segs.

¹² Corte de Cass. de 9 de julho de 1932, *Foro Italiano*, I, p. 1.299 e, al., nota de G. STOLFI.

¹³ GANGI, *I legati*, II, p. 239.

convergentes e superpostos, de modo que no caso específico todos em conjunto dão lugar a uma só e única lesão. Então, a cada um desses elementos corresponde um direito lesado (e, portanto, uma ação), mas os vários direitos coexistem de tal modo que, com a satisfação de um deles, resultam satisfeitos também os outros, porque a lesão, permanecendo objetivamente uma e única, fica integralmente reparada.

Para compreender como isso pode acontecer, reflita-se em que a ordem jurídica cumpre a sua função de reguladora da vida associada, reconhecendo um direito àquele cujo interesse seja julgado digno de tutela. Ora, esse sistema de direitos, que é a forma pela qual a ordem jurídica opera sobre a substância das relações sociais, é necessariamente um esquema abstrato e rígido, que não pode sempre seguir e quadrar-se à realidade concreta, na sua infinita variedade de manifestações e na sua imprevisível riqueza de combinações. Pode suceder, assim, que os meios técnicos de tutela superabundem em algum ponto e deixem a descoberto algum outro, provocando certa desigualdade, isto é, ora um excesso, ora uma carência de tutela jurídica. A evitar esses inconvenientes, provêm algumas criações jurídicas elásticas e gerais, que têm justamente o escopo de permitir ultrapassar os esquemas formais preestabelecidos e conduzir a uma apreciação final mais conforme à substância do caso concreto, reparando, assim, o funcionamento imperfeito dos mecanismos naturais da ordem jurídica: têm realizado e realizam tal função a *exceptio doli*, a ação de enriquecimento, a proibição dos atos emulativos, a proibição do abuso do direito, a *conditio sine causa*, etc. O concurso de direitos e de ações, apresentando uma pluralidade de meios jurídicos, onde subsiste uma única lesão do direito a reparar, oferece o perigo de um desses inconvenientes agora indicados, mas, por isso que impede a sua satisfação cumulativa, contém em si mesmo o remédio que permite enumerá-lo nesse grupo de institutos.¹⁴

¹⁴ Confirma-se essa aproximação pelo fato de que, em muitos casos, eu que, pela falta de algum requisito, o efeito consumativo da *litis contestatio* não paralisava as ações concorrentes, conseguia esse resultado prático justamente a *exceptio doli*

A satisfação de um direito concorrente importa, assim, o simultâneo dos outros e por isso, por via reflexa, a extinção das ações correspondentes. Mas a este ponto cumpre aditar alguma coisa que dá relevância autônoma à figura do concurso das ações.

Se é verdade, com efeito, que o simples exercício de uma ação não influi sobre as outras, é também verdade, no entanto, que, uma vez conseguida a sentença condenatória, com base em uma delas, as outras não mais podem ser propostas, mesmo antes que tenha ocorrido a satisfação. Por quê? Não vale dizer que desaparece o *petitum*,¹⁵ pois que não é de todo impossível, nem lógica nem juridicamente que, por exemplo, o emitente de uma cambial seja constrangido a pagar duas vezes a mesma soma e o devedor de uma coisa determinada obrigado a restituí-la e também a ressarcir o valor. Ainda menos se pode invocar a exceção de coisa julgada, ou o princípio *bis de eadem re ne sit actio*, porque falta a *eadem res*, sendo a diversidade de *causa petendi* suficiente para excluir a aplicação dos arts. 1.350 e 1.351 do Cód. Civil. Temos disso a confirmação no fato de que, se a ação A é repelida, nada impede que seja proposta a ação concorrente B. É só no caso de acolhimento da ação A que a ação B passa a ser improponível e isto ocorre por falta de interesse de agir (art. 36 do Cód. de Proc. Civil).¹⁶

Com efeito, a segunda condenação seria para o autor totalmente inútil. Munido de dois títulos executórios contra a mesma pessoa, poderia, no entanto, executar só um deles, porque, quando, de uma feita, tivesse obtido a satisfação, estariam extintos também os direitos concorrentes, e contra o uso do segundo título executório o devedor poderia utilmente oferecer oposição.¹⁷ Em parte, é diverso e mais simples o caso do con-

¹⁵ Assim COSTA, *Capo di sentenza (separata de Studi Sassaesi, 1931)*, p. 65, e *Intervento coatto ad istanza di parte (separata de Studi Sassaesi, 1933)*, p. 68.

¹⁶ No mesmo sentido DERNBURG, *Pandekten*, I, p. 319.

¹⁷ Corte de Cass. de 23 de maio de 1927, *Foro italiano*, Rép. 1927, s. v. "Pagamento", n. 16, e o meu livro *Opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, n. 129.

(assim chamada consumação judicial, em oposição à civil: LEVY, op. cit., II, ps. 1 e segs. e 88 e segs.).

falta de interesse

curso de várias ações constitutivas, por exemplo, se um ato pode ser impugnado por motivos distintos. As várias ações de impugnação tendem todas ao mesmo resultado, que consiste em mudança jurídica a operar-se pela sentença. Por isso, julgada procedente uma ação, as outras ficam extintas diretamente, porque o seu escopo é atingido; se, vice-versa, é rejeitada, subsistem proponíveis as demais.

§ 6.º. Diversidade de pessoas. Concurso subjetivo

Pode ocorrer também o caso de pluralidade de ações concorrentes, distintas pela diversidade dos sujeitos ativos ou passivos. Além do caso clássico das obrigações solidárias, cuja disciplina pertence hoje, pelas razões já indicadas, à teoria das obrigações, e não dá lugar a particular destaque do ponto de vista processual, vai aqui recordado o caso das ações de impugnação pertencentes a uma pluralidade de sujeitos contra um mesmo ato: típica é a ação dos sócios para impugnar as deliberações da assembleia de uma sociedade anônima, segundo o preceito do art. 163 do Cód. Comercial.¹⁸ A ação pertence a cada sócio individualmente, mas, dada a necessidade de que

¹⁸ COSTA, *Intervento*, cit., p. 67, lembra também as ações para impugnar o casamento, segundo o art. 108 do Cód. Civil Italiano. Nestes casos, a diversidade das pessoas pode também combinar-se com a diversidade da causa, quando o ato pode ser impugnado por vários motivos distintos.

Questão idêntica surge no direito brasileiro no caso da ação para anular as deliberações de assembleia pelos vícios indicados no art. 156 da lei sobre as sociedades anônimas (Dec.-Lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940).

No caso de concurso de ação pessoal com real poderia subsistir o interesse para uma segunda condenação, com fundamento nesta última, se fosse verdade que o título executório conseguido nos dois processos tem efeitos diferentes quanto à legitimação executiva passiva, como sustentou CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 603; v., porém, em sentido contrário, as minhas observações em *Titolo esecutivo riguardo ai terzi*, n. 9, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1934, I, p. 127.

Igualmente em caso de falência, a posição do credor de coisa determinada e do proprietário é a mesma, porque também o primeiro pode exercitar a chamada reivindicação do art. 807 do Cód. Comercial Italiano: cfr. ZANZUCCHI, *Domande in separazione*, p. 298, e CASANOVA, *op. cit.*, p. 235 e segs.

a deliberação subsista ou fique sem efeito para todos, a demanda de cada um tende à anulação total do ato e, portanto, as ações dos vários sócios se encontram em relação de concurso: acolhida a demanda de um deles, o resultado se estende para todos, e as ações dos outros são absorvidas e extintas justamente porque concorrentes.¹

Esta observação permite talvez solucionar a conhecida controvérsia sobre os efeitos da sentença que repele a ação de impugnação de um dos sócios: segundo alguns, ela não prejudica a ação sucessiva dos outros sócios relativamente aos mesmos motivos; segundo outros, ao invés, a exclui porque estende seus efeitos a todos.

A primeira opinião,¹⁹ que prevalece em jurisprudência, é também praticamente a mais conveniente, porque elimina os perigos da colisão entre o sócio e os administradores. Resta, porém, por explicar a diversa extensão de efeitos da sentença, segundo acolha ou rejeite a ação.

¹⁹ VIVANTE, *Trattato*, II, n. 528; A. SCIALOJA, *Studi di diritto privato*, p. 357, e *Foro Italiano*, 1911, I, p. 709; ASCARELLI, *Appunti di Diritto Commerciale*, I, p. 342. Em sentido contrário, NAVARRINI, *Società e associazioni commerciali*, n. 423, e SOPRANO, *Società commerciali*, I, n. 611, porém com argumentos que não convencem.

¹ Naturalmente o problema estudado no texto só se pode apresentar quando for caso de ato realmente único e indivisível. Só então é que há concurso subjetivo de ações, porque visam todas necessariamente à anulação total do ato. A solução é diferente, se o ato é divisível (isto é, se pode praticamente subsistir para alguns dos sujeitos e ser anulado para outros), ou se o ato, só aparentemente único, é na realidade composto de uma pluralidade de atos substancialmente distintos (v. adiante, neste volume, p. 237): (tal é o caso examinado por LUÍS EULÁLIO VIDIGAL, em *Rev. Forense*, vol. 95, p. 554, com cujas conclusões naturalmente não concordo); em ambos esses casos, as ações dos vários interessados são perfeitamente independentes; a sentença, quer de procedência, quer de improcedência, tem efeito unicamente para os litigantes que participaram do processo e deixa íntegra a posição dos outros. Pode daí decorrer, evidentemente, uma contradição lógica dos julgados, por terem decidido questões iguais de modo diferente. Mas a doutrina certa é que o simples conflito teórico dos julgados não pode obstar à rigorosa aplicação dos princípios da coisa julgada e de seus limites subjetivos (CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, p. 567 e segs.).

CHIOVENDA, que sustenta a opinião contrária, reporta-se a um princípio indiscutível, quando afirma que a coisa julgada não pode ter efeito *secundum eventum litis*, e deve obrigar ou não obrigar os co-interessados, qualquer que seja o êxito do julgamento.²⁹ A esta argumentação não foi dada ainda uma resposta satisfatória.

Por outro lado, não se pode dizer que “a identidade da qualidade tem lugar aqui pela identidade de pessoa”, sem afirmar um desvio dos princípios, que não aparece totalmente justificado.

Mas aqui não é tanto dos limites subjetivos do julgado que se trata, mas dos limites do próprio objeto do processo e da decisão: objeto que é só a ação do sócio que propôs a demanda. A sentença de rejeição não pode influir de nenhum modo sobre a posição dos sócios que permaneceram estranhos à lide. Se a sentença de acolhimento tem efeito, pelo contrário, para todos, isso ocorre simplesmente porque, não podendo o ato anular-se só para alguns, a anulação é necessariamente total e socorre também eventualmente o sócio que tenha visto repelida a sua precedente demanda; resultado este que, posto coincida com o da ação rejeitada, não contradiz, todavia, o julgado de rejeição, porque a ação ora acolhida é uma outra, embora concorrente; o que acontece também, e é pacífico, se a nova impugnação é fundada em motivos diversos, pois que também esta é uma ação distinta, se bem que concorrente.

A diversidade de efeitos da sentença, relativamente às ações concorrentes, segundo seja de procedência ou de improcedência, e normal na figura de concurso de ações.

²⁹ CHIOVENDA, *Principii*, ps. 281 e 224 e segs., e COSTA, *op. cit.*, p. 70. g

⁴ CHIOVENDA, *Instituições*, vol. I, ps. 493 e 578.

PLURALIDADE DE PARTES LEGÍTIMAS À IMPUGNAÇÃO DE UM ÚNICO ATO *

1. O caso é singular e põe em relevo questões interessantes por mais de um título. Dois cônjuges, constituindo em dote um imóvel a favor de sua filha, estabeleceram que não poderia ser ele alienado sem a sua anuência. Sobrevindo, entretanto, um ato de alienação do qual não tiveram ciência, são eles partes legítimas para impugná-lo? E, no caso de resposta afirmativa, obsta à ação de nulidade a sentença que repeliu a demanda proposta precedentemente, pelo mesmo motivo, por sua filha?

A Corte Suprema decidiu, em ambos os casos, de modo afirmativo. Aceitando o estado da controvérsia nos mesmos termos em que foi posta pela sentença anotada, isto é, dando por admitida a legitimação distinta dos pais para impugnar o ato de alienação, e prescindindo de qualquer outra questão que se poderia salientar das circunstâncias próprias do caso concreto, examinarei, nos seus termos gerais, a segunda das questões indicadas, a saber, aquela sobre a qual a Corte de Cassação se firmou mais propriamente, e quase unicamente, para expressar o meu dissentimento e reafirmar uma opinião já de outra feita manifestada.

* Comentário a uma sentença da Corte de Cass. de 23 de junho de 1936, publicado na *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1937, parte II, p. 87. É a seguinte a ementa da decisão: *Estipulado na constituição de dote o pacto, mediante o qual a propriedade dotal não pode ser alienada sem a anuência dos doadores, a hipoteca outorgada pelos donatários sem tal consentimento pode ser impugnada tanto pelos donatários como pelos doadores. Todavia, tratando-se de uma situação jurídica não suscetível sendo de apresentar-se única em relação a todos, a sentença que repele a ação de nulidade da hipoteca, promovida pelos donatários, estende os efeitos da coisa julgada também às outras partes legítimas e obsta, portanto, à ação de nulidade proposta sucessivamente pelos doadores.*

O caso aqui considerado não tem verdadeiramente, pelo que me parece, precedentes conhecidos. Mas é certo que apresenta situação essencialmente idêntica à que foi já outras vezes estudada, com atenção ao disposto no art. 163 do Cód. Comercial italiano (oposição dos sócios à deliberação da assembléa da sociedade anônima, como contrária ao ato constitutivo, ao estatuto ou à lei), e que tem, além disso, possibilidade de apresentar-se na justiça administrativa: *a situação de um ato único e indivisível exposto à impugnação de uma pluralidade de sujeitos*. Diferente, no caso aqui examinado, só há um elemento: porque aqui a pluralidade de partes legítimas à impugnação do ato é uma criação contratual e não decorre da lei, como nos outros exemplos lembrados, em que ela é necessária e direta consequência da natureza do ato e de seu alcance eventualmente lesivo aos interesses de numerosos sujeitos. Mas, se se prescinde da diversidade de formação da relação, a questão que surge é idêntica; na hipótese de que a cláusula contida no ato constitutivo do dote atribua efetivamente aos pais doadores o direito de impugnar o ato de alienação do imóvel doado (como considera a Corte), ela terá dado vida a uma pluralidade de pessoas interessadas em impugnar o ato estipulado em violação da mesma cláusula, com identidade e autonomia de legitimação de agir reconhecida a cada um dos interessados. Surge, portanto, nesse caso, como nos outros recordados, o problema das relações e da interferência recíproca entre as várias ações de impugnação pertencentes a cada sujeito.

2. Como é sabido, duas opiniões porfiam sobre a questão. De um lado, há quem considere que a sentença pronunciada na ação proposta por um dos interessados beneficia ou prejudica a todos os outros; de outro, afirma-se que a sentença favorável, por importar a anulação do ato impugnado, beneficia a todos, ao passo que a que repele a ação proposta não prejudica o direito de agir dos outros.

Observa-se, em abono da primeira opinião, que nesses casos, "devendo necessariamente o ato existir, ou não existir com relação a todos que lhe são sujeitos, não pode haver senão uma

única decisão, conquanto as ações sejam subjetivamente diversas; a identidade de qualidade ocupa aqui o lugar da identidade de pessoa; a coisa julgada, que se forma em relação a um, exclui a ação dos outros",¹ quando não se prefere lobrigar um fenômeno de substituição processual.²

Mas essas observações, em minha modesta opinião, são devidas a uma diagnose incompleta da situação; a comunhão dos fins dos vários sujeitos, a natureza do ato uno e indivisível, que não pode senão subsistir, ou decair, na sua totalidade, em relação a todos, não excluem a personalidade, a individualidade da legitimação de cada um a propor a impugnação. A idêntica qualidade (do sócio, do interessado na anulação do ato, etc.) não é senão o pressuposto comum da legitimação autônoma e pessoal reconhecida a todos os que se encontram naquela determinada situação. Mas se se admite que a ação concerne individualmente a cada um dos interessados, não se pode, sem contradição, admitir que o que um deles faz, valha como realizado por conta e com efeitos para todos os outros. Não se pode, portanto, falar de recíproca substituição processual, porque cada um, quando age, exercita a própria e somente a própria ação; nem dizer que a identidade da qualidade elimina a diversidade das pessoas, porque, ao contrário, esta diversidade pressupõe aquela identidade e, antes, no seu terreno mergulha as próprias raízes, mas para sobreviver e se afirmar sobre ela; pois que uma pessoa é individualmente legitimada a agir, justamente enquanto sócio ou de qualquer modo participante de uma relação jurídica determinada.

Por isso, pareceu-me que os casos aqui considerados deveriam configurar-se antes como exemplos de concurso de ações:³

¹ CHIOVENDA, *Principii*, ps. 281 e 926; *Istituzioni*, I, ns. 109 e 135. Em sentido conforme, COSTA, *Intervento coatto*, Pádua, 1935, p. 77. Assim também a doutrina germânica, baseada no § 273 do H. G. B., que dispõe expressamente a eficácia para todos os sócios da sentença de anulação da deliberação; cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch*, 3ª ed., ps. 533-534.

² CARNELUTTI, *Lezioni*, IV, n. 384.

³ *Azioni concorrenti*, em *Studi in memoria di U. Ratti*, p. 685, § 6º; *Efficacia ed autorità della sentenza*, MILRO, 1935, p. 77 e segs. (neste volume, respectivamente, ps. 217 e 97 e segs.).

isto é, de uma pluralidade de ações, com um único fim, uma função prática e econômica comum, e, não obstante, distintas e diversas entre si. Um ato que se afirma ilegítimo é, com efeito, um só e não pode senão subsistir ou decair na sua totalidade; cada um dos interessados não veria satisfeito o seu direito de outro modo que com a sua destruição; esta é a finalidade comum a todos, o resultado único que, embora obtido pela ação de um único, satisfaz ao mesmo tempo o interesse de todos os outros. Todavia, as várias ações permanecem diversas e distintas, cada qual íntegra e perfeita na sua autonomia e capaz, por si só, de alcançar o seu objetivo, que é também o objetivo comum: por isso, elas não se interferem nem se hostilizam entre si, senão quando uma tenha atingido o fim comum, tirando assim às outras toda a razão de ser. Neste nexó particular que une as várias ações, deixando-as, todavia, distintas e separadas, reside a nota característica da figura das ações concorrentes. E a consequência natural e normal é que cada ação pode ser proposta independentemente e que a procedência de uma delas extingue todas as outras, ao passo que a sua rejeição não as prejudica.

São alcançados assim os mesmos resultados da segunda opinião recordada, que, por motivos de oportunidade, é sustentada em relação ao art. 163 do Cód. Comercial pela doutrina comercialista prevalente.⁴

3. Surpreende, todavia, o fato de que a sentença da Corte Suprema, enquanto reconhece que a legitimação dos vários interessados tinha caráter *concorrente*, crê poder sacar-lhe a consequência da *extensibilidade dos efeitos da coisa julgada*, no sentido de que a rejeição da ação proposta por um dos legitimados obste a possibilidade da ação por parte dos outros; isto é, em outros termos, que a sentença prolatada em uma das

⁴ VIVANTE, *Tratado*, II, n. 528; A. SCIALOJA, *Studi di diritto privato*, p. 357, e em *Foro Italiano*, 1911, I, p. 709; ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale Società ed associazioni commerciali*, Roma, 1936, p. 276; MOSSA, *Diritto commerciale*, Milão, 1937, I, p. 210.

ações concorrentes, favorável ou contrária, possa valer por qualquer efeito pró ou contra todos os outros legitimados.⁵

As precedentes considerações deveriam convencer de que essa consequência não é justificada pela premissa, a qual conduz, ao contrário, diretamente à conclusão oposta.

Já à primeira vista é contraditório reconhecer a muitos sujeitos a legitimação autônoma para agir e admitir como opo-nível a todos a coisa julgada que se formou sobre a ação proposta por um só deles. Isso equivale a negar na prática (logo após tê-la afirmado em abstrato) aquela pluralidade de ações concorrentes que significa, e não pode deixar de significar, possibilidade para cada um de, separadamente, propor a sua impugnação, independentemente de que os outros co-interessados e co-legitimados tenham podido fazer. E isso quer dizer, em substância, condensar as muitas ações declaradas permissíveis a uma só efetivamente proponível, na qual todas as outras se deveriam ter por necessariamente extintas e consumadas, o que reduz aquela legitimação, igual e autônoma dos muitos interessados, a uma simples faculdade de iniciativa, que se reconheceria a cada um no exercício de uma única e comum impugnação cumulativa. Mas, se assim fosse, a construção da relação deveria ser bem diversa daquela já acenada — exatamente, segundo meu modo de ver, pela Corte: não concorrência de várias ações tendentes a um único escopo mas unidade de ação no interesse comum, com atribuição a cada um da simples faculdade de assumir a função de *parte mais diligente*, ao propor esta ação única e coletiva. A configuração de uma relação, nesses termos, pelo que me parece, não tem similar no direito positivo (talvez a ação de divisão?) — e se houvesse, daria lugar muito provavelmente a um caso de litisconsórcio necessário, sendo inconcebível que um só sujeito proponha sozinho e sem ciência dos outros uma ação concernente a todos em comum; de qualquer modo — e isto me parece certo — não correspon-

⁵ Assim também BETTI, *Diritto processuale civile*, p. 618, e ALLORIO, *Cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milão, 1935, p. 270.

de, nem ao caso concreto tal qual foi delineado pela Corte, nem à significação bem clara do art. 163 do Cód. Comercial.

Em suma, o conceito afirmado pela Corte é contraditado, tanto pelo princípio dos limites subjetivos da coisa julgada (art. 1.351 do Cód. Civil), como pela teoria das ações concorrentes. E parece-me pelo menos estranha essa tentativa de negar aplicação a uma norma de lei, a pretexto de um conceito que, todavia, se harmoniza com ela plenamente.

É verdade que no direito romano clássico as diversas ações concorrentes — quer concernentes a muitos sujeitos, quer concernentes a um só por causas diversas — se consumiam todas e se extinguíam por efeito da contestação da lide sobre uma só delas, com a consequência de que todas as outras já não poderiam ser propostas, qualquer que fosse o êxito do processo instaurado a respeito daquela que se fez valer; consequência essa devida ao rigor formal do efeito consumativo da *litis contestatio* e à significação absorvente, que se atribuirá à *eadem res*.⁶ Mas, já no direito justinianeu, abriu caminho profunda mudança, e não mais a contestação da lide, mas a efetiva satisfação conseguida por uma ação extinguiu as ações concorrentes.⁷ Este resultado, que permaneceu no direito intermédio, é o que vige ainda hoje; lógico, na verdade, porque nós já não conhecemos a contestação da lide nem o seu característico efeito consumativo; além disso, mais equitativo e, por fim, conforme a regra dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, tais quais são entendidos no hodierno direito positivo, no qual não há a *eadem res* sem identidade da *causa petendi* e das pessoas.

Assim, no direito moderno, a única nota distintiva da figura das ações concorrentes está no fato de que se extinguem todas pela sentença que acolhe uma delas, por efeito da consecução do seu escopo comum.⁸

⁶ V. o meu artigo *Azioni concorrenti*, cit., § 1º, com amplas indicações (neste volume, p. 217). Cfr. WENGER, *Institutionen*, p. 174, e BETTI, *Diritto romano*, I, p. 644 e segs.

⁷ Op. cit., § 2º (neste volume, p. 220), e WENGER, op. cit., p. 176; BETTI, op. cit., p. 649.

⁸ *Azioni concorrenti*, cit., § 3º, e segs. (neste volume, p. 220).

Limitada a dissertação ao caso de muitas ações concorrentes de impugnação contra um mesmo ato, não há dúvida de que, se a uma pessoa pertencem muitas ações de nulidade de contrato (por exemplo, por dolo e erro), acolhida uma delas, também a outra se extingue, tendo-se já alcançado o escopo comum a ambas; se, pelo contrário, a ação de dolo não é acolhida, poderá ainda propor-se a ação por erro. Ninguém admitiria que a relação de concorrência deva importar extensão da autoridade da coisa julgada de uma à outra ação. A tanto se oporia o art. 1.351 do Cód. Civil (que subordina a exceção da coisa julgada também à identidade da causa), como o próprio conceito do concurso de ações, que dá lugar a uma pluralidade de meios de ataque independentes, dirigidos a um resultado idêntico. O mesmo que se verifica no concurso objetivo se dá com o subjetivo, isto é, se as ações de impugnação pertencem por igual motivo a muitas pessoas diversas. A diversidade das ações depende, então, da diversidade dos sujeitos, não mais da causa, mas é igualmente suficiente para excluir a extensão da autoridade da coisa julgada de uma a outra.

Em sentido contrário, observaram-me que assim se presta homenagem ao preconceito da coisa julgada *secundum eventum litis*; " não parece, todavia, que a observação fira o ponto certo, pois que a opinião que eu sigo não implica, tal como pode parecer à primeira vista, em alargamento da coisa julgada aos terceiros no caso de sentença favorável. O que se estende aos terceiros, isto é, aos outros legitimados à impugnação, é somente o efeito da sentença; e precisamente a anulação do ato impugnado, porque o *petitum* de cada uma ação inclui necessariamente, em razão da unidade e indivisibilidade do ato que se impugna, também o escopo de todas as outras concorrentes e assim o acolhimento de uma delas leva efetivamente à consequência que também para todos os outros interessados o ato já não existe. Mas este resultado não implica, com efeito, extensão da coisa julgada além dos seus costumados limites subjetivos; tal se produz legitimamente para todos porque a todos

⁹ BETTI, *Diritto processuale civile*, p. 619, nota.

se estende a eficácia da sentença, na sua objetiva consistência determinada pelo conteúdo da decisão, mercê de um princípio geral, atribuído à sua qualidade de ato do Estado.¹⁰

Entende-se que, ao revés, também a sentença de rejeição da ação proposta (e, por isso, de declaração da legitimidade do ato impugnado) vale para todos; mas aqueles entre os legitimados na impugnação, que não participaram do processo, e que, de conseguinte, não estão sujeitos à autoridade da coisa julgada, poderão demonstrar-lhe a injustiça, o que para eles coincide com a justificação da procedência de sua própria ação de impugnação. Tanto a tese aqui sustentada, quanto a opinião contrária, sustentada pela Corte, apresentam na prática, com referência ao art. 163 do Cód. Comercial, alguns inconvenientes, que já muitas vezes foram realçados e constituem provavelmente a verdadeira razão da persistente disparidade de opiniões. Acolhendo as conclusões que, consoante o que se diz, se afiguram mais exatas, evita-se o perigo de conluio da sociedade com um sócio condescendente, que, propiciando a rejeição de sua própria ação, possa precluir toda e qualquer outra impugnação dos outros sócios; mas assim se expõe a sociedade a uma série interminável de impugnações sucessivas.

Deve-se, porém, acrescentar que, na prática, o inconveniente se evita, estabelecendo entre as cláusulas estatutárias prazos curtos de decadência para a propositura das impugnações dos sócios, e se pode esperar, de *iure condendo*, que, neste mesmo sentido, intervenha o legislador, quando fizer a reforma do Cód. Comercial.

4. Como já assinalai acima, a questão tem possibilidade de deparar-se em termos idênticos na justiça administrativa.

A doutrina e a jurisprudência são hoje acordes em considerar que, outrossim, às decisões das jurisdições administrativas devem aplicar-se as regras do art. 1.351 do Cód. Civil sobre os

¹⁰ V. os meus trabalhos *Efficacia ed autorità della sentenza*, p. 95 e segs., e *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, em *Riv. di Dir. Proc. Civile*, 1936, I, p. 237 e segs. (neste volume, ps. 120 e 170), onde se encontra também amplamente justificada a afirmação de que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos.

limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, particularmente o requisito da identidade das pessoas.¹¹

Admite-se, contudo, em geral, a abstrata possibilidade de atos administrativos únicos e indivisíveis, cuja anulação por parte de algum dos interessados necessariamente beneficiaria também aos outros. Convém saber: deve-se distinguir entre provimentos múltiplos, nos quais, com ato formalmente único, se contém, em realidade, tantos provimentos distintos quantas são as pessoas e provimentos coletivos, "cujo conteúdo é tão indivisível que o provimento cessaria de ter vigor em relação a todos, quando, por efeito do julgado, o próprio provimento deixasse de valer em relação a alguns".¹²

É verdade que não se conhece caso no qual o Conselho de Estado tenha positivamente proclamado a existência de ato dessa segunda espécie; porém é lícito supor que os casos em que isso se verifica refogem na prática ao exame da jurisprudência, porquanto, faltando necessariamente os efeitos do ato em relação a todos, não ocorre a ocasião de uma decisão que contemple e certifique as conseqüências de tal situação.

Em todo caso, se há provimentos coletivos no sentido ora indicado, eles podem, seguramente, dar vida a uma pluralidade de interessados em sua integral anulação e, por isso, a uma pluralidade de ações de impugnação concorrentes. Portanto, a elas se estenderão as considerações supra-expostas, e a rejeição da ação de um dos interessados não poderá obstar às impugnações dos outros.

A observação merece ser feita ainda que a brevidade do prazo e a probabilidade de que todas as ações, contra o mesmo ato, sejam reunidas e decididas conjuntamente, reduzam a possibilidade de que se venham a apresentar na prática.

¹¹ CAMMEO, *Commentario*, p. 294 e segs.; BORSI, *Giustizia amministrativa*, 5ª ed., p. 319 e segs.; RANELLETTI, *Guarentigie della giustizia*, 5ª ed., p. 505 e segs.; RACCI, em *Foro Italiano*, 1934, III, p. 221; Cons. de Estado, V Secção, 30 de maio de 1931 (*Foro italiano*, 1931, III, p. 403) e 3 de março de 1933 (*Foro italiano*, 1933, III, p. 233); Corte de Cass., Câmaras Reunidas, 11 de março de 1933 (*Foro italiano*, 1933, I, p. 1.192).

¹² Assim, a citada decisão da V Secção de 3 de março de 1933, relator PAPPALARDO. A diversas e maiores conseqüências levaria a doutrina de RANELLETTI, op. cit., p. 511, da *indivisibilidade* do vício do ato.

NOTAS

AÇÕES CONCORRENTES

PLURALIDADE DE PARTES LEGÍTIMAS A IMPUGNAÇÃO
DE UM ÚNICO ATO

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — Voltando ao assunto já ventilado no n. 30, "c", da Eficácia e Autoridade, LIEBMAN debruça-se aqui sobre o problema do litisconsórcio unitário, em que a situação jurídica material se apresenta indivisível, devendo a coisa julgada ser única para todos, e cujo exemplo típico é a impugnação da deliberação de sociedade anônima por um dos sócios.

Hoje, na Itália, as normas que regem a matéria são expressas e eliminaram muitas das dúvidas existentes ao tempo em que LIEBMAN escreveu. A legislação pertinente dispõe que só a anulação das deliberações sociais, contrárias à lei ou ao ato constitutivo, tem efeitos com relação a todos os sócios, mas isso não se dá quando a sentença desacolha a impugnação. Daí por que, nesse caso, os co-legitimados que não tenham participado da ação podem rerepresentá-la. A lei, ao mesmo tempo, fixa prazo bastante breve de decadência para a impugnação, visando a reduzir a possibilidade de decisões contraditórias (art. 2.377, Cód. Civ. italiano).

Mas no Brasil, onde não existe norma expressa a respeito, as considerações tecidas por LIEBMAN em 1934/37 ainda oferecem grande interesse.

Resume o Mestre, inicialmente, as duas opiniões que à época dividiam a doutrina italiana: a) a sentença proferida na ação proposta por um dos interessados beneficia ou prejudica a to-

dos os outros; b) a sentença favorável, que anule o ato impugnado, beneficia a todos, enquanto a que repele a ação proposta não prejudica o direito de agir dos demais. Afastando a primeira, por significar extensão da coisa julgada a terceiros, LIEBMAN dá contornos novos à segunda: embora acolhendo a solução sub b), explica eie que, no caso, não se trata de extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, mas sim de diversidade de efeitos da sentença. Sendo a sentença improcedente, e sendo objeto dela apenas o pedido de um sócio, aos outros fica aberta a via para outras ações, que visem à impugnação da mesma deliberação. Mas se a ação de um dentre eles for vitoriosa, terá sido atingido o fim comum, tirando às outras razão de ser, por falta de interesse de agir.

2 — Como vimos, a doutrina brasileira objetou à posição do Mestre, porquanto, uma vez conseguida a anulação, nem sempre se terá atingido o "objetivo comum". Basta pensar no segundo sócio a que interessasse exatamente a manutenção da deliberação social, que a primeira sentença anulou.¹

Até hoje, entre nós, os reflexos do litisconsórcio unitário facultativo sobre a coisa julgada dão margem a sérios dissensos.

Nesses casos, que são de situações jurídicas substanciais plurissubjetivas, o resultado do processo — afirma-se² — não

¹ BARBOSA MOREIRA, *Coisa Julgada: Extensão subjetiva*, in *Direito Processual Civil*, Rio, 1971, ps. 281 e segs. Ver também, *retro*, *Notas à Eficácia e Autoridade*, § 5.º, n. 4.

² Sobre litisconsórcio unitário — distinto do necessário — ver as monografias de ARAUJO CINTRA, *Do Litisconsórcio Unitário no Sistema do Código de Processo Civil*, São Paulo, 1968, e de BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio Unitário*, Rio de Janeiro, 1972. A partir dessas obras é que se firmou claramente, na processualística brasileira, a idéia de que o litisconsórcio pode ser unitário, sem ser necessário (como é exatamente o caso da anulação da deliberação da assembléa das sociedades anônimas), e vice-versa (como, *v.g.*, no caso de usucapião): ver a última obra cit., ps. 132 e segs. Os problemas atinentes à pretensão extensão da coisa julgada no litisconsórcio unitário surgem exatamente quando este não é necessário.

³ BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio cit.*, p. 143.

pode às vezes deixar de produzir-se a um só tempo e de modo igual para todos os titulares. É que as posições jurídicas individuais são iguais e interligadas, de modo que o comando concreto as atinge a todas com idêntica eficácia.

Parte da doutrina frisa que se trata da extensão da coisa julgada: "se os co-interessados alheios ao processo não ficassem jungidos àquela, poderiam provocar a formulação, para si, de regra jurídica concreta de teor porventura diverso, com o que estaria quebrada a homogeneidade e tornada inviável a subsistência da situação jurídica substancial global".⁴

3 — Não obstante reconheça que a extensão da coisa julgada pode ser preceituada *secundum eventum litis* — e há exemplos dessa extensão por via legislativa no Brasil⁵ —, preconiza BARBOSA MOREIRA que não se adote a solução, para evitar julgados contraditórios entre as mesmas partes e um resultado que já foi qualificado de "muito feio".⁶ E conclui: "quer seja o pedido julgado procedente, quer improcedente, a regra jurídica concreta formulada na sentença terá de aplicar-se de modo uniforme a todos os interessados."⁷ Assim, o brilhante processualista prefere ficar com a primeira das duas alternativas aponta-

⁴ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 144, nota 49, acrescentando: "Esse aspecto não parece ter merecido a atenção de LIEBMAN, no armar a sua famosa construção... e constitui, sem dúvida, uma das debilidades da teoria liebmaniana, que tanto êxito vem obtendo entre nós."

⁵ É o caso da ação popular constitucional (art. 18, da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965), na qual a sentença se reveste da autoridade da coisa julgada *erga omnes*, quer acolha, quer rejeite o pedido do autor popular; mas, no caso de rejeição do pedido por insuficiência de provas, a coisa julgada não se forma: e, segundo já afirmamos, não se forma nem mesmo para o autor (GRINOVER, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, in *Rev. Procuradoria Geral do Estado*, vol. 12, São Paulo, 1978, p. 135. Cfr. BARBOSA MOREIRA, *Litisconsórcio*, cit., p. 148, nota 57; contra: AFONSO DA SILVA, *Ação Popular Constitucional*, São Paulo, 1968, p. 273, que entende ficar impedido à nova ação, pelo mesmo fundamento, quem já foi parte).

⁶ A expressão é de SCHWAB (*ein sehr unschönes Ergebnis*), apud BARBOSA MOREIRA, op. e loc. cit., nota 57.

⁷ BARBOSA MOREIRA, op. e loc. cit., p. 148.

das por LIEBMAN como dividindo a doutrina: a sentença pronunciada na ação proposta por um dos interessados beneficia ou prejudica a todos os outros.

4 — De nossa parte, manifestamos opinião diversa, reconhecendo, embora, a existência, em certos ordenamentos, da extensão subjetiva da coisa julgada, nos casos de litisconsórcio unitário, a quem não participou do processo. E já afirmamos: "A extensão aos terceiros, virtuais litisconsortes unitários, da coisa julgada proferida *inter alios* justificar-se-ia, portanto, em virtude da perfeita unidade da *res in iudicium deducta*, que tornaria impossível a formulação de regras jurídicas concretas diversas com relação àqueles que deveriam ter participado do mesmo juízo, obtendo sentenças uniformes."⁸ Prossequimos observando que essa razão poderia autorizar, por via legislativa, a extensão subjetiva da autoridade da coisa julgada ao virtual litisconsorte unitário, que não participou da relação processual. Mas, dizíamos, no Brasil essa regra legislativa não existe; ao contrário, entre nós, o art. 472 traça a regra da limitação subjetiva da coisa julgada de maneira rígida. Concluíamos assim: "Sem norma expressa, no sentido da extensão da coisa julgada aos possíveis litisconsortes unitários; e havendo, ao contrário, regra limitadora explícita em nosso ordenamento, não há como abranger na autoridade da coisa julgada terceiros, ainda que eventuais litisconsortes unitários, se do juízo não participaram."

Com efeito, já sustentamos que os direitos constitucionais de defesa, o princípio do contraditório, a bilateralidade da ação e da exceção fazem com que a imutabilidade da sentença somente possa valer *inter partes*: eis o fundamento político da limitação da autoridade da coisa julgada, entendido como garantia das partes e possibilidade concedida ao terceiro, juridicamente prejudicado, de opor-se à sentença, para ele eficaz mas mutável.¹⁰

⁸ De nossa autoria, "Eficácia e autoridade" cit., p. 31.

⁹ *Id. ibid.*, p. 32.

¹⁰ Assim escrevamos em "Eficácia e Autoridade" cit., p. 61.

5 — Aplicando tais conceitos ao litisconsórcio unitário facultativo, chega-se então a ponto de vista mais próximo ao de LIEBMAN: se a primeira decisão rejeitou o pedido de anulação, outro sócio não pode ficar impedido de pleitear, em outra ação, a desconstituição da assembléia. A coisa julgada não se lhe estendeu. E se o ordenamento faculta o exercício da ação, é evidente que, uma vez conseguida a anulação, esta segunda coisa julgada, prevalecerá — para todos — sobre a primeira: não só em virtude do princípio pelo qual a segunda coisa julgada, no conflito entre duas, há de prevalecer,¹¹ mais ainda porque, a não ser assim, o exercício da segunda ação teria sido inútil. Se o art. 472 do CPC autoriza outro sócio a mover a ação, é evidente que o faz para que seja beneficiado pelo resultado do processo. Assim não fora, e teríamos o absurdo do *inutiliter datur*.

Mutatis mutandis, o raciocínio também se aplica ao caso de ter o primeiro sócio conseguido a anulação, e o segundo pleiteado a declaração da validade da decisão da assembléia, conseguindo-a. A segunda coisa julgada prevalecerá sobre a primeira. Mas o que não se pode é impedir — a pretexto de uma coisa julgada que opere *ultra partes* — o exercício do direito de ação aos demais sócios, sem preceito expresso que excepcione ao art. 472, CPC vigente.

6 — Desacolhida, também, a segunda posição — a extensão da coisa julgada a terceiros *secundum eventum litis* —, parece que o art. 472 do CPC vem confirmar a posição de LIEBMAN quanto ao litisconsórcio unitário facultativo: a anulação é necessariamente total, e socorre também ao sócio que tenha visto repelida a sua precedente demanda. Apenas, se houver interesse de agir, poderá posteriormente ser declarada a validade do

¹¹ Não é raro o conflito entre duas coisas julgadas, e a doutrina brasileira resolve-o predominantemente em favor da segunda: GRINOVER, *Direito Processual Civil* cit., p. 85; BARBOSA MOREIRA, *Comentários* cit., n. 134. No mesmo sentido a jurisprudência: *Ap. Civ.*, n. 85.732, do Trib. Just. do antigo Estado da Guanabara, in *D.J.*, de 22.8.1974, p. 310, do apenso.

ato, que também se estenderá a todos. As ações acolhidas são diversas. E a coisa julgada não tem o escopo de evitar decisões entre si inconciliáveis, mas apenas o de evitar a incompatibilidade prática entre comandos.¹²

¹² Assim escreviamos em *Eficácia e autoridade* cit., p. 12.

OUTROS ENSAIOS SOBRE A COISA JULGADA

Posteriores à Primeira Edição Brasileira

PREFÁCIO À REIMPRESSÃO ITALIANA DE 1962 *

Fico profundamente grato à Fundação Calamandrei e aos valorosos estudiosos que a dirigem por ter incluído a reimpressão deste meu livro, esgotado há tempo, na coleção que se intitula ao nome de um mestre inclito e caro a todos os juristas italianos.

O volume que se reimprime foi publicado em 1935 e teve então uma acolhida bastante brusca, devida certamente a seus defeitos, sobretudo de forma, que impediram fosse apreciada a tentativa de estruturar a teoria da coisa julgada fora dos esquemas tradicionais. As críticas de então procurei responder com um artigo que está incluído na presente publicação, embora hoje ele pouco me satisfaça.

Devia passar algum tempo para que surgissem mais claramente, em primeiro lugar, a mim próprio, o sentido e os possíveis desdobramentos de uma tentativa tão pouco ortodoxa. E realmente só em épocas bastante recentes os escritores das gerações mais jovens dela se aproximaram com mente aberta, demonstrando compreender seus intuitos e acolhendo mais ou menos amplamente seus resultados. Agora, a decisão da Fundação Calamandrei vem confirmar categorizadamente essa nova atitude da doutrina e compensar a amargura experimentada pela incompreensão com que o livro foi acolhido quando apareceu pela primeira vez.

A doutrina medieval atribuía à coisa julgada qualidades quase taumatúrgicas. Hoje suas fórmulas mágicas são lembradas pouco menos que com um sorriso, mas a verdade é que ainda temos dificuldades em nos livrar inteiramente de sua influência,

* Prefácio do Autor à Edição italiana da *Efficacia ed autorità della sentenza*, reimpressa pela Fundação Plerò Calamandrei e publicada em Milão, por A. Giuffrè, em 1962.

permanecendo as diversas definições da coisa julgada trabalhosamente compostas por elementos heterogêneos que a tornam um instituto um pouco misterioso, quase que levemente monstruoso, no sistema do Direito. A primeira exigência para a renovação e a satisfatória sistematização do conceito da coisa julgada é, portanto, a de definir a sua essência mediante o uso de instrumentos técnicos que lhe sejam adequados, mas que também sejam claros, simples, nitidamente compreensíveis, logicamente exatos e ao mesmo tempo coerentes com o sistema. Trata-se, em outras palavras, de libertar o instituto da névoa que o envolve e de substituir o mito por uma visão científica.

A segunda exigência é a de dar-se conta de que a análise, feita pela doutrina moderna, do conteúdo da sentença e de seus diversos efeitos possíveis, pôs definitivamente em crise todas as velhas concepções que, lançando mão da presunção, da ficção ou de outros expedientes análogos, visavam a aumentar a força de verdade que promana do pronunciamento do juiz: não apenas a declaração, mas todos os possíveis efeitos da sentença estão cobertos pelo julgado. A estreiteza e a parcialidade da concepção da coisa julgada até em escritores contemporâneos é demonstrada pelo fato de que a doutrina germânica continua identificando a *Rechtskraft* com a *Feststellungswirkung*, ou seja, a autoridade da coisa julgada com a eficácia da declaração. O art. 2.909 do código civil vigente permaneceu prisioneiro do mesmo erro, na medida em que limita a coisa julgada à declaração contida na sentença; e não é mais do que um mediocre expediente (de que não nego a utilidade a nível exegético, frente ao texto da norma mencionada) sustentar que a incontestabilidade da declaração sirva de apoio para o efeito constitutivo ou condenatório, que eventualmente a acompanhe. Por que não nos decidimos a olhar a realidade em seu pleno significado, acolhendo um conceito consentâneo com o fenômeno real, considerado em todos os seus aspectos? A função jurisdicional tem conteúdo mais complexo, mais rico ou mais variado do que o de simples solução de uma questão duvidosa. A certeza é, sim, componente essencial da justiça, mas não a exaure.

E a sentença, em que culmina o ofício do juiz, não cria apenas a certeza, mas freqüentemente (aliás, na maioria dos casos) também produz outros efeitos, de grande relevância prática, que não podem, todos eles, ser removidos quando a sentença adquire a autoridade da coisa julgada. Por isso, essa autoridade não pode referir-se a um apenas entre os possíveis efeitos da sentença, mas sim a todos unitariamente, não podendo ter outro sentido senão o de indicar um modo de ser, uma qualidade daqueles efeitos.

Enfim, a terceira exigência é a de colocar a teoria da coisa julgada na posição que lhe é própria, em seu contexto natural. Estudada por muito tempo como se fosse instituto do direito privado, considerou-se na *res iudicata* apenas o seu conteúdo, ou seja, a *res*, descurando totalmente seu elemento formal, que é o pronunciamento do juiz. É essa a verdadeira origem dos erros e das esquisitices postas em relevo no início dessas páginas, bem como da busca tão trabalhosa quanto vã de um conceito que exprimisse a sua essência. É necessário, portanto, ter em mente que a sentença é um ato do poder público, ou seja, um ato do Estado, o ato jurisdicional, convencendo-se de que esta é a única perspectiva aceitável. A afirmação foi julgada em 1935 um exagero da concepção publicista do processo. Suponho que hoje ela parecerá uma simples verdade, talvez até por demais evidente. Toda a recente doutrina italiana nos acostumou a colocar no centro das investigações o ato jurídico, em suas inúmeras configurações, estudando as características desse ato em uma consideração unitária que não exclui, naturalmente, distinções e diversidades. E não se vê outra classe de atos jurídicos em que possa ser incluída a sentença do juiz, a não ser a dos atos estatais. Nem pode representar um obstáculo o fato de que o objeto do processo civil é, na maioria das vezes, uma relação de direito privado: porque a relação controvertida, qualquer que seja sua natureza, é o *objeto passivo* do pronunciamento do órgão jurisdicional, e portanto da eficácia do próprio pronunciamento, enquanto *sujeito ativo* é, em qualquer caso, o órgão jurisdicional.

Nessa direção eu fui encaminhado, em 1935, por duas orientações doutrinárias diversas e muito distantes entre si, as quais colocaram a sentença em confronto, a primeira com a lei, a segunda com o ato administrativo. Parece-me, todavia, que dessas orientações foram tão fecundas as posturas, quanto pouco aceitáveis os resultados.

Repleta de interesse era, com efeito, a aproximação da eficácia da sentença à da lei; mas depois o discurso de Carnelutti tomava outros caminhos, estendendo-se ao contrato e complicando-se com o conceito do comando complementar, que me parecia pouco convincente; sobretudo, chegava a identificar a imperatividade da sentença com a coisa julgada material e a imutabilidade da sentença com a coisa julgada formal. Eu chegava a conclusões diferentes. Retornando sobre o tema com o distanciamento do tempo decorrido, que naturalmente apagou qualquer traço de ressentimento pessoal, parece-me que nem a aspereza da polêmica inicial, nem a sucessiva redução da divergência a uma questão meramente terminológica (assim o próprio CARNELUTTI, *Bilancio di una polemica*, *Riv. Dir. Proc.* 1937, I, 78) espelhavam exatamente as nossas respectivas posições.

Não menos interessante era a via tomada por Merkl: saindo de uma idéia não nova na doutrina de língua alemã e por certo particularmente congenial à escola juspublicista de Viena, havia ele colocado no mesmo plano a sentença e o ato administrativo, concluindo por estender a este último a noção da coisa julgada. Também essa conclusão não pode ser acolhida e não vejo nada a acrescentar aos argumentos já expostos à época para afastá-la, sendo eles geralmente compartilhados pela doutrina italiana.

Retomando o confronto e ampliando-o a todos os atos do Estado, achava eu que eles têm em comum a idoneidade de impor-se de modo vinculante, como atos da autoridade social, sem qualquer necessidade da verificação de sua validade, até que esta fosse contestada na esfera competente: e chamava a essa idoneidade de eficácia natural dos atos estatais. O ato

jurisdicional distingue-se, todavia, dos demais atos do Estado por uma sua característica típica e exclusiva, devida à sua função, cujo fim de justiça se combina com o da segurança dos direitos e da pacificação social: quando a sentença passa em julgado, seus efeitos, entre certos limites, não mais podem ser mudados. A coisa julgada vem assim logicamente a decompor-se em dois conceitos elementares, de simples e clara evidência: a eficácia da sentença, que é a aptidão de impor os seus efeitos de modo análogo a todo outro ato do Estado; e a imutabilidade desses efeitos, sobrevivendo quando a sentença passa em julgado. Desse modo, ficavam satisfeitas as exigências supra-enumeradas no sentido de uma definição mais racional da coisa julgada.

Quer me parecer que essas conclusões se inserem com muita facilidade nas pesquisas da nossa mais recente doutrina de direito público. O confronto das várias espécies de atos estatais foi feito de mais de um ponto de vista, levando a resultados em grande parte convergentes: tanto para o ato legislativo (Cf. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milão, 1959, p. 238 e segs., n. 2), quanto para o ato administrativo (Cf. GIANNINI M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milão, 1950, n. 215 e segs.; *Atto amministrativo*, in *Enciclop. cit.*, vol. cit., p. 157 e segs. especialmente p. 187), foi individuada na imperatividade a eficácia do ato do poder público para impor-se independentemente de qualquer verificação a respeito de sua validade; tornam-se, assim, supérfluas as discutíveis construções de uma presunção de conhecimento (para o ato legislativo) e de uma presunção de legitimidade (para o ato administrativo), a que se reportavam as doutrinas anteriores.

Ora, é claro que este conceito de imperatividade corresponde exatamente àquela que eu denominava, com expressão talvez um pouco genérica, eficácia natural dos atos estatais (conforme GIANNINI M. S., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, 169 e segs.). Não teria qualquer dificuldade em acolher essa diversa e mais significativa terminologia.

Das diversas aplicações particulares extraídas dos conceitos ora resumidos, uma só gostaria de lembrar aqui: a que se dá no caso de a sentença não apresentar-se revestida da autoridade do julgado. Nesse caso (por ex., com relação a um terceiro), sustentava que a eficácia da sentença pudesse (sob determinadas condições) ficar paralisada pela demonstração de sua inconformidade com a lei.

A tese, quando foi enunciada, encontrou muitas resistências; mas essas poderiam parecer menos justificadas, agora que a doutrina trouxe à luz o conceito da desaplicação de um ato que seja invalidado por ilegitimidade: na hipótese de o juiz não ter o poder de anular o ato ilegítimo pode ao menos negar-lhe aplicação no caso concreto e para um determinado efeito. Trata-se de uma eventualidade bem conhecida com relação aos atos administrativos (ver CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milão, 1950), que foi estendida à lei e é agora apresentada como figura geral de nosso direito público (CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milão, 1957, p. 77, com bibliografia citada), podendo perfeitamente ser admitida também com relação à sentença, nos casos em que sua eficácia se apresente destituída do escudo da autoridade da coisa julgada.

Mas, à tese em questão, chegou uma inesperada adesão, em campo inteiramente diverso. Numerosos textos das fontes romanas, a partir aproximadamente da metade do primeiro século a.C., consideravam, ainda na ausência de qualquer possibilidade de impugnação do julgado, a hipótese de uma sentença ser injusta, daí extraíndo a consequência de que ela se tornaria inoperante para determinados efeitos (DAUVILLIER, *La théorie de l' "iniuria iudicis" dans la procédure formulaire*, Toulouse, 1937; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Annali Palermo*, 24 (1955), p. 125 e segs.; PUGLIESE, *Note sulla ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, p. 182). Nesses casos, conquanto a *res iudicata* permanecesse intacta nos limites que lhe são próprios, admitia-se a possibilidade de submeter a controle os

fundamentos da sentença; e se daí resultasse sua pronúncia *iniuria iudicis* ou *per errorem iudicis* (*cum quis inique vel iniuste sententiam, dixit.*, ULP, D. 47, 10, 1 pr.), extraíam-se determinadas conseqüências, o mais das vezes no sentido de que nesse caso a sentença não podia produzir efeitos reflexos com relação aos terceiros. DOUVILLIER, que pela primeira vez coligiu esses textos, acreditou deles poder extrair as linhas de uma verdadeira teoria. Mais prudente, PUGLIESE prefere ver neles uma casuística, aconselhando cautela na construção de um princípio geral, extraído dos casos singulares. Aqui, é suficiente observar que aos juriconsultos clássicos (assim como àqueles do direito comum, que acolheram seu ensinamento) não pareceu impossível nem absurdo, mas até conforme à equidade, que o terceiro, em determinados casos, sujeitasse a críticas a sentença, embora tivesse ela que permanecer firme entre as partes, com a finalidade de evitar o efeito reflexo que dela se quisesse extrair, prejudicando-o. Isso e não mais do que isso se pretende salientar aqui. Mas não é pouco.

A doutrina dos últimos decênios mostra uma inegável tendência à extensão da eficácia da sentença aos terceiros, ou a algum entre os terceiros, parecendo esse o reflexo no processo de uma concepção menos individualista do direito, que vai se afirmando em todos os campos. O homem não vive isolado na sociedade, sendo sua posição condicionada em medida crescente pela atividade de seus semelhantes; aumentam a solidariedade social e a responsabilidade de cada qual por seus próprios atos, projetando sua influência em uma esfera cada vez mais ampla. Trata-se de uma tendência que há de ser compartilhada, sob a condição de não se prejudicarem sem remédio as razões de quem não teve qualquer possibilidade de defesa.

Os conceitos expostos no volume que ora se republica conciliam a mais ampla extensão subjetiva da eficácia da sentença com a necessária salvaguarda dos direitos individuais dos terceiros, quando correm o perigo de ser injustamente sacrificados.

As soluções práticas representam, em última análise, o mais seguro banco de prova para proferir um juízo em torno da validade de uma teoria jurídica. Acredito, sem falsa modéstia, que aquela que sustentei não teme nesse terreno o confronto com as outras, que se disputam o campo na questão sempre tão difícil dos limites subjetivos da coisa julgada.

NOTAS

PREFACIO A REIMPRESSÃO ITALIANA DE 1962

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — Ao prefaciá a reimpressão italiana da *Efficacia ed autorità della sentenza*, publicada em 1962, LIEBMAN reafirma e realça sua doutrina sobre a coisa julgada. E depois de algumas considerações prévias em que analisa a evolução da doutrina moderna e a acolhida de certos conceitos que haviam sido considerados “exagerados” em 1935, detém-se em três pontos de grande interesse.

2 — O primeiro deles é o de que a mais recente evolução do direito público chegou a identificar a característica dos atos estatais, tanto legislativos como administrativos, na imperatividade de sua eficácia, independentemente da verificação de sua validade.

Também no Brasil, a imperatividade dos atos estatais, independentemente da verificação de sua validade, é ponto pacífico.

Sobre o assunto, discorreu-se nas Notas ao § 7.º do Ensaio, às quais remetemos o leitor, lembrando que a esse conceito de imperatividade corresponde a denominada eficácia natural da sentença como ato jurisdicional.

3 — O segundo ponto consiste em uma aplicação particular da distinção entre autoridade da coisa julgada e eficácia natural da sentença, consistente na desaplicação de um ato que seja invalidado, porquanto ilegítimo. A doutrina moderna reconhece que o juiz, que não pode anular o ato ilegal, pode ao menos desaplicá-lo no caso concreto e para determinado efeito.

É o que ocorre entre nós, onde o controle da constitucionalidade tanto pode ser feito por via de ação, como também por via de exceção (*rectius*, em via prejudicial), e neste caso de maneira difusa, por qualquer juiz integrante do Poder Judiciário. Aí, o magistrado — ainda que de primeira instância — deixa simplesmente de aplicar a lei ou o ato que repute inconstitucional, embora não lhe possa retirar validade;¹ e assim procedem, também, o particular e o próprio administrador (este, através dos órgãos mais elevados na hierarquia administrativa), autorizados a negar aplicação à lei ou ao ato, nessas condições.²

4 — Por último, realça o Mestre a inegável tendência dos últimos anos no sentido de estender a eficácia da sentença aos terceiros, frente a uma concepção menos individualista do processo. Mas essa tendência há de ser equilibrada com o reconhecimento dos direitos de defesa, não podendo prejudicar quem não teve oportunidade de fazer valer suas razões. E isso é alcançado pela distinção entre eficácia natural, que age *erga omnes*, e autoridade da coisa julgada, restrita *inter partes*.

Esse importante aspecto da questão, e suas implicações constitucionais, também têm sido objeto da doutrina brasileira.³

¹ Ver, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Rev. Tribs., São Paulo, 1976, p. 20 e segs.; ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, *Poder Constituinte do Estado-membro*, São Paulo, Rev. Tribs., 1979, p. 179 e segs.

² FERREIRA FILHO, *Lei Municipal* n. 8.533, de 19/1/77, parecer in *Rev. Proc. Ger. Est.*, São Paulo, vol. 12, p. 564/566, fazendo referência à doutrina e à jurisprudência.

³ Ver, por todos, de nossa autoria, *Eficácia e autoridade* cit., ps. 59/61.

A EFICÁCIA DA SENTENÇA PENAL NO PROCESSO CIVIL *

A idéia de que a infração penal ofende contemporaneamente normas e interesses diversos, isto é, públicos de um lado e privados do outro, é uma idéia dos tempos modernos. No direito antigo, por muito tempo, a pena e a reparação, quando previstas para um só fato ilícito, eram confundidas e davam margem a uma única ação em favor do ofendido (dirigida conjuntamente ao ressarcimento e à pena), que podia ser exercida unicamente sob forma de acusação perante o juiz penal.¹ Mesmo quando no direito intermédio francês se afirmou a distinção entre a ação penal e a civil, reconhecendo-se o caráter público da primeira e atribuindo seu exercício a um órgão estatal, a ação civil para a reparação dos danos sofridos conservou por muito tempo um colorido penal e foi considerada acessória, subordinada à ação penal, “enfeixada” na ação penal (para usar uma expressão de Jousse²) e proponível só e exclusivamente no próprio processo penal. Conseqüência natural dessa unidade do processo foi a unidade do juízo em que se julgava simultaneamente em torno da pena e da reparação.

* Tese apresentada ao *Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo civile*, realizado em Veneza, Ilha de São Jorge, nos dias 6 e 7 de outubro de 1956, e publicada in *Riv. dir. proc.*, 1957, e na reimpressão de 1962 da *Efficacia ed autorità della sentenza*.

¹ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Nápoles, 1936, p. 116.

² *Traité de la justice criminelle en France*, 1771, t. III, p. 11. A respeito da evolução do direito francês anterior à Revolução, v. FAUSTIN HÉLIE, *Traité d'instruction criminelle*, t. I, 2.^a ed., 1866, p. 483; A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1882, ps. 43, 111, 139, etc.; Valticos, *L'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil*, Sirey, 1953, p. 74 e segs.

A esse estágio da evolução histórica pertencem as constituições piemontesas de 1770, em vigor no Piemonte desde a metade do século passado, em que o direito “da parte prejudicada ao ressarcimento das despesas, interesses e danos sofridos”, embora já se distinguisse da pena, não podia ser exercido senão através da denúncia e da representação, que eram as formas pelas quais se iniciava a ação penal: e sobre esse direito julgava exclusivamente o magistrado penal, que devia atribuir ao ofendido os danos — interesses, ainda que não pedidos pela parte (L. IV, t. XX).³

A autonomia da ação civil para a reparação do dano afirmou-se nos códigos franceses pela faculdade reconhecida ao ofendido de propor a ação, à sua escolha, no juízo penal, ou então de forma separada no juízo civil. Mas do antigo liame e da tradicional dependência da ação civil da penal derivou diretamente o dispositivo que prevê a suspensão do processo civil à espera da conclusão do penal (art. 3.^o, *code d'instr. crim.*), em que se traduzia o antigo princípio de que *le criminel tient le civil en état*; e a conseqüência que daí se deduziu, ainda que através de polêmicas ardorosas — em que se distinguiram particularmente, como campeões das duas opostas concepções, Merlin e Toullier — da influência do julgado penal sobre o processo civil, sendo que a suspensão e a influência não eram mais limitadas à *action civile* estritamente entendida, mas tendiam a ultrapassar os limites desse caso, para estender-se a toda e qualquer hipótese em que o mesmo fato fosse relevante, tanto para um processo penal como para um processo civil.

A orientação francesa impôs-se ao legislador sardo e ao de 1865, não sem contrastes, nos quais “se revela toda a concitação que nos homens antigos despertam os novos institutos, e que pode parecer nobre quando não seja justa”.⁴ Assim, posto que reconhecendo ao prejudicado uma ação separada à reparação do dano, proponível, à escolha, por via da intervenção no

³ Cfr. PISANELLI, *Commentario del codice di procedura civile sardo*, I, Turim, 1855, p. 29.

⁴ PISANELLI, loc. cit.

processo penal, ou então separadamente no juízo cível (com a necessidade, neste caso, de suspender o seu exercício, para que se aguardasse o pronunciamento do juiz penal), reafirmou-se, todavia, seguindo a antiga ordem de pensamento, que a sentença penal de condenação devia atribuir indenização ao prejudicado, ainda que se não tivesse constituído parte civil; e se determinou, finalmente, a preclusão da ação civil, no caso de absolvição do réu.

Essa referência aos antecedentes históricos demonstra que no passado, e até na legislação de 1865, as relações entre jurisdição civil e penal eram consideradas prevalentemente com relação à ação de indenização e que sua disciplina era altamente influenciada pela insuficiente distinção entre os efeitos penais e civis da infração penal: de modo que, mesmo quando a distinção abriu seu caminho com dificuldade, foi inevitável que o juízo sobre o crime necessariamente implicasse a decisão sobre o ressarcimento, ainda que esta fosse confiada ao conhecimento do juiz civil.

As disposições fragmentárias de nossa primeira legislação unitária, todavia, com o passar do tempo foram entendidas e interpretadas com nova mentalidade, já colocadas em um quadro de princípios e problemas mais vastos.

Posto o problema geral entre a jurisdição civil e a penal, a afirmação, propugnada por MORTARA, da unidade e da identidade da jurisdição, como função e manifestação da soberania do Estado, pareceu uma importante conquista; salientou-se a necessidade de evitar interferências, duplicidades e contradições nas atividades dos juízes penais e civis; e na hipótese em que uns e outros fossem chamados para conhecer o mesmo fato, sustentou-se o conceito da prevalência da jurisdição penal, como sendo aquela que se exerce no interesse da coletividade e que por isso também abarca o interesse do indivíduo lesado pelo fato delituoso.⁶

A vinculação do juiz civil às declarações contidas na sentença penal era a lógica e natural consequência dessas propo-

⁶ MORTARA, *Commentario*, I, 5.^a ed., título 3.^o, cap. 2.^o.

sições. E foi ela prevista legalmente pelo código de processo penal de 1913, para cuja elaboração a autoridade de MORTARA foi notoriamente preponderante. Quanto ainda pesasse o antigo preconceito torna-se manifesto pelo fato de que o juiz penal, na sentença de condenação do autor do crime, também poderia condenar à indenização dos danos e às restituições em favor do prejudicado, ainda que este se não tivesse constituído parte civil, porquanto era considerado *litisconsorte necessário do Estado* no processo penal.⁶ De outro lado, o novo significado da disciplina das relações entre jurisdição civil e penal recebia seu pleno reconhecimento: a subordinação do juízo sobre a indenização a que tivesse por objeto a pena transformou-se e se ampliou em regra geral, a condicionar em todos os casos o conhecimento do juiz civil ao do juiz penal, quando devessem conhecer do mesmo fato. Falou-se a esse propósito de uma forma especial de litispendência, que se resolve necessariamente na espera de ver definido o juízo penal e onde "a prevenção é dada à jurisdição penal, não em razão do tempo mas em razão da matéria";⁷ litispendência essa que não se limita à ação civil do prejudicado, mas sim a qualquer "reparação de direitos subjetivos lesados pela infração penal, ou seja, também relativamente às ações devolvidas à jurisdição civil e que não podem de forma alguma ser unidas ao processo penal mediante a constituição da parte civil".⁸

O código de processo penal vigente só aparentemente inovou com relação ao de 1913 e à aplicação prática que as disposições deste haviam recebido na doutrina e na jurisprudência. Mas precisou seu conteúdo, de forma mais analítica, em que as várias hipóteses receberam consideração distinta. Limitar-me-ei a lembrar brevemente as normas principais atualmente em vigor sobre o tema em debate, remetendo para seu exame mais minucioso a quanto será dito pelo ilustre magistrado e estudioso que reparte comigo a honra dessa relação.

⁶ MORTARA, op. cit., n. 488.

⁷ MORTARA, op. cit., n. 503 e 504.

⁸ MORTARA, op. cit., n. 502.

vilprozessordnung revogou expressamente as normas locais anteriores que, a exemplo do sistema francês, reconheciam à sentença penal eficácia vinculante para o juiz civil: normas essas que pareceram contrárias ao princípio do livre convencimento do juiz. Admite-se pacificamente que a apreciação das provas contidas na sentença penal deve ser levada em conta pelo juiz civil e avaliada livremente em conjunto com outras provas eventualmente produzidas.¹¹

São esses, em rápida síntese, os dados de direito positivo, os precedentes históricos, as referências ao direito comparado que podem interessar ao nosso tema.

Passando agora a uma análise mais particularizada das normas vigentes, vamo-nos deter, antes de mais nada, nos arts. 25 e 27 do cód. proc. pen., para salientar, como já lembrei, que concernem eles à autoridade do julgado penal no sucessivo juízo civil reparatório, distinguindo as duas hipóteses diversas da negação ou da afirmação da responsabilidade do réu. Não se duvida que as normas citadas regulem, consoante as palavras usadas pela lei, uma verdadeira autoridade do julgado penal no processo civil. Mencionarei, de passagem, a divergência existente na doutrina sobre a identidade ou diversidade do fato jurídico, enquanto gerador de responsabilidade ao mesmo tempo penal e civil, identidade ou diversidade que depende de assumir ou descuar, na identificação do fato jurídico, o elemento de sua qualificação jurídica; diversidade de opiniões essa que talvez implique alguma diferença no modo de entender as relações entre julgado penal e ação civil, mas que aqui naturalmente não pode ser aprofundada, bastando observar que as normas do código parecem inspiradas à concepção da unidade do fato, que é tomado como causa de conseqüências jurídicas diversas. Antes, convém que nos detenhamos a perguntar se a eficácia da sentença, assim como é prevista pelas normas lembradas, se enquadra na eficácia direta ou naquela reflexa da coisa julgada. A distinção ora mencionada, como é sabido, foi

¹¹ STEIN — JONAS — SCHÖNKE, *Kommentar zur ZPO*, 18.^a ed., no comentário à disposição citada e ao § 286, ZPO.

particularmente ilustrada e desenvolvida por CARNELUTTI, conforme a coisa julgada opere sobre a mesma lide ou sobre uma lide diversa, e conforme sejam as partes desta as mesmas ou outras com relação à primeira lide: de modo que a eficácia direta é eficácia *intra litem* e conseqüentemente sempre entre as mesmas partes, enquanto a eficácia reflexa é eficácia *extra litem*, quer com relação às partes quer aos terceiros.¹²

A distinção entre eficácia direta e reflexa da coisa julgada corresponde, a meu ver, àquela que, a partir da conhecida nota monográfica de FRIEDRICH LUDVIG V. KELLER, costuma-se fazer entre eficácia negativa e positiva da coisa julgada, mas é sem dúvida mais clara e mais precisa, indicando de forma convincente a relação que corre entre um e outro aspecto da coisa julgada.

A resposta que se deve dar ao quesito ora proposto não parece ser a mesma que lhe deu o próprio CARNELUTTI. Exclui ele que se trate de eficácia reflexa, porque “embora a obrigação penal e a civil sejam diversas, não ficam elas na dependência uma de outra, porquanto promanam, uma e outra, do mesmo fato; a obrigação penal, em outros termos, não é absolutamente um pressuposto da obrigação civil”.¹³ Isso, que é evidentemente exato, não é suficiente, salvo engano, para justificar a conclusão de CARNELUTTI no sentido de tratar-se de eficácia direta, porque a lide sobre a responsabilidade penal e a lide sobre a responsabilidade civil não são a mesma lide, mas sim lides diversas quanto ao objeto e quanto às partes. Que concluir, portanto?

Analisando com cuidado os arts. 25 e 27, preciso convir que eles prevêem uma eficácia que não se enquadra nem no conceito da eficácia direta, nem naquele da eficácia reflexa do julgado. Realmente, trata-se de uma eficácia, vinculante para o juiz civil, da decisão proferida pelo juiz penal sobre algumas *questões de fato e de direito* que são comuns ao processo penal

¹² CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Pádua, 1936, p. 299.

¹³ *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 1 e segs., n. 10.

e ao conexo processo civil de reparação, e é só isto. Mais precisamente, as questões comuns cuja decisão do juiz penal vincula o juiz civil são, conforme os casos, os da existência do fato, de sua ilicitude, de o imputado tê-lo cometido, de sua responsabilidade, de ele o ter praticado no cumprimento de um dever ou no exercício regular de um direito. Em outros termos, a autoridade do julgado penal prevista pelas normas mencionadas não respeita ao pronunciamento do juiz penal sobre a lide, ou — se assim se preferir — sobre o objeto do processo, mas sim à sua decisão sobre algumas das premissas lógicas do pronunciamento. Por isso, concluindo com relação a esse ponto, trata-se de eficácia bastante semelhante à reflexa, porque se produz em um processo que tem objeto diverso, operando para a composição de uma lide diversa, mas que se distingue daquela normalmente tomada em consideração pela lei e pela doutrina, porquanto não se refere à decisão da lide, mas sim a algumas questões da mesma lide, ou seja, a algumas questões que constituíram os antecedentes lógicos do verdadeiro pronunciamento.

Passemos agora ao art. 28, tentando antes de mais nada entender a sua dicção. Segundo a opinião corrente da doutrina e da jurisprudência, os fatos materiais a que o legislador se refere são os fatos “em sua objetividade naturalística”, ou seja, como acontecimentos do passado, como elementos da realidade histórica tomados em si mesmos, independentemente de sua qualificação jurídica: controverte-se apenas sobre a questão de compreender-se, ou não, entre os fatos materiais, os seus aspectos psicológico-subjetivos, que também constituem parte não indiferente da natureza e da história.¹⁴ Em outros termos, trata-se dos fatos que formaram o objeto do processo penal, mas tomados e entendidos em sua individualidade histórica, por assim dizer desintegrados da fatispécie penal de que eram elementos constitutivos.

No art. 28, a lei também fala na autoridade da coisa julgada, sendo o conceito acolhido pela doutrina dominante, quer penal, quer civil; esta última salientou que se trata propria-

¹⁴ Cfr. MANZONI, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 266 e segs.

mente da eficácia direta da coisa julgada: “cuida-se — escreve CARNELUTTI — de uma eficácia direta *ultra parte* ou, antes, *ultra rem*: o julgado penal vale “*erga omnes*”, não só para estabelecer a existência do crime, mas também a existência de fatos acertados pela declaração do crime.”¹⁵ Aqui também, embora concordando com essas afirmações, deveria repetir as reservas que acabo de fazer sobre a dificuldade de se incluir essa particular figura na definição da eficácia direta. Seja como for, o que mais importa é que nesse art. 28, ainda mais nitidamente do que nos anteriormente considerados, encontramos estabelecida a extensão dos limites objetivos do julgado, o qual teria como objeto a declaração dos diversos fatos que foram objeto do conhecimento do juiz penal. Extensão essa tanto mais singular, enquanto é ela prevista para ter efeito nos processos civis ou administrativos; ao passo que não tem efeito em outro processo penal, como se deduz textualmente do art. 554, *caput*, do cód. proc. pen., o qual admite a revisão da sentença condenatória quando os fatos estabelecidos como fundamento da mesma “não podem ser conciliados com os estabelecidos por outra sentença penal irrevogável”: donde se vê que não é a primeira sentença a invalidar a segunda por ter violado a autoridade da coisa julgada, mas sim, a segunda a invalidar a primeira, cujas declarações de fato são contrariadas por aquelas sucessivamente levadas a termo em outro processo penal.

De resto, a singularidade de um julgado sobre os fatos não deixou de levantar alguma perplexidade, estimulando a busca de outras saídas. Assim, CALAMANDREI mencionou, sem comprometer-se a fundo, duas outras possíveis maneiras de entender a eficácia conferida à sentença penal pelo art. 28: ou seja, poderia tratar-se de uma preclusão destinada a operar fora do processo em que se produziu, afastando-se nisso daquela que se reputa a normal função da preclusão (mas também deste seu caráter anormal não faltariam outros exemplos); ou então po-

¹⁵ *Efficacia diretta etc.*, n. 14. No mesmo sentido, REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Scritti giuridici in onore di CARNELUTTI*, vol. II, p. 693 e segs., *in fine*.

deríamos estar na presença de um fenômeno de prova, no sentido de que a sentença penal funcionaria como meio de prova legal dos diversos fatos materiais enunciados em sua motivação.¹⁶ Por último, um jovem autor, DENTI, em escrito prestes a ser publicado e gentilmente submetido à minha leitura,¹⁷ voltou a configurar a eficácia de que estamos falando como um julgado, ainda que de conteúdo mais restrito, a que deu a denominação de "julgado sobre a fatispécie".

Nessa oportunidade, não penso seja tarefa minha a de tomar posição com relação às opiniões da doutrina que acabo de mencionar; mas sinto-me na obrigação de salientar um aspecto não menos, ou até mais, delicado que concerne ao art. 28. Refiro-me à eficácia *erga omnes* que essa norma atribui às declarações de fato realizadas pelo juiz penal.

Tentei traçar da forma mais clara e sintética possível as linhas gerais do quadro da influência que o julgado penal pode exercer no processo civil, e dos principais problemas teóricos e práticos que a disciplina positiva do tema em debate suscita.

Não creio que teria cumprido o meu papel se não fechasse a minha relação com uma avaliação crítica das normas vigentes.

O que acabo de referir me leva a afirmar que os arts. 25, 27 e 28 do cód. proc. pen. prevêem uma eficácia anormal do julgado penal, a qual está em nitido contraste com os princípios e as regras gerais que governam o instituto da coisa julgada. Hoje, ninguém duvida que o julgado, quer civil, quer penal, é limitado ao pronunciamento do juiz sobre o pedido, ou — por outras palavras — sobre a lide que foi objeto do processo, não se estendendo aos motivos que a sustentam, ou seja, ao convencimento que o juiz formou sobre questões duvidosas da

¹⁶ CALAMANDREI, *La Sentenza civile come mezzo di prova*, Riv. dir. proc., 1938, I, p. 107 e segs., n.º 12. As duas teses foram desenvolvidas, particularmente, por GUARNERI, *Autorità della cosa giudicata penale nel giudizio civile*, Milão, 1942, p. 176, e por VARADI, *La Sentenza penale come mezzo di prova*, in Riv. dir. proc., 1943, I, 260.

¹⁷ O escrito está em via de impressão no volume de *Scritti in memoria di P. Calamandrei*.

causa, relativas seja aos fatos, seja à sua avaliação e qualificação jurídica. Somente a primeira é a verdadeira decisão, provida de autoridade vinculante; tudo o mais é apenas o resultado do conhecimento do juiz, da atividade lógica que foi necessária para chegar à decisão, mas que se destina a perder qualquer relevância fora do processo em que foi exercida, não sendo susceptível de abranger em suas malhas a liberdade de juízo do magistrado chamado a pronunciar-se sobre uma demanda ou sobre uma lide diversa.

Se no código do processo penal não existissem os artigos várias vezes mencionados, a sentença penal valeria, também no processo civil, por aquilo que é sua função normal, ou seja, pela decisão sobre o crime nela contida, tendo eficácia de coisa julgada entre esses limites, em todos os casos em que, para a relação jurídica civil, pudesse ser relevante o fato de uma pessoa ter sido absolvida ou condenada da imputação penal.

Se assim é, o problema que se coloca *de iure condendo* é apenas o de saber se há razões que justifiquem uma eficácia de sentença penal que exorbite desses limites.

A mim me parece que essas razões não existem; estou convencido que hoje aqueles que pensam o contrário ainda se sujeitam, inconscientemente, ao antigo preconceito que por tanto tempo turvou a distinção entre a responsabilidade penal do réu e as razões civis de indenização ao prejudicado, influenciando (como salientei no início) sobre a tradicional disciplina das relações entre jurisdição penal e civil.

Examinemos, de resto, essas possíveis razões.

A unidade da jurisdição é estranha à questão, não excluindo a separação das competências e não exigindo que se reconheça à sentença penal uma eficácia civil que não lhe cabe no âmbito da própria jurisdição penal.

A unidade da jurisdição, ao contrário, contradiz à afirmada prevalência da jurisdição penal, porquanto pressupõe que cada ramo da jurisdição seja soberano no âmbito de sua competência. Deixemos de lado a ficção da representação da totalidade dos cidadãos na pessoa do Ministério Público, que po-

derá subsistir pelo que concerne ao interesse geral à repressão do crime, mas não quanto aos direitos subjetivos do indivíduo que se encontre na necessidade de litigar com relação a fatos que foram objeto de um processo penal. Quanto ao argumento de que no processo penal, dominado pelo princípio inquisitório, a declaração dos fatos se faz com todas aquelas garantias de investigação aprofundada que faltam no processo de tipo dispositivo, permitindo considerar os juízos históricos formulados pelos juizes penais como mais acreditados e definitivos do que os formulados na sentença civil,¹⁸ a vontade que se tem é a de perguntar por que o legislador não teria estendido também ao processo civil o princípio inquisitório, a ser verdade que ele assegura uma busca da verdade mais cuidadosa e aprofundada. Por outro lado, ninguém pensa em impedir que o juiz civil se sirva das investigações conduzidas pelo juiz penal com seus maiores poderes; o que se quer, é permitir a livre avaliação para seus próprios fins, utilizando, se for o caso, novos meios de convencimento eventualmente disponíveis.

Vamos finalmente ao argumento nodal, qual seja o da necessidade de evitar julgados contraditórios. Não há dúvida que deve ela ser respeitada, mas não além dos limites que nos demais campos e nos outros casos a lei exige. O instituto da coisa julgada é dirigido a excluir o conflito *prático* dos julgados, ou seja, decisões diversas com relação à mesma ação, e não o conflito simplesmente teórico ou lógico, como é aquele que pode ser a consequência de decisões independentes, em torno dos mesmos fatos ou das mesmas questões, mas para fins e efeitos diversos.¹⁹ Claro que é preferível prevenir e evitar o simples conflito lógico entre os julgados — parece inútil insistir sobre o ponto —, mas não à custa da multiplicação automática e sem possibilidade de controle de consequências injustas que derivem de um erro eventual que até um juiz penal, como qualquer homem, possa ter cometido.

¹⁸ CALAMANDREI, op. cit., p. 126.

¹⁹ CHIOVENDA, op. cit., I, n. 132.

Se essas são as razões que levam a estabelecer os limites que todos conhecemos à coisa julgada penal no processo penal e à coisa julgada civil no processo civil, não se percebe qual possa ser a justificativa para normas que põem por terra esses mesmos limites com relação à coisa julgada penal no processo civil, conservando no nosso ordenamento jurídico os últimos vestígios da antiga superestimação do elemento lógico no processo; superestimação essa que o direito moderno afastou em todos os outros campos e que é menos admissível ainda exatamente no que respeita à eficácia da sentença penal no processo civil, porque há de se ter em mente que os mesmos fatos e as mesmas (ou análogas) noções jurídicas podem ter relevância e sentido diversos para efeitos de processo penal e de processo civil.

Para concluir a esse respeito, parece-me ainda válido, sem qualquer exceção, o ensinamento de CHIOVENDA: "objeto do julgado é a conclusão última do raciocínio do juiz, e não as suas premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série de fatos, de relações ou de estados jurídicos que na mente do juiz constituíram os pressupostos daquele resultado."²⁰

Mas a anormalidade da indevida extensão do objeto, sobre o qual opera a eficácia da coisa julgada, agrava-se se lhe sujeitarmos não apenas os que participaram do processo penal, mas também os terceiros, como pretende o art. 28. É sabido que o setor dos limites subjetivos do julgado penal não é nada pacífico em nosso direito (embora me atreva a manifestar a impressão de que o contraste verse mais sobre a colocação do problema, consoante a diversidade das orientações sistemáticas caras aos autores que o estudaram, do que sobre os resultados práticos a que afinal eles chegam). Mas, sem tomar posição aqui a respeito de um problema tão geral, gostaria de salientar que, ainda que se acolhesse a opinião da eficácia *erga omnes* do julgado penal, isso não bastaria para explicar o dispositivo em tela, que não diz respeito ao julgado penal enquanto tal, mas sim a algo bem diferente, ou seja, às declarações de fato

²⁰ CHIOVENDA, op. cit., I, n. 129, *in fine*.

efetuadas pelo juiz penal e à sua eficácia fora do processo penal; e particularmente no âmbito do direito privado, no qual vige o princípio consagrado no art. 2.909, do cód. civ., limitando a autoridade da coisa julgada às partes e aos seus herdeiros ou sucessores. O princípio dos limites subjetivos da coisa julgada talvez seja hoje mais do que um princípio geral, podendo ser focado como a estreita aplicação lógica da garantia constitucional que proclama a inviolabilidade do direito à defesa em juízo (art. 24, item I, da Constituição), que seria conseqüentemente infringida pela norma que sujeitasse alguém, ainda que mediatamente, a sofrer os resultados de uma investigação instrutória feita em processo de que não foi parte e onde não teve a possibilidade de defender suas razões.

Por todas essas considerações, deve-se concluir com o augúrio de que a mais ampla revisão da lei processual penal, prometida quando da recente reforma parcial do código, queira examinar a disciplina das relações entre a jurisdição penal e a civil, para regulamentá-la em harmonia com os princípios e com as linhas gerais do sistema.²¹

²¹ Ao fechar o debate que se seguiu à relação minha e à do professor GIONFRIDA (debate que foi integralmente publicado no volume editado pela Associação), sugeri, *de iure condendo*, uma solução do problema diferente da vigente, ou seja: suprimida a eficácia da sentença penal no processo civil, assim como vem atualmente prevista e que tantas críticas tem suscitado, poderia ao invés disso estabelecer-se um novo caso de revisão, junto com os previstos pelo art. 554, cód. proc. pen., que seria dado pela contradição entre a sentença penal e uma sucessiva sentença civil sobre os mesmos fatos.

NOTAS

A EFICÁCIA DA SENTENÇA PENAL NO PROCESSO CIVIL

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — As importantes observações de LIEBMAN sobre o tema datam de 1956. A partir daí, e percorrendo um longo caminho pontilhado de avanços e recuos, a Corte Constitucional italiana veio finalmente reconhecer a inconstitucionalidade dos arts. 25, 27 e 28 do CPP, na parte em que atrelavam o responsável civil, terceiro no processo penal, à coisa julgada, para efeito de reparação do dano *ex delicto*.

No Brasil, dispositivos semelhantes (arts. 74, I, CP, 64, CPP, e 1.525 CC) têm ensejado interpretação parecida àquela contra a qual se insurgia LIEBMAN, em 1956, e agora declarada inconstitucional na Itália.

Daí por que a atualidade, entre nós, do estudo pioneiro de LIEBMAN.

2 — À guisa de comentário — no qual se dá conta também da evolução doutrinária e jurisprudencial italiana posterior ao artigo de LIEBMAN —, permitimo-nos transcrever o capítulo que sobre a matéria escrevemos em nossa "Eficácia e autoridade da Sentença Penal".¹

Contrariamente à nossa posição escreveu TOURINHO FILHO,² defendendo a idéia de que o respeito à sentença penal e à coisa

¹ GRINOVER, *Eficácia e autoridade*, cit., ps. 46/54.

² TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 2.º vol., 5.ª ed., Bauru, 1979, p. 35 e segs., especialmente ps. 44/45.

julgada *ultra partes*, no caso, se explicariam no quadro da limitação à prova e das presunções *iuris et de iure*.

A questão continua em aberto no direito brasileiro.

3 — Passamos à transcrição de nosso pensamento:

“Mas isso não impede que em âmbito ainda amplo os terceiros, no processo penal, possam ser alcançados pela eficácia *erga omnes* da sentença penal, como terceiros juridicamente interessados.

a) *a reparação do dano ex delicto*

Basta pensar, no campo das relações interjurisdicionais, na reparação do dano *ex delicto*, por parte do responsável civil. Que nos denominados efeitos civis da sentença penal a eficácia da coisa julgada penal seja “anormal”, já foi notado por LIEBMAN, no que respeita aos limites objetivos do julgado, visto como a lei atribui uma eficácia vinculante às apreciações de fato contidas na sentença penal, de modo que a coisa julgada abrange os motivos;³ mas, com relação aos limites subjetivos, a distinção entre eficácia natural da sentença e autoridade de coisa julgada oferece, nesse caso, a solução mais técnica e ao mesmo tempo mais justa: o terceiro, civilmente responsável, que não teve oportunidade de participar do processo penal, poderá impugnar a justiça da sentença condenatória, imutável apenas com relação ao réu. Ao credor não caberá a demonstração da existência da obrigação de reparar o dano; mas o devedor, civilmente responsável, terceiro no processo penal, embora submetido à eficácia natural da decisão, poderá insurgir-se contra a sua injustiça, voltando a discutir os fatos reconhecidos pela sentença condenatória penal.

A questão, assim colocada, afasta as dúvidas de constitucionalidade que se puseram na Itália com relação aos arts. 25, 27 e 28 do cpp⁴ e à interpretação que estendia os efeitos da

³ LIEBMAN, *L'efficacia della sentenza penale nel processo civile* cit., p. 192.

⁴ O art. 28 do cpp determina que a sentença criminal irrevogável tem autoridade de coisa julgada no juízo civil ou administrativo, quan-

sentença penal *ultra partes*.⁵ É evidente que o direito de defesa não pode ser anulado, como ocorreria quando o terceiro encontrasse os fatos já definitivamente determinados. O civilmente responsável não pode ser atingido pela sentença condenatória penal, em sua imutabilidade; será alcançado pela eficácia natural da sentença, como todos o são, mas, na qualidade de terceiro juridicamente prejudicado, poderá impugnar aquela sentença, que para ele não é imutável.

⁵ A Corte Constitucional manifestou-se inicialmente pela constitucionalidade do art. 28 do cpp italiano, mesmo na parte que dispunha que no processo civil ou administrativo a declaração dos fatos materiais vincularia até os que não tivessem participado do processo penal (sentença 5/65, in *Foro it.*, 1965, I, 400). A decisão foi veementemente criticada pela doutrina: CHIARLONI, “Davvero legittima l'efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi, ai sensi dell'art. 28 del cpp?”, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1965, ps. 519 e segs.; COMOGLIO, “L'art. 28 cpp e i profili costituzionali dei limiti soggettivi del giudicato”, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 662, e *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Pádua, 1970, ps. 222 e segs.; DE LUCA-MONTESANO, “Azione civile e giudicato penale”, in *Giur. it.*, 1969, vol. IV, p. 209; VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile*, Milão, 1970, ps. 94 e segs. e 144 e segs. Os argumentos usados pela Corte, que invocava o caráter relativo do direito de defesa e a necessidade de coordenar as duas jurisdições, já haviam sido refutados pela doutrina anterior: LIEBMAN, “L'efficacia della sentenza penale” cit., ps. 181 e segs.; DE LUCA, “Osservazioni critiche intorno all'art. 28 cpp”, in *Giur. it.*, 1962, I, 1, 623; CHIAVARIO, “I rapporti tra l'art. 28 cpp e diritto di difesa all'esame della

do neste se controverte sobre um direito cujo reconhecimento dependa da declaração dos fatos materiais que foram objeto do processo penal, ressalvadas as limitações à prova do direito controvertido pela lei civil. O art. 27 regula a autoridade do julgado penal no juízo civil para ressarcimento do dano, determinando que a sentença penal tem autoridade de coisa julgada quanto à existência do fato, à sua ilicitude e à responsabilidade do condenado. O último parágrafo do dispositivo reza: “quando o responsável civil não participou do juízo penal, permanece discutível a questão sobre a sua responsabilidade pelo dano”. E o art. 25, cuidando das relações entre o julgado penal e a ação civil, veda a propositura da ação civil, quando a sentença penal tenha declarado a inexistência do fato ou da autoria, ou tenha reconhecido as justificativas penais, ou ainda a insuficiência de provas.

No Brasil, o Código de Processo Civil vigente adotou francamente a linha restritiva⁶ na medida em que, reconhecendo a sentença penal condenatória como título executivo (art. 584, II), atribui a legitimidade passiva, na execução, ao devedor, reconhecido como tal no título executivo (art. 568, I).⁷ Diante

⁶ Linha restritiva, que a doutrina dominante adota, mesmo levando em consideração apenas o estatuto processual penal: ver TORNAGHI, *Compêndio cit.*, II, p. 557, afirmando que a execução só pode ser intentada contra o condenado, porque só ele foi parte no processo penal. No mesmo sentido, ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, *Direito processual penal brasileiro*, S. Paulo, 1971, vol. II, p. 494. Muito a propósito vêm as palavras de TOURINHO FILHO, *Processo penal*, vol. 1.º, Bauru, 1978, p. 549: "Transitada em julgado a sentença penal condenatória será ela exequível no cível contra o patrão? Estamos que não. O patrão não foi parte no feito criminal e, por isso, os limites subjetivos da coisa julgada não o alcançariam."

⁷ Os demais incisos do art. 568 não têm aplicabilidade à execução civil da sentença penal condenatória.

Corte Costituzionale", in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 310). Posteriormente, a Corte reviu sua posição e declarou inconstitucional o art. 28 do cpp, exatamente na parte que determinava que no processo civil ou administrativo a declaração dos fatos materiais fosse vinculante também para aqueles que não tivessem participado do processo penal (sentença 55, de 22.3.1971, in *Foro it.*, 1971, I, 824, com nota de MONTESANO, e in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 716, com nota de COMOGLIO). A orientação da Corte consolidou-se em seguida com a sentença 99, de 27.6.1973, que declarou a inconstitucionalidade do art. 27 do cpp, e com a sentença 165, de 26.6.1975, que declarou a inconstitucionalidade do art. 25 do cpp, na parte em que tais dispositivos estendiam o vínculo da coisa julgada penal sobre a ação civil também a quem não tivesse participado do processo penal. Na motivação da sentença 55/71, a Corte observava: "uma eficácia reflexa do julgado sobre terceiros poderia ser admitida somente quando, como acontece no processo civil, estivesse previsto, além da faculdade de intervenção por sua parte, o remédio do recurso do terceiro prejudicado, sem falar na eventualidade de seu chamamento *ope iudicis*." Mas, como observa LIEBMAN, a interpretação mais racional do pensamento do Tribunal considera admissível a eficácia reflexa da sentença (e não da coisa julgada) com relação aos terceiros, desde que lhes fique assegurada "quer a via dos recursos, quer a demonstração da injustiça da sentença em todo e qualquer processo em que se pretende fazê-la valer" (*Manuale*, cit., p. 174).

disso, é evidente que o terceiro, civilmente responsável pelo dano, é parte ilegítima na execução civil da sentença penal.⁸

O novo Código de Processo Penal — a ser promulgado o Projeto 633/75, aprovado na Câmara dos Deputados — não inovará nesse campo: a sentença penal condenatória transitada em julgado constitui título executivo judicial, e o processo executivo obedecerá ao disposto no Código de Processo Civil (art. 780 e parág. único do Projeto).

Mesmo assim, também entre nós a distinção entre eficácia natural da sentença e autoridade da coisa julgada é de extrema importância, quando se trata da ação — e não da execução — necessária para pleitear no juízo cível a reparação do dano causado pelo crime. A determinação do art. 74, I, do CP ("São efeitos da condenação: I — tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime")⁹ e do art. 64 do CPP ("Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime, e, se for o caso, contra o responsável civil") não de ser interpretadas à luz dos princípios constitucionais e processuais que regem os limites subjetivos da coisa julgada.

É um princípio constitucional, ligado ao direito de defesa e às garantias do "devido processo legal", que o terceiro não

⁸ Escrevendo antes do Código de Processo Civil de 1973, MONIZ DE ARAGÃO, ao comentar os arts. 804 e 805 do Anteprojeto de Código de Processo Penal, que regulavam a execução da sentença penal a fim de ser estimada e paga a indenização devida, assim se manifestava: "A liquidação da sentença far-se-á em procedimento expedito, para o qual serão citados a fim de apresentarem alegações (inclusive seus quesitos) sobre o pedido do exequente, o réu condenado e o responsável civil, permitida a este a apresentação de defesa que possa eximi-lo de responder civilmente. Esta franquia é acertada, pois o civilmente responsável nem sempre participa do processo criminal, o que não sucede, é óbvio, com o réu condenado" ("Da reparação do dano causado pelo crime", in *Rev. Fac. Dir. Un. Fed. Paraná*, 1970, n. 13, ps. 89 e segs.).

⁹ O Código Penal de 1969 repete a prescrição, no art. 90, I, substituindo, mais tecnicamente, o termo "indenizar" por reparar. Ver, a respeito da diferença entre restituição, ressarcimento, indenização e reparação, TORNAGHI, *Compêndio*, cit., t. II, ps. 538 e segs.

possa suportar as conseqüências nocivas de uma sentença proferida em processo do qual não participou. Eis o fundamento político pelo qual não se admite a extensão, ao terceiro, da imutabilidade dos efeitos de sentença proferida *inter alios*. Sobre esse fundamento político-constitucional assenta a doutrina da coisa julgada, que distingue esta da eficácia natural da sentença: a primeira restrita às partes, a segunda atingindo o terceiro que, sempre que juridicamente prejudicado, poderá insurgir-se contra a sentença que perante ele se queira fazer valer voltando a discuti-la.

Ora, a interpretação a ser dada ao art. 74, I, do CP, combinado com art. 64 do CPP é exatamente essa: efeito secundário da condenação penal, diz a lei, é tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime. Mas, evidentemente, a coisa julgada só pode atingir o réu do processo penal; não o responsável civil, alcançado apenas pela eficácia natural da sentença. Donde a conclusão inarredável de que, proposta a ação civil de reparação do dano contra o civilmente responsável (jamais a execução, como já se disse), poderá ele discutir não apenas a sua responsabilidade civil, como também voltar, se o quiser, a suscitar as questões atinentes ao fato e à autoria. Questões, estas, que se revestem da autoridade da coisa julgada, por força do disposto no art. 74, I, do CP, mas só com relação a quem foi parte no processo penal.

Contrariaria, essa interpretação, o disposto no art. 74, I, do CP? Não. *A obrigação de indenizar torna-se certa com relação ao réu do processo penal*. Não com relação a terceiros, para quem aquela sentença condenatória é *res inter alios*.

O verdadeiro escolho legislativo parece, antes, ser representado pela dicção do art. 1.525 do CC: "A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime." A letra da lei parece indicar a indiscutibilidade absoluta, por quem quer que seja, dessas questões.¹⁰ Mas a letra da lei colide com outra

¹⁰ Assim, em termos expressos, TOURINHO FILHO, op. cit., p. 549.

regra processual, posterior, aplicável ao juízo penal, no qual mais rigorosamente ainda se adota o princípio da limitação subjetiva da coisa julgada, frente à importância primordial dos direitos de defesa: trata-se do art. 472 do CPC, que textualmente prescreve que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

Contra a aplicação integrativa do art. 472 do CPC às relações interjurisdicionais poder-se-ia argumentar com a circunstância de o art. 1.525 do CC ser regra específica, aplicável ao julgado penal no juízo cível, que não pode ser derogada por norma genérica; não se trata, porém, de derrogação do art. 1.525 do CC pelo art. 472 do CPC, mas sim de harmonização dos dois dispositivos, de modo a dar ao primeiro interpretação restrita. Interpretação, essa, que pode perfeitamente ser sustentada, porquanto o texto não indica necessariamente a indiscutibilidade do fato e da autoria quanto a terceiros. E essa indiscutibilidade, a ser tão amplamente entendida, ainda infringiria regras de aplicação direta e imediata, que defluem da Lei Maior, constituindo aquele conjunto de garantias que tutelam as partes em juízo.¹¹

Diante disso, em observância a preceitos constitucionais e processuais, a exegese dos arts. 74, I, do CP, 64 do CPP e 1.525 do CC só pode ser uma, em harmonia exatamente com a teoria de LIEBMAN e mais uma vez demonstrando a aplicabilidade desta ao julgado penal: a autoridade da coisa julgada, em sua imutabilidade, só atinge as partes; o terceiro, civilmente responsável e juridicamente prejudicado pela eficácia natural da sentença, que como ato estatal se lhe impõe, poderá em novo processo discutir livremente a sentença condenatória proferida em processo de que não participou, para afastar os efeitos nocivos da condenação. Não só no que tange à sua responsabilidade civil — que na ação penal não foi assentada —, mas tam-

¹¹ Sobre "devido processo legal" e garantias constitucionais do indivíduo, ver, de nossa autoria, *As garantias constitucionais do direito de ação*, S. Paulo, 1973, e *Teoria geral do processo*, cit., em colaboração com ARAÚJO CINTRA e DINAMARCO (n. 24/26).

bém no que se refere ao reconhecimento do fato e da autoria, que pode ter resultado de uma atitude processual insatisfatória da parte.¹²

Da mesma forma, e em observância aos mesmos princípios, há de ser interpretado o art. 66 do CPP, o qual, *a contrario sensu*, impede a ação cível de reparação do dano quando a sentença penal absolutória tiver categoricamente reconhecido a inexistência material do fato: o impedimento não pode dirigir-se senão ao ofendido que tiver participado do processo criminal, e que foi, conseqüentemente, como parte, atingido pela autoridade da coisa julgada. Mas o preceito não pode alcançar o terceiro, estranho ao processo penal: o dispositivo deve ser harmonizado com o art. 472 do CPC, com os princípios constitucionais do devido processo legal e com as conquistas da moderna ciência processual.¹³

¹² Reconhecida, em juízo cível posterior, a inexistência do fato e da autoria, caberá ao réu condenado criminalmente propor a revisão criminal, com base naquele material probatório. Evidente que o juiz criminal, na revisão, não ficará vinculado à decisão do juiz civil, que no entanto se constituirá em robusto elemento a favor do réu. Quanto à "prova emprestada", somente válida *inter partes*, ver nossa *Teoria geral*, cit., p. 96.

¹³ De nossa autoria, "Eficácia e autoridade", *id.*, ps. 46/54.

EFEITOS DA SENTENÇA E COISA JULGADA*

De há algum tempo a doutrina alemã posicionou-se de forma geralmente aceita e já consolidada sobre os possíveis e diversos efeitos da sentença e sobre a coisa julgada. Não nos referimos, naturalmente, à discussão ainda não adormecida — e que agora não interessa — entre os fautores da teoria material e da teoria processual.

Uma pesquisa que empreendi há muitos anos,¹ ao contrário, conduziu-me a resultados que voltariam a questionar, em alguns aspectos, aquele posicionamento: e considero oportuno levá-los ao conhecimento direto dos processualistas tedescos, pedindo acolhida para tanto à sua revista científica, a fim de que possam examiná-los, verificando se as soluções propostas também são válidas para o direito alemão, assim como o são, segundo minha opinião, para o direito italiano.²

* Texto italiano de estudo editado em alemão no *Zeitschrift für Zivilprozess*, outubro de 1978, vol. 91, fasc. 4, p. 449, e publicado na *Riv. dir. proc.*, 1979, vol XXXIV (Nova Série), n. 1.

¹ *Efficacia e autorità della sentenza*, Milão, 1935, reimpresso sem alteração (com outros escritos sobre a coisa julgada) em volume pertencente à coleção da Fundação Piero Calamandrei, Milão, 1962 e agora constante deste volume. V. também o meu *Manuale di diritto processuale civile*, III, Milão, 1976, em que desenvolvi as mesmas idéias no Cap. VII, intitulado *Atto giurisdizionale*.

O estudo citado foi traduzido para a língua portuguesa sob o título *Eficácia e Autoridade da Sentença*, ed. Revista Forense, Rio de Janeiro, 1945; e para a língua espanhola sob o título *Eficacia y Autoridad de la Sentencia*, Ediar, Buenos Aires, 1946.

² Os resultados dessa minha pesquisa foram, inicialmente, vivamente discutidos e contrariados pela doutrina italiana (especialmente por CARNELUTTI, SEGNI, ALLORIO, SATTI), mas são agora acolhidos por numerosos escritores mais recentes.

Para esse efeito resumi e simplifiquei, neste escrito, os resultados da minha investigação e algumas conseqüências práticas que deles se podem extrair, num campo dentre os mais importantes e difíceis do direito processual.

1 — Segundo um ensinamento que se pode considerar pacífico, os possíveis efeitos da sentença (prescindindo nesse contexto daqueles considerados secundários) vêm indicados como segue:

- 1) declaração (*Feststellungswirkung*);
- 2) executoriedade (*Vollstreckbarkeit*);
- 3) efeito constitutivo (*Gestaltungswirkung*)

Essa tripartição é o resultado da cuidadosa análise das diversas espécies de sentença e de seus possíveis conteúdos, análise realizada pela doutrina a partir da segunda metade do século XIX. Quebrou-se, assim, a indistinta uniformidade que se atribuía às sentenças na doutrina do direito comum. Hoje, não é mais verdade que a sentença consiste na *condemnatio vel absolutio*, porque a sentença precedente nem sempre é condenatória: descobriu-se que também pode ser declaratória ou constitutiva

Muito cortês, mas polêmica, a resenha de JAMES GOLDSCHMIDT na *Revue internationale de la théorie du droit*, Genève, 1936, p. 155.

Em França a minha contribuição foi, e ainda é, objeto de viva discussão, sendo amplamente acolhida: J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée*, tese, Paris, 1954, p. 107 e seg. (conforme); CORNU-FOYER, *Procédure civile*, Paris, 1958, p. 492; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, 1975, ps. 2 e seg., 102 e seg.; HÉBRAUD, no prefácio a este volume, p. XIX (parcialmente conformes).

Concordam expressamente com a tese, também, M. A. GURVIC, *Efficacia della decisione giudiziaria e cosa giudicata*, separata de *Lo Stato sovietico e il diritto*, "Accademia delle Scienze dell'URSS", Moscou, 1970, p. 39 (títulos traduzidos do russo); JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, vol. V, p. 34; MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, S. Paulo, 1963, vol. III, p. 58; *Idem*, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, Foyense, Rio — São Paulo, 1976, ps. 459, 468 e seg.

e que se a sentença improcedente é sempre declaratória.³ Mas acredito que não se mergulhou a fundo no caminho assim aberto.

No quadro ora exposto, a declaração vem habitualmente identificada com a coisa julgada (*materielle Rechtskraft*): "*Diese bedeutet die Massgeblichkeit ihres (der Entscheidung) Inhalts, d.h. der in ihr ausgesprochenen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der von einer Partei beanspruchten Rechtsfolge in jedem Verfahren, in dem dieselbe Rechtsfolge in jedem Verfahren, in dem dieselbe Rechtsfolge in Frage steht, und wird deshalb auch Feststellungswirkung genannt.*"⁴

É esta afirmação sobre a qual quisera, antes de tudo, deter-me.

→ EXECUÇÃO (Lyon)

Com efeito, creio que a sentença possui eficácia declaratória, mesmo antes de passar em julgado, isto é, mesmo antes de alcançar a coisa julgada formal. É justamente a eficácia de declaração "ao estado natural", antes e independentemente de seu trânsito em julgado, o efeito que pode ser classificado junto aos outros possíveis efeitos da sentença (a executoriedade e a eficácia constitutiva), porque somente assim se apresenta ela homogênea com relação aos demais efeitos da sentença. Uma coisa é a eficácia declaratória, outra coisa é sua imutabilidade. A "Massgeblichkeit" de que falam Rosenberg e Schwab é uma noção composta que é preciso desintegrar em suas componentes, quais sejam a declaração e sua imutabilidade.

Não é difícil encontrar a razão do erro de perspectiva que levou a colocar no mesmo plano entidades não homogêneas: de um lado, a antiga milenária convicção de que a coisa julgada se destina a afirmar a verdade do juízo, a valer como equivalen-

³ V., por todos, ROSENBERG — SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 11 ed., Münique, 1974, § 150; BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Berlin-Göttingen-Hellidelberg, 1963, § 88 e seg.; BRUNS, *Zivilprozessrecht*, Berlin-Frankfurt, 1968, p. 382 e seg.

ROSENBERG-SCHWAB, op. e loc. cit.

conteúdo de eficácia e kelsen/terço

te substitutivo da verdade (*res iudicata pro veritate habetur*), e daí a sua definição como ficção (SAVIGNY) ou presunção (POTHIER) da verdade. É mister libertar-se desse preconceito para dar à coisa julgada não mais um valor lógico, ou psicológico, ou ideológico, mas somente um valor prático: a intangibilidade, a imutabilidade dos efeitos da sentença.

Por outro lado, para explicar o indigitado erro de perspectiva, também concorre a suposição de que a declaração necessite da incontestabilidade própria da coisa julgada, muito mais do que os outros efeitos da sentença, porque a declaração, desacompanhada da imutabilidade seria destituída de qualquer utilidade. É, com efeito, nessa linha que se levantam as objeções de quem não aceita minhas idéias: uma sentença não poderia ter eficácia declaratória sem coisa julgada.⁵ Mas esse é um verdadeiro círculo vicioso porque dá por demonstrado aquilo que se pretende demonstrar. A verdade está exatamente no contrário: a sentença é eficaz, mesmo que possa ser contrariada por outra sentença proferida em processo diverso. Também a declaração é um efeito suscetível de diversos graus de eficácia e pode manifestar-se em sentença sujeita a desaparecer por força de um dos fatos mencionados, até o momento em que ele não ocorrer. Nem a coisa julgada formal, nem a material condicionam a eficácia da sentença, a qual — como ato de autoridade — é eficaz na medida em que é um ato perfeito. Isso significa que quando se forma a coisa julgada, a própria eficácia adquire novo vigor que antes não possuía, tornando-se incontestável e irrevogável.

De resto, nem a coisa julgada formal é suficiente para garantir a declaração de modo absoluto: com efeito, esta também pode ser eliminada por remédios extremos, admissíveis sem prazo, ou com prazos bastante longos (no direito italiano, os denominados recursos extraordinários: a rescisória em alguns dos casos previstos no art. 395, n. 1, 2, 3, 6 e no art. 397 do cpc, e a oposição de terceiro; no direito alemão a *Abanderungsklage* e a

⁵ Por exemplo, ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milão, 1937, p. 37.

Wiederaufnahme des Verfahrens). Isso não impede que se considere plenamente eficaz a declaração, ainda que sujeita a tais remédios: mesmo porque, de outra forma, nunca se chegaria a uma verdadeira declaração, ou a ela se chegaria quando já inútil. Entre a sentença que ainda não adquiriu a coisa julgada formal e a que dela se revestiu, assim, há apenas uma diferença de grau, uma diversa probabilidade de sobrevivência. Daí por que se pode concluir que a sentença ainda sujeita a recurso, a reforma ou a anulação é, certamente, dotada de menor estabilidade mas, nem por isso, destituída de eficácia.

Por sua vez, o direito comparado oferece importantes exemplos de sentença eficaz desde o momento de sua prolação, qualquer que seja a quantidade ou a qualidade dos recursos admissíveis: é o caso do direito francês e do direito anglo-americano.⁶ Tais exemplos demonstram a errônea suposição de que a eficácia da sentença, e em particular a declaração, seja inconcebível quando a sentença ainda estiver sujeita a recurso.

2 — O resultado do processo de conhecimento, a declaração da verdade e do direito, com todas as suas conseqüências, são assim deslocados do momento da coisa julgada formal, que é o efeito mecânico da omissão de um ato da parte, de tempestivo ataque à sentença, ao ato do juiz que instruiu e julgou a lide. O verdadeiro ato jurisdicional, em que a lei encontra sua atuação, reside na sentença, obra do juiz, ato culminante do processo, e não na omissão da impugnação e no decurso do prazo.

A coisa julgada permanece, pois, uma conseqüência praticamente muito importante, mas neutra e incolor em seu conteúdo; reforça, estabiliza, torna imutável a sentença, seja enquanto ato (coisa julgada formal), seja enquanto geradora de determinados efeitos (coisa julgada material), sem todavia alterar seu conteúdo, de modo algum.

⁶ V. referências em G. PUGLIESE, *Giudicato Civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milão, 1968, p. 785 e seg., especialmente ps. 793 e 797 e seg.

E justamente por ser neutra e incolor, bem se adapta não só à declaração, mas também aos outros efeitos da sentença: a executoriedade e o efeito constitutivo.

Simplex excogitação verbal é a de quem limita a coisa julgada à declaração e sustenta que sua imutabilidade serve para garantir também os outros efeitos da sentença. A verdade é que, com a aquisição de coisa julgada, todos os efeitos da sentença, e todos diretamente e em igual medida, adquirem imutabilidade. Os efeitos principais da sentença, declaratório, constitutivo e executivo, colocam-se, portanto, no mesmo plano, inerentes que são à sentença, consoante seu conteúdo, desde o momento de sua prolação, e todos sujeitos a desaparecer, se a sentença for reformada ou anulada. Ao contrário, tornam-se imutáveis quando a sentença passa em julgado. Desse modo, a coisa julgada não é mais um efeito da sentença, mas uma qualidade, um atributo da sentença e de seus efeitos, precisamente a imutabilidade daquela e destes.

3 — A essa altura é mister observar que, conquanto a apontada sistematização dos conceitos relativos à sentença e à coisa julgada se apresente, certamente, clara e coerente, ainda é preciso indagar se corresponde ela ao direito positivo. É exatamente essa a pergunta há muitos anos levantada por SEGNI, e respondida negativamente quanto ao direito então vigente na Itália.⁷ Nesse interim, o direito positivo mudou com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1940, e é só com referência a este que agora o problema oferece interesse. Pareceu-me poder responder de maneira afirmativa, invocando, sobretudo, o disposto no art. 337 do cpc.⁸ A primeira parte dessa norma estabelece que a apelação suspende a eficácia executiva da sentença, enquanto os outros recursos não têm ipso iure efeito suspensivo. Sem entrar em maiores particularidades, que aqui não interes-

⁷ V. a resenha publicada in *Studi Saresi*, 1836, ps. 178 e seg., e reproduzida in *Scritti giuridici*, Turim, 1965, vol. II, p. 597.

⁸ Cfr. o meu *Manuale di diritto processuale civile*, vol. III, p. 146 e seg.

sam, pode-se certamente afirmar que a eficácia executiva da sentença condenatória é totalmente independente da coisa julgada e que permanece ela suspensa somente se se verificarem as circunstâncias expressamente previstas na lei.

A segunda parte do art. 337 dispõe quanto à eficácia declaratória cu constitutiva da sentença, estabelecendo que quando tal eficácia é invocada em processo diverso, este pode ficar suspenso se a sentença for impugnada: com isso, reconhece-se a eficácia prejudicial da sentença, em outro processo, mesmo que ela tenha sido impugnada, o que simplesmente autoriza o juiz a suspender o procedimento.

Além disso, foi corretamente afirmado que um caso de eficácia de sentença independente da coisa julgada é o da sentença da Corte de Cassação que cassa a sentença recorrida e enuncia o princípio de direito que o juiz "a quo" deve acatar (art. 384 do cpc).⁹

Há ainda diversas normas legais esparsas dispondo de maneira expressa que a sentença, consoante as hipóteses consideradas, tem eficácia imediatamente, ou só depois de seu trânsito em julgado. Por isso, tentou-se estabelecer onde estaria a regra e onde a exceção. Mas, como sempre nesses casos, o resultado não se apresenta seguro e se presta a intermináveis incertezas e discussões. Muito mais fundada quer-me parecer a afirmação de que a sentença, por sua natureza intrínseca, é dotada desde a origem, ou seja, desde o momento de sua prolação, da plena aptidão para desempenhar os efeitos que lhe são próprios, em razão de seu conteúdo, restando assente que o legislador avalia livremente os interesses em conflito nas diversas situações, sendo por isso levado ora a admitir a imediata operatividade da sentença, ora a preferir que fique suspensa até o juízo de segundo grau, ou até a formação da coisa julgada.

É não é destituído de importância o fato de dois respeitáveis escritores, que se declararam contrários às idéias por mim sustentadas, falarem de uma "eficácia de mero fato", devida à

⁹ MICHELI, *L'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 26.

“intrínseca credibilidade da sentença,”¹⁰ ou de uma “antecipada e provisória autoridade”¹¹ de que a sentença se reveste, mesmo que ainda impugnável; tanto é o apego à tradição doutrinária, que obriga a recorrer a esses disfarces, para não reconhecer a força das coisas!

Finalmente, para concluir esse ponto, é importante salientar que o legislador mostra a nítida tendência para a maior valorização do processo e da sentença de primeiro grau: seja a Lei n. 1.034, de 6 de dezembro de 1971, que regula o processo dos novos tribunais administrativos regionais, seja a Lei n. 533, de 11 de agosto de 1973, sobre o novo processo trabalhista, atribuem plena eficácia à sentença de primeiro grau ainda pendente de recurso.

Isso para o direito italiano. Não me cabe empreender pesquisa análoga para o direito positivo alemão. Quero somente acrescentar, com toda humildade, que não se pode dar preferência à sistematização tradicional somente porque “sempre se pensou assim”. Com efeito, parece-me existirem boas razões para inverter a colocação tradicional das idéias e para se empreender uma cuidadosa leitura das normas de direito positivo.

4 — Ainda é necessário esclarecer melhor o que se entende por imutabilidade (ou incontestabilidade) dos efeitos da sentença.

Não significa, naturalmente, que fatos sucessivos não possam modificar a situação e as relações entre as partes. Ao contrário, significa que, com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada, os efeitos por ele produzidos são e permanecem tais como nela estabelecidos, sem que se possa novamente discuti-los, em juízo ou fora dele, até que fatos novos intervenham criando situação diversa, que tome o lugar daquela que foi objeto da sentença.

Isso porque, ~~nem~~ mesmo a força do julgado pode obviamente impedir que fatos novos produzam conseqüências que lhes são

¹⁰ REDENTI, *Diritto processuale civile*, reimpressão da 2.ª ed., Milão, 1957, vol. II, p. 260.

¹¹ PUGLIESE, op. cit., p. 806.

próprias. Assim, em primeiro lugar, as partes podem, depois da sentença, exercer atos que modifiquem suas relações: o devedor pode pagar o seu débito, extinguindo a obrigação declarada na sentença e tornando impossível a execução forçada fundada na sentença condenatória; as duas partes podem, mesmo depois da sentença, entrar em acordo e acertar suas relações de modo diverso do declarado pelo juiz, e assim por diante. Mas o que não poderiam fazer, 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, tal como resulta do efetivo funcionamento dos mecanismos previstos e regulados pelo ordenamento jurídico.

5 — A referida sistematização dos efeitos da sentença e da coisa julgada pode ter aplicações até mais importantes do que os mencionados no n. 3. Quero referir-me ao tema dos limites subjetivos da coisa julgada.

Há muitos anos vêm sendo feitas diversas tentativas para superar o estreito limite da identidade das partes entre os pressupostos da coisa julgada.

Não se podem negar justificativas à mencionada tendência. É ela o reflexo no processo de uma concepção menos individualista do direito, que se vem afirmando em todos os campos: o homem não vive isolado na sociedade e sua posição jurídica é condicionada cada vez mais pela atividade de seus semelhantes; daí por que aumenta a responsabilidade de cada qual por seus próprios atos, que projetam sua influência sobre uma esfera cada vez mais ampla de pessoas. Tudo isso é inegável e há de ser levado em conta também no processo, mas sob uma condição indeclinável: que não se prejudiquem sem remédio as razões de quem não teve qualquer possibilidade de defender-se. Fundamental, com efeito, é a diferença entre a posição das partes e a dos terceiros com relação à sentença: as primeiras participaram do processo (ou poderiam fazê-lo, se o quisessem), puderam expor suas razões, contribuíram com sua atividade e com suas provas à preparação da sentença, à criação dos fundamen-

tos de fato e de direito que conduziram o juiz a proferir sua decisão. A tudo isso permaneceram alheios os terceiros.

Eis a razão pela qual devem ser rechaçadas as tentativas de quem quis estender a determinados terceiros a coisa julgada formada entre as partes. São tentativas antes artificiosas,¹² às quais se opõe o limite preciso e intransponível posto pela lei de todos os países conhecidos, excluindo os terceiros da coisa julgada formada entre as partes.

Uma solução diversa que, a meu ver, concilia as diversas exigências, encontrando o seu ponto de equilíbrio, é aquela que se inspira na distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada.

O q' é sentença? Conceito

A sentença é o ato da autoridade jurisdicional que exprime e afirma a concreta disciplina que deve regular, segundo a lei,

¹² Não é este o lugar adequado para a refutação detida dessas tentativas: a francesa, mais antiga, fundada sobre a suposta representação de alguns terceiros por parte de quem participou do processo; aquela outra, que acreditou poder estender a terceiros a jheringiana "eficácia reflexa" da coisa julgada; ou ainda, outra que assemelha à parte os terceiros titulares de relações jurídicas logicamente dependentes da que foi objeto da sentença. Em todos esses casos, acaba-se vinculando à coisa julgada verdadeiros terceiros, que poderiam ter excelentes razões a fazer valer contra a sentença; e se infringe patentemente o princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, princípio que não pode ter outro sentido senão exatamente o de impedir a repercussão do vínculo com relação a terceiros titulares de relações conexas. V. sobre a matéria o meu *Manuale*, vol. III, p. 169 e seg.

Recentemente, a Corte Constitucional Interveio e, acolhendo argumento que eu havia levantado há alguns anos, declarou inconstitucional o art. 28 do cpp, na parte que dispunha que no juízo civil ou administrativo a declaração dos fatos contidos na sentença penal fosse vinculante também com relação a quem havia permanecido estranho ao processo penal (sentença n.º 25, de 22 de março de 1971).

A orientação da Corte consolidou-se, depois, com as sentenças n. 99, de 27 de junho de 1973, e n. 165, de 26 de junho de 1975, que declararam, respectivamente, a inconstitucionalidade dos arts. 27 e 25 do cpp, na parte em que estendiam o vínculo da coisa julgada penal sobre a ação civil, também quanto aos sujeitos que haviam permanecido alheios ao processo penal.

a situação jurídica existente entre as partes, in judicium deducta. Assim sendo, ela vale para todos e não só para as partes, uma vez que todos devem reconhecer que o juiz, julgando entre as partes, proferiu sua decisão.

A sentença é, portanto, com referência ao objeto deduzido em juízo e às partes que dele participaram, eficaz para todos. Que quer isso dizer? Quer dizer que, diversamente do que ocorre com as partes, para quem a própria sentença adquire a coisa julgada e seus efeitos se tornam imutáveis, para os terceiros a sentença é eficaz, mas — não ficando coberta pelo julgado — é discutível a qualquer tempo. O terceiro, desde que tenha interesse, pode, em qualquer circunstância e em qualquer novo juízo, demonstrar que a sentença está errada e não lhe pode ser oposta.

A sentença, quando não fortalecida pela coisa julgada, compartilha com todos os outros atos do Estado da vulnerabilidade própria dos atos promanados em um regime de Estado de direito, e por isso mesmo condicionados à sua conformidade ao direito. Por isso os terceiros, embora sujeitos à eficácia da sentença, podem opor-lhe razões de fato e de direito que demonstrem a sua contrariedade à justiça. Nem por isso podem os terceiros, é claro, modificar ou anular a sentença, mas podem torná-la inaplicável, paralisando a sua eficácia no que lhes diz respeito.

É sabido que em alguns países (França, Itália) existe a *tierce opposition*, desconhecida, ao contrário, em outros (por ex. no direito alemão, austríaco). Segundo a praxe francesa, a *tierce opposition* também pode ser exercida por via incidental, no processo em que se queira fazer valer uma sentença com relação a terceiro.¹³ O remédio previsto em favor do terceiro, com relação à eficácia de uma sentença *inter alios*, é precisamente análogo à *tierce opposition* proposta por via incidental e pode, a meu ver, ser admitida mesmo sem previsão legislativa, como simples aplicação dos princípios gerais do ordenamento jurídico.

¹³ ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, Paris, 1958, ns. 368 e 374; v. agora os arts. 586 e 588 do novo *Code de procédure civile*, que entrou em vigor a 1.º de janeiro de 1976.

O campo em que a solução aqui proposta tem maior oportunidade de manifestar-se é o das relações jurídicas logicamente dependentes da relação sobre a qual a sentença incidu. São os casos onde se admite a intervenção voluntária quando o terceiro não interveio no processo e a sentença é utilizada contra ele em ação de regresso ou de ressarcimento de danos: o fiador, por exemplo, diante da sentença que condena o devedor, ou o devedor, diante da condenação do fiador, quando são chamados a juízo, respectivamente, pelo credor e pelo fiador para o cumprimento da garantia e do regresso. Nesses casos e em outros semelhantes, não se pode negar que a sentença é eficaz perante o terceiro pela declaração do pressuposto de sua obrigação, contida na sentença. Mas não seria justo impedir a demonstração de que a parte se deixou condenar injustamente e de que havia motivos suficientes para rechaçar a ação em que foi ré.

Essa também é uma possível aplicação, a meu ver satisfatória, da pesquisa de muitos anos atrás, cujos resultados tomo a liberdade de submeter à atenção dos colegas alemães.

INTERV. TERCEIROS → praxion livros resocados

NOTAS

EFEITOS DA SENTENÇA E COISA JULGADA

(Ada Pellegrini Grinover)

Publicado inicialmente em alemão, na *Zeitschrift für Zivilprozess* de outubro de 1978, o estudo destinou-se a divulgar entre os doutrinadores de língua tedesca a teoria de LIEBMAN sobre os efeitos da sentença e a coisa julgada.

Trata-se de uma síntese bastante atual do pensamento do Mestre, por ele mesmo efetuada e provida, conseqüentemente, de invulgar proeminência.

Quanto ao direito brasileiro e sua correspondência às idéias do Autor, remetemos o leitor às Notas à *Eficácia e Autoridade da Sentença*, no que tange ao direito anterior; e, no que concerne às alterações legislativas introduzidas na Itália a partir de 1950, com a nova redação dada ao art. 337 do cpc, fazemos remissão às notas ao mais recente ensaio de LIEBMAN, inserido neste volume: "Sentença e coisa julgada: recentes polémicas".

SENTENÇA E COISA JULGADA: RECENTES POLÊMICAS*

SUMÁRIO: 1. Premissa. 2. Distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada. 3. Sentença de condenação e sua executoriedade. 4. Eficácia declaratória e constitutiva das sentenças e o art. 337, inciso I, cód. proc. civ. 5. Propostas para a reforma do processo de conhecimento. 6. A eficácia da sentença com relação a terceiros. 7. A eficácia da declaração da sentença. 8. Casos interessantes: as obrigações solidárias. 9. Seguro de responsabilidade civil. Desdobramento na doutrina e na jurisprudência francesas. 10. Conclusão.

1. O tema da sentença e de sua eficácia continua sendo muito discutido e isso não pode surpreender se considerarmos que ocupa ele posição de destaque na teoria do processo, sendo susceptível de conseqüências práticas interessantes.

As idéias por mim expostas mais de quarenta anos atrás e que permaneceram (seja-me consentida a imagem) em estado de letargia durante longo tempo, renasceram em conseqüência da reedição — por obra da fundação Calamandrei — do ensaio em que foram enunciadas pela primeira vez,¹ e ainda por causa de algumas significativas adesões recebidas tanto na Itália quanto no exterior,² quer na esfera científica, quer na esfera legislativa.

* Ensaio publicado in *Riv. dir. proc.*, 1980, n. 1.

¹ *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milão, 1935, reimpressa sob o mesmo título com outros escritos sobre a coisa julgada na coleção da Fundação Calamandrei, Milão, 1962, e agora constante deste volume. Sucessivamente, o meu *Manuale di diritto processuale civile*, 3.^a ed., vol. III, Milão, 1976, ps. 41, 142, 146 etc. e o artigo *Urteilswirkungen und Rechtskraft no Zeitschrift*, vol. 91 (1978), p. 449, cujo texto italiano foi publicado nesta Revista, 1979, p. 1, com o título *Effetti della sentenza e cosa giudicata* (também neste volume).

² Lembro aqui somente as mais recentes, não mencionadas em escritos precedentes: mais vaga e problemática a de G. VERDE, *Profili del processo civile, Parte generale*, Nápoles, 1978, p. 244 e segs.; mais in-

Mas também não faltaram objeções, às quais devo uma resposta (e peço desculpas ao leitor se me sinto obrigado a falar disso pessoalmente e a voltar sobre coisas já ditas), não somente por um dever de cortesia para com os estudiosos que quiseram prestar sua atenção e suas estimulantes observações críticas ao que foi por mim sustentado, mas também para que o meu silêncio não seja interpretado como anuência às suas argumentações.

Observou-se que minhas idéias mudaram desde a primitiva formulação. A observação é certa, mas somente com relação a alguns aspectos parciais e marginais: as idéias fundamentais permaneceram inalteradas e resistiram a uma longa e assídua meditação e à análise de alguns direitos estrangeiros, que delas acolheram certos aspectos importantes. No que diz com os acontecimentos sucedidos no nosso direito positivo, considero como prova de vitalidade das idéias então expostas quer o fato de elas

clisvas e decididas as de V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Nápoles 1979, p. 987 e de E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, 2.^a ed., Pádua, 1979, p. 244.

Também S. SATTI, que inicialmente havia se declarado contrário (v. crítica ao meu ensaio, in *Riv. dir. comm.* 1935, I, 363), ultimamente adotou posição favorável (*Commentario al cod. proc. civ.*, vol. II, 2, Milão, 1962, ps. 26/28 e 94/96 e *Diritto processuale civile*, 8.^a ed., Pádua, 1973, p. 371), defendendo-a em polêmica com VELLANI.

Um apreciável esforço de aproximação e de compreensão fez F. CARPI em *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milão, 1974, p. 19 e segs., ainda que depois tenha acabado refugiando-se nos amplos braços da opinião tradicional.

Na França, a distinção por mim proposta entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada foi acolhida por J. FOYER em sua *thèse*, Paris, 1954, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile* (que defendeu o meu ensaio das críticas de Carnelutti) e "obtint un grand retentissement" segundo atestado de D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, 1975, p. 103, o qual, embora com outra formulação, retoma sua parte essencial; por último R. FERROT, *Encyclopedie Dalloz de procédure civile*, 2.^a ed., Paris, 1978, n. 140.

No Brasil, J. F. MARQUES, *Manual de direito processual civil*, S. Paulo, 1975/76, vol. III, p. 231 e segs.; J. C. BARBOSA MOREIRA, *Coisa julgada e declaração*, em *Temas de direito processual*, São Paulo, 1977, p. 81.

Naturalmente, a adesão de princípio não implica a aceitação de todos os possíveis desdobramentos da distinção enunciada no texto.

terem superado o impacto do novo código de processo civil — onde, aliás, encontraram apoio imprevisto — quer a sua acolhida em algumas leis recentes. As idéias que pareceram heterodoxas, em 1935, a julgar por autorizadas opiniões contemporâneas, agora já se firmam como vencedoras.

O passar do tempo e os fatos acontecidos poderiam, de qualquer forma, justificar — se de justificação precisassem — as revisões parciais intervindas no meu pensamento que, por outro lado, podem servir para demonstrar a abertura e a disponibilidade às contribuições alheias, desde que convincentes e fundadas.

2. Vamos proceder com ordem, iniciando pelo ponto de partida e dando um passo de cada vez, na esperança de dissipar alguns equívocos e, assim espero, de evitar a formação de novos.

O ponto de partida é a distinção entre a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada, considerando por ora a eficácia em sua consistência genérica: diga-se imediatamente que, por enquanto, limitar-me-ei a distingui-las sob um ponto de vista lógico, independentemente do fato de que, em concreto, pode efetivamente verificar-se a manifestação da eficácia, antes da formação da coisa julgada, ou fora dos seus limites.

Elas são “coisas” diversas e, portanto, conceitos a serem mantidos separados, porque coisas diversas são os efeitos da sentença e o fato de eles serem indiscutíveis ou imutáveis. Mesmo que o direito dispusesse que a sentença só tem validade quando passada em julgado (e veremos que não é assim), ainda seria necessário ter clara a idéia do que sejam os efeitos da sentença, para que ficasse esclarecido o significado de sua indiscutibilidade.

Ora, quanto ao conteúdo, quem quer que possua os conhecimentos necessários pode emitir um parecer sobre uma questão jurídica; mas este será, radicalmente, diverso da sentença sobre a mesma questão, no que concerne à eficácia; o parecer valerá pelo que tiver de convincente; a sentença, ao contrário, comanda, vincula, possui uma “força” própria; numa palavra, é eficaz. O conceito de sentença será incompleto e, portanto, errôneo, se lhe

faltar esse atributo. É necessário insistir nesse ponto, se quisermos ter a idéia exata e válida do que a sentença representa no mundo do direito.

Como todos os atos jurídicos, como todos os atos estatais em particular, a sentença é eficaz porque existe justamente e apenas para produzir determinados efeitos. E essa eficácia, como aptidão para produzir efeitos, não é algo de extrínseco que se acresça à sentença em determinado momento, mas uma propriedade intrínseca, de que ela é dotada desde o momento do aperfeiçoamento do seu iter formativo; isto é, desde a publicação por parte do escrivão (art. 133, cód. proc. civ.).³ Isso se deduz não tanto de seu conceito, mas sim de sua função prática e, embora não venha expressamente disposto, como regra geral, em nenhuma norma jurídica (considerada evidentemente superflua), tira-se do ordenamento no seu conjunto e das numerosas disposições de lei (que veremos daqui a pouco) que regem este ou aquele efeito particular.

Se a sentença não possuísse, em si e por si, a eficácia que procurei elucidar, ela não seria, *em substância*, uma sentença — apesar de o legislador assim a qualificar —, mas sim aquela “situação jurídica”, aquele “projeto de sentença”, que — segundo a conhecida e coerente concepção chiovendiana — representaria unicamente um elemento que, graças ao concurso de outro elemento (o termo), poderá tornar-se a verdadeira sentença.⁴

Mas quem não aceitar tal concepção, quem vir na sentença o ato jurisdicional, o ato para cuja prolação o Poder Judiciário

³ Cf. A. CERINO CANOVA, *Sulla esecutività di una sentenza riformata in appello*, in *Giur. it.*, 1977, IV, 177 e seg., nota 63: “Cada sentença, enquanto ato estatal, deve produzir eficácia pelo próprio fato de existir juridicamente.”

⁴ G. CHIOVENDI, *Principii di diritto processuale civile*, 3.^a ed., Nápoles, 1923, p. 951; *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2.^a ed., Nápoles, 1936, vol. II, p. 526.

Sobre as diversas teorias relativas à sentença sujeita a recurso, v. amplamente P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, Turin, 1920, vol. II, p. 193 (agora in *Opere giuridiche*, dirigido por M. CAPPELLETTI, vol. VII, Nápoles, 1976, p. 186 e segs.); A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Pádua, 1973, p. 61, nota; e meu *Manuale*, vol. III, ps. 41 e 142/3.

é instituído, não poderá deixar de reconhecer a sua eficácia jurídica como atributo necessário, essencial ao ato que o juiz pronunciou, e não como efeito ulterior extrínseco, devido ao decurso do tempo e à inércia do vencido que não interpôs recurso.

Que a instituição dos recursos possa levar o legislador a suspender em determinadas circunstâncias essa eficácia, é assunto completamente diferente, que não interfere nem colide com isso tudo. De fato, a suspensão não extingue, não suprime, não elimina a eficácia, impedindo-lhe apenas que opere, enquanto a causa da suspensão perdurar; comprime-a temporariamente e deixa-a permanecer latente, pronta para se tornar operante se e quando vier a faltar o motivo pelo qual a suspensão foi disposta. Mas, que maior prova pode haver da existência da eficácia, do que a norma que regula a sua suspensão? É possível, por acaso, suspender o que não existe?

É necessário, agora, examinar detidamente em que consistem os efeitos da sentença.

3. Consideremos, antes de tudo, a sentença de condenação. A individuação exata dessa figura e sua distinção das demais sentenças de mérito é, prevalentemente, obra da doutrina, que lhe reconhece, além do efeito declaratório conseqüente à declaração do direito, também um efeito executivo, que é propriamente o que a caracteriza.⁵

A ela se referem expressamente alguns artigos, atribuindo-lhe os chamados efeitos secundários da hipoteca judicial (art. 2.818, cód. civ.) e do prolongamento da prescrição (art. 2.953, cód. civ.); esse último só cabe na sentença de condenação passada em julgado, enquanto o outro também se aplica à sentença sujeita a recurso, por não haver qualquer ressalva da lei.

Igualmente genérica é a atribuição da eficácia executiva à sentença que, por consenso comum, é a de condenação (artigo

⁵ Sobre a sentença de condenação, v., por todos, L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Nápoles, 1965. Não interessam, aqul, as questões sobre a exata configuração do pronunciamento que produz efeito executivo.

474, cód. proc. civ.). Também essa norma não esclarece o momento em que a sentença está provida de eficácia executiva.

Mas disso se encarrega o art. 337 do cód. proc. civ., em seu "caput". Essa disposição, porém, está sujeita a um estranho destino: é geralmente lida como se dissesse coisa muito diferente daquele que é o seu claro significado. De fato, costuma ser lida como se dissesse: a sentença adquirirá eficácia executiva depois do vencimento (do termo) e do juízo de apelação.⁶ Mas, o texto é bem diferente: ele dispõe que a eficácia executiva, *de que a sentença é evidentemente dotada*, fica suspensa pela apelação (e pelo termo respectivo), desde que não seja declarada provisoriamente executiva; e prossegue dispondo que as outras impugnações não têm, ao contrário, efeito suspensivo, que o juiz todavia poderá atribuir, quando de sua execução possa advir dano grave e irreparável (arts. 373, 401 e 407).

O *caput* do art. 377 goza, porém, de má fama, e justamente, porque, segundo seu teor literal, somente a propositura da apelação teria efeito suspensivo, quando é pacífico, ao invés, que para isso é suficiente a pendência do termo para a apelação.⁷

Ao contrário, nenhuma dúvida pode ser levantada acerca da exatidão técnica da norma, na medida em que qualifica como *suspensiva* a repercussão da apelação sobre a eficácia da sentença. Uma antiga tradição, ininterrupta e (pode-se dizer) universal — ao menos no âmbito continental europeu —, sustenta, nesse ponto, o art. 337, *caput*.⁸

⁶ F. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milão, 1979, ps. 18, 20 e segs., e *passim*.

Contra, C. FURNO, *La sospensione del processo esecutivo*, Milão, 1956, p. 68, S. SATTA, *Commentario*, cit., vol. cit., p. 93.

⁷ V. ANDRIOLI, *Commento al cod. proc. civ.*, vol. II, Nápoles, 1956, p. 418; SATTA, *Comm.*, cit., p. 94.

⁸ O efeito suspensivo da apelação decorre do princípio do direito comum que se resumia na fórmula *appellatione pendente nihil innovandum* e depois, mais particularmente, das *Ordonnances francesas*. Vem ele disposto, em termos praticamente idênticos, pelos Códigos franceses de 1806 (art. 457) e de 1975 (art. 539); pelo nosso código de 1865 (art. 483); pelo § 705 da ZPO alemã e do § 466 da ZPO austriaca (*Hemmung*

Para suspender a eficácia é pressuposto que haja eficácia

Isso permite afirmar: que a executoriedade é inerente à sentença de condenação, dela dotada desde o momento em que é proferida e publicada; que a apelação (termo e juízo) suspende a mencionada eficácia; que o juiz, ao autorizar a denominada execução provisória, restabelece, em substância, a capacidade executiva própria da sentença, tirando o efeito suspensivo da apelação (e o juiz de segundo grau tanto pode eliminar, mediante a inibitória, o provimento do primeiro juiz, como também pode, se quiser, conceder a execução provisória, caso esta não tenha sido autorizada pelo primeiro juiz: essas são as alternativas levadas em conta pela lei ao considerar os interesses contrapostos); que não possuindo os outros recursos efeito suspensivo, permitem à executoriedade seu livre desenvolvimento (salvo os casos de suspensão *ope iudicis*, nos casos dos arts. 373, 401 e 407). Além do mais, de tudo isso deriva que a executoriedade não tem relação alguma nem com a definitividade da declaração, nem com a coisa julgada; que não se justifica considerar como "provisória" a executoriedade do acórdão em grau de apelação, ainda sujeito às outras impugnações,⁹ porquanto se trata da executoriedade própria da sentença, que não fica suspensa por outros recursos que não a apelação (ressalvadas as conhecidas exceções).

Quando, ao contrário, a sentença passa em julgado, a executoriedade se torna (como todos os efeitos da sentença) incontestável e imutável e pode ser anulada somente mediante a oposição à execução (ou depois do exercício vitorioso dos recursos extraordinários).

Se a isso acrescentarmos que numerosas leis recentes prevêem a executoriedade imediata da sentença de 1.º grau, negando à apelação qualquer efeito suspensivo (no processo do trabalho e da previdência, em matéria de locações residenciais e outras) não se poderá negar que disso decorre uma valoriza-

⁹ Assim, CARPI, *Provisoria esecutorietà*, cit., p. 44.

= suspensão; v. CONTE, *Dizionario giuridico ed economico tedesco-italiano*, Milão — Munchen, 1964); pelo art. 520 do Cód. Proc. Civ. brasileiro, etc.

ção crescente da sentença de 1.º grau,¹⁰ à qual devemos reconhecer posição e enfoque novos com relação aos recursos e ao *iter* procedimental.

4. Mais complexo é o problema que respeita ao efeito declaratório, ou seja, à declaração contida em todas as sentenças, quer apareça só, quer esteja acompanhado do efeito executivo ou constitutivo.

Quando pela primeira vez me aproximei desse tema, ainda vigiam os códigos de 1865, que nada dispunham, em linhas gerais, sobre o momento em que a sentença seria provida dessa eficácia e sobre a incidência determinada pela existência dos recursos.

Mas a lógica era suficiente para justificar a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada.

Com o novo código ora em vigor, tomam relevância duas normas fundamentais inteiramente novas: os arts. 295 e 337, inciso I, cód. proc. civ., regulando as relações entre diversas controvérsias que se encontram, entre si, em relação de prejudicialidade, com o intuito de favorecer a harmonia das respectivas decisões. O inciso I do art. 337 fornece, assim, uma base textual para o reconhecimento da eficácia da sentença antes de seu trânsito em julgado, representando, portanto, a confirmação decisiva (alguém, talvez, a ache imerecida; outros, talvez supérflua) à proposta por mim apresentada alguns anos atrás.

¹⁰ Com certeza tem razão G. TARZIA quando, com referência à norma relativa à executoriedade da sentença em favor do trabalhador, reputa que sua *ratio* deve ser procurada na qualidade dos créditos de que se trata (*L'esecutorietà della sentenza nel processo del lavoro*, em *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 467); isso não exclui que objetivamente resulte daí a valorização do processo e da sentença de 1.º grau (nesse sentido também CARPI, op. cit., p. 19), mas não até o ponto de negar utilidade à apelação, que eu considero, entre outros fatos, acobertada pela garantia constitucional, não obstante entendimento diverso da Corte Constitucional.

Cfr., também, G. A. MICHELI, *L'esecuzione provvisoria dell'art. 5 bis della legge 26 febbraio 1977*, p. 39 etc., in *Studi in onore di E. T. Liebman*, Milão, 1979, vol. III, p. 1.957.

Levei em conta, naturalmente, a nova disposição e a ela adaptei o meu discurso sobre a sentença, naquilo que incide sobre a sistematização dos conceitos precedentemente formulada; e ninguém deveria admirar-se. Mas ainda creio possível acrescentar que, mesmo que futuramente a norma viesse a desaparecer, nem por isso a colocação dada a toda a problemática referente à sentença sofreria substancialmente.

Esse art. 337, I, perturbando muitas idéias recebidas pela doutrina tradicional, deparou com aventuras desagradáveis: com efeito, tentou-se limitar e reduzir o seu alcance de várias formas, em absoluto contraste com o texto, que não faz distinções.

É muito mais interessante lembrar que estudiosos autorizados logo vislumbraram o importante significado da nova disposição, que preenche uma lacuna na tessitura do ordenamento.¹¹ Ao invés de fazer uso de palavras minhas, prefiro citar algumas proposições que resumem muito claramente o lugar que cabe à nova norma na disciplina do processo. O *caput* da disposição em exame generalizou, estendendo a todas as impugnações as normas que o antigo código ditava só para a rescisória (art. 504) e para a oposição de terceiro (art. 515):

No plano sistemático, a extensão é muito importante, porque dela se deduz — como reflexo — que o legislador equiparou a sentença apelável à sentença oponível ou rescindível.

Realmente, enquanto a velha disciplina encontrava sua justificação no fato de que oposição e rescisória eram remédios extraordinários e a sentença sujeita àqueles meios podia ser considerada como passada em julgado, essa justificação não mais subsiste na nova disciplina porque, sendo ponto pacífico que a sentença apelável não se entende transitada em julgado (art. 324), deve supor-se que ela tenha valor determinante, ainda independentemente desse trânsito. “Em outras palavras,

¹¹ V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., p. 419; C. VOCIÑO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1.485 e segs., especialmente 1.527; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Nápoles, 1965, p. 62; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milão, 1963, p. 89.

o que era a exceção — ou seja, a operatividade da sentença como declaração pelo próprio fato de ela ter sido proferida — tornou-se regra. Antes, essa operatividade era negada em princípio, salvo no que se referia a determinadas impugnações; agora, é afirmada em relação a todos os recursos.”¹²

Naturalmente, a situação não é igual se, em concreto, a sentença transitou em julgado, ou não, na causa prejudicial; no primeiro caso goza do máximo de estabilidade, sendo exposta somente ao evento marginal e excepcional da interposição de um recurso extraordinário (rescisória com base nos n.ºs 1, 2, 3, 6 do art. 395 e no art. 397, cód. proc. civ. e oposição de terceiro); no segundo caso, a sentença possui estabilidade bem menor, decrescente se se passar de um acórdão para uma sentença, sujeitas como estão também aos recursos ordinários (regulamento de competência, apelação, recurso à Cassação, rescisória baseada nos n.ºs 4 e 5 do art. 395) (arts. 324 e 327 do cód. proc. civ.).

De outro lado, já que é comum contrapor-se o art. 295 ao inciso I do art. 337,¹³ e necessário refletir sobre essa questão para tentar esclarecê-la uma vez por todas. Se há contradição entre os dois dispositivos, deve ela ser resolvida no plano das relações entre norma geral e norma especial.

Mas a contradição não existe, pois os dois dispositivos se referem a hipóteses diversas. O art. 295 exige a suspensão do processo, se o mesmo juiz, ou outro, deve resolver uma controvérsia, de cuja definição depende a decisão da causa. Nesse artigo, a lei supõe que a controvérsia prejudicial ainda não tenha sido decidida e dispõe que, enquanto se aguarda, seja suspenso o processo atinente à controvérsia logicamente dependente, para que a sentença se atenha ao julgado que se formar sobre o prejudicial.

¹² S. SATTÀ, *Commentario*, cit., p. 94.

¹³ M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milão, 1958, p. 53; G. PUGLIESE, *Giudicato civile*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVIII, Milão, 1968, p. 727 e segs., especialmente p. 807; A. ATTARDI, *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, em *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 257 e segs., especialmente p. 265.

O art. 337, I, prevê situação diferente, pois supõe que a controvérsia prejudicial já tenha sido decidida, mas por sentença sujeita a recurso.¹⁴ A situação é bem diferente da anterior, porque o fato de existir uma sentença que decidiu a causa prejudicial exige que ela seja levada em conta. Mas, como a sentença foi impugnada e por isso mesmo não transitou em julgado, não vinculando de forma inderrogável, criou-se uma situação de incerteza: a lei apresenta, portanto, uma solução que se ajusta exatamente a essa incerteza.

Dai por que as hipóteses cabíveis são três: a) a controvérsia prejudicial está *sub judice*, não tendo sido ainda julgada; b) a controvérsia foi julgada, mas a sentença foi objeto de recurso; c) a controvérsia foi decidida e a sentença transitou em julgado.

Para essas três hipóteses, a lei previu soluções diversas, em progressão gradual, perfeitamente razoável:

a) a controvérsia prejudicial ainda não foi julgada: é preciso esperar que ela o seja, ficando suspenso, nesse ínterim, o processo (arts. 295-297);

b) a controvérsia prejudicial foi julgada, mas a sentença está sujeita a reexame e julgamento pelo juiz do recurso: o juiz do segundo processo não pode desconhecer a declaração nela contida, nem descuidar de sua eficácia; mas, como a sentença é impugnável e foi impugnada, não fica ele vinculado de forma incontestável e por isso a lei lhe oferece uma alternativa, deixando-lhe a escolha discricionária entre ater-se à sentença ou suspender o processo, à espera do resultado do recurso. Isto é, permite-se uma delibação *incidenter* sobre a declaração contida na sentença (e as partes poderão naturalmente fazer valer as razões que *hic inde* levam a considerar como justa ou injusta a decisão), com a faculdade — segundo o resultado desse exame e a maior ou menor credibilidade que atribuir à sentença — de tomar posição dentro da alternativa oferecida: decidir em

¹⁴ No mesmo sentido já escrevia ANDRIOLI, op. cit., p. 420.

conformidade com a mesma, ou suspender o processo (art. 337, I). Não se lhe permite, porém, uma terceira alternativa, ou seja, a de julgar a ação sem levar em conta a sentença proferida no outro processo;

c) se a controvérsia prejudicial foi decidida mediante sentença transitada em julgado, a declaração nela contida é plenamente vinculante e o juiz deve julgar em conformidade com a mesma, pois o julgado influi de forma determinante na decisão da controvérsia logicamente dependente (art. 2.909 do cód. civ.). Mas e verdade que existe mais uma eventualidade inteiramente excepcional: a de que a sentença prejudicial, embora transitada em julgado, seja impugnada mediante um dos chamados recursos extraordinários (recurso fundamentado nos n.ºs 1, 2, 3, 6, do art. 395 e no art. 337 do cod. proc. civ. e oposição de terceiro), justamente oponíveis também contra as sentenças passadas em julgado (como se deduz dos arts. 324 e 327 do cód. proc. civ.).

Essa hipótese mostra de perto até que ponto o vínculo do julgado é so relativamente absoluto, pois também para ele existe a possibilidade de ser impugnado e invertido, embora se trate, sem dúvida alguma, de possibilidade de todo extraordinária. De qualquer forma, parece certo que também nesse caso¹⁵ há de aplicar-se o art. 337, I, oferecendo ao juiz a alternativa entre ater-se ao julgamento ou suspender o processo, à espera da decisão do recurso. Mas a diferença entre esse caso e o *sub b)* é muito grande, tanto quanto o é a diferença entre a possibilidade de que seja reformada uma sentença passada em julgado e outra que ainda esteja sujeita aos recursos ordinários; tanto quanto o é a diferença entre a força de persuasão de uma ou outra das sentenças possíveis.

Nos exemplos acima examinados, presumi que nos dois processos as partes sejam as mesmas, ou que, existindo terceiros, se trate de herdeiros ou sucessores das partes, ou seja, de terceiros que também se sujeitam à autoridade da coisa julgada (cfr. art. 2.909 cit.). Se não o forem, as questões complicam-se

¹⁵ Cfr. Cass. 17 maio 1962, n. 1.123, in *Mass. giust. civ.*, 1962, 570.

pelo problema concernente à posição dos terceiros perante a sentença alheia. Voltarei a ele mais adiante.

O que por enquanto é importante frisar é que o art. 337, I, coloca em plena luz a eficácia que a lei reconhece à declaração contida na sentença, antes e independentemente do seu trânsito em julgado, e demonstra a erronia do seguinte raciocínio (próprio de diversos autores): determinando o art. 209 do cód. civ. que "faz estado para todos os efeitos" a declaração contida na sentença passada em julgado, *ergo* a sentença não é provida de eficácia alguma se não transitou em julgado. É evidente o erro lógico insito nesse raciocínio, pois a disposição do art. 2.909 não exclui, absolutamente, que qualquer outra eficácia possa caber à sentença, independentemente do fato de ter passado em julgado. E assim realmente ocorre, se é verdade o que sustentei acima, pois à sentença, como tal, cabe a sua própria, específica eficácia, qual pode ser, e é, a eficácia de um ato ainda impugnável e, se impugnado, a claramente exposta no art. 337, I.

O art. 2.909, longe de excluí-la, muito pelo contrário a reforça, acrescentando a essa eficácia algo novo e precisamente o atributo da imutabilidade (ou seja, pelo que se refere à declaração, a incontestabilidade), e excluindo (nos limites conhecidos) toda possibilidade de remontar à situação já julgada, para nela procurar indícios ou motivos que recoloquem em discussão o juízo contido na sentença.

A interpretação dada nas páginas anteriores ao art. 377, I (e não saberia que outra se poderia dar), demonstra quão pouco fundadas são, apesar de sua forma peremptória, as objeções que me move ATTARDI.¹⁶ Atribui-me ele a opinião de que "a declaração da sentença desempenha entre as partes força vinculante plena desde a sua prolação", "na concepção atual de LIEBMAN a autoridade da coisa julgada manifesta-se imediatamente, e não por meio do trânsito em julgado", o que, naturalmente, estaria em contraste com o preceito do art. 2.909 do cód. civ. Mas, para reconstruir nesses termos meu modo de entender a eficácia

¹⁶ *Op. cit.*, p. 260 e seg.

da sentença, deve ele descurar e não levar em qualquer conta a relevância dada ao poder do juiz de suspender o processo e de subtrair-se, com isso, ao vínculo decorrente da sentença.

A alternativa que a lei prevê, deixando ao juiz a escolha discricionária entre a aceitação do vínculo decorrente da declaração contida na sentença e a suspensão do processo, à espera da decisão do recurso, é o limite que a lei põe à eficácia da sentença não transitada em julgado. Nos meus escritos anteriores, por outro lado, a interpretação do art. 377, I, é idêntica — embora menos articulada — à do presente escrito.¹⁷ Se a lei consente ao juiz, segundo a hipótese prevista na norma citada, a suspensão do processo, quer dizer que não considera rigorosamente vinculante a sentença proferida no outro processo, permitindo-lhe preferir a espera da decisão do recurso.

Meu contraditor parece não perceber e não avaliar, em seu pleno significado, o poder atribuído ao juiz no sentido de suspender o processo, não sofrendo, nesse caso, o vínculo decorrente da sentença proferida no processo prejudicial; e isso corta, cerce, qualquer força à sua argumentação.

ATTARDI deveria ter sido alertado por uma consideração, que lhe permitiria não adentrar o caminho errado: a ser verdade o que ele afirma com relação à minha concepção sobre a eficácia da sentença, nenhuma diferença subsistiria entre esta e a autoridade da coisa julgada, desaparecendo, assim, a distinção que é o ponto de partida de toda minha argumentação.

5. Mas ATTARDI, prosseguindo por seu caminho, deteve-se a considerar o projeto de reforma do processo de conhecimento, recentemente preparado por uma comissão ministerial. E se convenceu de que "a disciplina em matéria de julgado, contida no projeto de reforma, pretende refletir patentemente a concepção, já examinada, de LIEBMAN".¹⁸

¹⁷ *Sulla sospensione propria ed impropria del processo civile*, in *Riv. Dir. proc.*, 1958 e in *Problemi del processo civile*, Nápoles, 1962, p. 291 e segs.; *Manuale cit.*, vol. III, p. 147.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 268.

Na qualidade de membro, presidente e relator da referida comissão, creio poder tranquilizá-lo, desde já, sobre o fato de que o projeto não quis absolutamente refletir uma concepção por ele considerada tão infundada. Certamente não seria impossível ratificar textualmente aquela concepção, se essa fosse a intenção da comissão. Mas, a verdade é que eu não desejava aproveitar-me da circunstância de estar participando da redação de um projeto de reforma, para impor concepção que era, e ainda hoje é, controversa e objeto de polêmicas.

As disposições do projeto que, segundo ATTARDI, demonstrariam a intenção que a comissão, ao contrário, não teve, são os arts. 242 e 258, I. Mas o art. 242 só reproduz o atual art. 377, I e deixa, portanto, a situação inalterada, tal qual se encontra no direito positivo vigente. Se o projeto viesse um dia a entrar em vigor, colocaria os intérpretes na mesma situação (*caeteris paribus*) em que estão hoje, com relação ao art. 337, I.

Quanto ao art. 258, I, prescreve ele, em outras palavras, o que hoje vem disposto no art. 2.909 do cód. civ. Também com relação a esse ponto, quero manifestar-me com a maior franqueza.

Que a disciplina da autoridade da coisa julgada deva ser objeto do código de processo civil, juntamente com a de sua formação (atual art. 324 do cód. proc. civ.) e a ela ficar unida em racional concórdia, é uma afirmação minha que remonta a quase trinta anos atrás, e que recebeu desde então o mais amplo consenso.¹⁹ Assim, pareceu-me oportuno aproveitar a oportunidade da preparação de um projeto de reforma para reparar um erro de método do legislador do passado, que desmembrou irracionalmente em dois pedaços, localizados em códigos diversos, a regulamentação do ato com que se encerra o processo de conhecimento. Na mesma ocasião, tinha censurado o texto do art. 2.909, obser-

¹⁹ *Norme processuali nel codice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, e in *Problemi*, cit., p. 155 e seg.

O projeto foi publicado na *Riv. dir. proc.*, 1977, p. 461 e em separata intitulada *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, Pádua, Cedam, 1978.

vando que a expressão "fazer estado para todos os efeitos" é uma das mais infelizes da legislação vigente, destituída como é de significado preciso, quer na linguagem técnica, quer na linguagem comum.²⁰ Tinha sustentado também que não só a declaração mas todo o conteúdo da sentença se torna vinculante. Era, portanto, natural e, porque não, justificado que, ao propor a introdução no projeto do novo código de processo civil de uma norma que previsse a autoridade da coisa julgada, se propusesse, perante a comissão, o uso de uma fórmula verbal diversa da contida no art. 2.909, indicando, a meu ver, de forma mais completa, mais clara e tecnicamente mais precisa, o modo de operar de uma sentença depois de seu trânsito em julgado; e não me surpreende que a comissão tenha aprovado a proposta. Enfim, como única novidade substancial em comparação com o art. 2.909, o art. 258, I, dispõe expressamente que a coisa julgada alcança os terceiros somente nos casos previstos pela lei; teve-se a intenção, com essas palavras, de eliminar tantos casos de incerteza e, ao mesmo tempo, de cortar pela raiz certas interpretações que, forçando o sentido literal do vigente art. 2.909, pretendem submeter também os terceiros à autoridade da coisa julgada, menosprezando não somente o que a lei claramente dispõe, mas também a conhecida jurisprudência da Corte Constitucional.

Depois dessa premissa acerca da conduta da comissão que preparou o projeto, creio poder concluir que seu texto não quis forçar, de forma alguma, a interpretação numa determinada direção.

Pode ser (e os leitores me perdoem se não manifesto meu pensamento sobre o assunto) que eu suponha que, na hipótese de o projeto entrar em vigor, a exegese que os intérpretes darão ao dispositivo seja conforme à que sustentei para o direito vigente. Mas, se isso acontecer, não será por causa de algum artigo que eu tenha habilmente introduzido no projeto, mas sim porque os referidos intérpretes a considerariam aceitável, assim

²⁰ *Op. ult. cit.*, p. 167.

como a tantos estudiosos e comentadores autorizados de hoje parece boa e fundada aquela que propus para o direito vigente.

6. Vamos agora à situação dos terceiros perante uma sentença proferida em processo de que não foram parte. Os terceiros, titulares de uma relação dependente daquela sobre a qual a sentença foi proferida, estão sujeitos, segundo quanto sustentei, à eficácia da sentença, mas não à coisa julgada: eles podem, portanto, obter sua desaplicação, demonstrando que a sentença é injusta.²¹

Dessa vez a atenção de ATTARDI deteve-se sobre algumas disposições do código civil, por mim citadas para demonstrar que o legislador não ignora essa posição dos terceiros: os arts. 1.485, 1.952, 2.859 e 2.870. Não será difícil para o meu contraditor relevar as diferenças que existem no texto dessas normas e observar que, conseqüentemente, a amplitude da defesa dos terceiros não é idêntica nos diversos casos considerados pela lei. O vendedor pode provar "que existiam razões suficientes para que o pedido fosse julgado improcedente" (art. 1.485); o devedor principal, acionado pelo fiador que pagou ao credor, sem avisá-lo previamente, "pode opor-lhe as exceções que poderia ter oposto ao credor (1.952, I) (esse artigo não menciona uma sentença, mas parece lógico pensar que a solução há de ser igual, se o fiador pagou porque condenado); o terceiro adquirente do bem hipotecado, que transcreveu seu título, pode "opor ao credor prece-

²¹ Neste sentido, no ensaio *Eficácia*, cit., p. 132, 142, e no *Manuale*, vol. III, cit., p. 129 e segs., 154 e segs.

A esse desdobramento da distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada, que é a que encontra maiores resistências, aderiram recentemente G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Pádua, 1978; A. PELLEGRINI GRINOVER, *Eficácia e autoridade da sentença penal*, São Paulo, 1978 e *Efficacia e autorità della sentenza penale*, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, Milão, 1979, vol. III, p. 1.635 (o tema é tratado no primeiro escrito com referência ao direito brasileiro e, no segundo, ao direito italiano); E. F. RICCI, *Formazione del passivo fallimentare e decisione sul credito*, Milão, 1979, p. 85.

Para o direito francês, v., adiante, n. 9 e notas 34 e segs.

dente todas as exceções não opostas pelo devedor e, além dessas, as que a este caberiam após a condenação" (art. 2.859); analogamente, o terceiro hipotecado (art. 2.870). Não obstante a variedade desses casos, trata-se sempre de terceiros contra quem é oponível a sentença sobre relação prejudicial, mas que podem opor-se à sua eficácia por instrumentos de ataque bem parecidos, embora nem sempre idênticos, dirigidos todos a demonstrar a injustiça da sentença e a obter sua desaplicação no que lhes diz respeito. Entrevê-se, assim, a humilde plantinha da eficácia da sentença abrindo seu caminho dentre os duros e frios artigos do código civil.

Concedo sem discutir que o legislador não teve presentes os termos de minha concepção (era a época do estado de letargia já mencionado), nem qualquer outra idéia geral que definisse a posição do terceiro perante a sentença alheia dotada de eficácia prejudicial sobre sua relação jurídica. As normas citadas foram evidentemente ditadas casuisticamente por razões de equidade, sem serem ligadas entre si por uma unidade de inspiração. Mas elas demonstram que o problema existe e que o legislador nem sempre lhe foi insensível; e seu caráter particular e fragmentário faz ressaltar, mais do que qualquer outra coisa, a oportunidade de encontrar um princípio que recolha e unifique os casos espalhados no direito vigente e todos os outros que, por enquanto, carecem de disciplina positiva. Poderá ser o princípio por mim sugerido ou poderá ser outro: eis uma questão que pertence ao futuro; parece-me, de qualquer forma, que existe algum motivo para provocar o problema ou para fazê-lo assomar perante a consciência da *communis opinio* dos juristas.

Como o discurso versa sobre os terceiros, é chegado o momento de levantar o quesito sobre o comportamento a ser observado pelo juiz, quando seja invocada uma sentença, proferida em outro processo, e que possa influir sobre a controvérsia submetida ao seu julgamento, no caso em que a parte que a sentença prejudique seja um terceiro e quando a sentença tenha sido objeto de recurso. Parece lógico pensar que, ainda nesse caso, cabe aplicar o art. 377, I, mas que agora o juiz também

tenha a faculdade de adotar uma terceira solução: não só pode conformar-se à sentença prejudicial ou suspender o processo (como a norma citada expressamente dispõe), mas também, se estiver convencido de que a sentença invocada é injusta, poderá decidir a causa sem levar em qualquer consideração a referida sentença.

7. Chegamos assim àquela que, num certo sentido, é a questão principal: o que é, e como se comporta, a eficácia da declaração da sentença quando se apresenta em sua forma "natural", ou seja, não acobertada pela autoridade da coisa julgada, quer porque — caso a — esta ainda não se formou, quer porque — caso b — a eficácia se manifesta fora dos limites em que a coisa julgada opera.

A hipótese *a* é regida pelo art. 37, I, e dele discorri amplamente (acima; n. 4); a hipótese *b* refere-se aos terceiros que, não estando sujeitos à autoridade da coisa julgada, podem ser atingidos somente pela eficácia da sentença em sua forma natural.

Como já disse várias vezes, creio que a declaração é vinculante em ambas as hipóteses; mas creio também que essa eficácia é condicionada pela legalidade da sentença que, nesse contexto, equivale à justiça de seu conteúdo decisório. Sem me deter na hipótese *a*, já suficientemente considerada, é chegado o momento de examinar com mais atenção a hipótese *b*.

Sobre esse assunto ATTARDI desenvolve numerosas argumentações, parecendo-me algumas fundadas e aceitáveis e em harmonia com os resultados que acabo de resumir.

Assim, por exemplo, quando afirma que nem sempre o *error in iudicando* acarreta injustiça da decisão,²² a qual pode estar baseada em outros motivos, como, aliás, entendeu a jurisprudência da Cassação, ao declarar que o erro de direito, para ser admissível como fundamento do recurso, há de ser *causal*; ou seja, deve ter provocado uma determinação errônea. O erro

²² Op. cit., p. 277.

na motivação da sentença, que não se reflita de modo direto e determinante no dispositivo, é inócuo e irrelevante e pode ser reparado mediante a correção da motivação. Mas chegou o momento de frisar que a injustiça da sentença pode ser produto quer de um erro de direito, quer de um erro de fato. Tanto num como noutro caso, torna-se inaplicável ao terceiro a sentença proferida sobre a relação prejudicial. Para os efeitos que aqui interessam, é injusta unicamente a sentença que declara existente um direito que não existe, ou vice-versa, e salientar o erro cometido pelo juiz é somente o meio para reconhecer o dispositivo errado.

Não me parece possível, ao contrário, acompanhar ATTARDI, quando afirma que também o *error in procedendo* há de ter a mesma consequência.²³ Uma sentença, inatacável pelo que concerne à observância das normas processuais que disciplinam sua formação, pode ser injusta em seu conteúdo dispositivo; e vice-versa, pode ser substancialmente justa a sentença viciada como ato processual. Mas, os motivos de nulidade da sentença só podem ser argüidos por intermédio dos recursos, no mesmo processo e a pedido das partes (cfr. art. 161, cód. proc. civ.), tornando-se inoperantes depois do trânsito em julgado da sentença. Para o terceiro, que pode ser prejudicado pelo conteúdo decisório da sentença, só os vícios dela podem ser relevantes. É a mesma razão pela qual não cabe a oposição de terceiro que se funde na nulidade da sentença.²⁴

Mas, chegando finalmente à questão principal, se bem entendi as sutis distinções e argumentações de ATTARDI, parece-me que, ao fim e ao cabo, considere ele incompatível a eficácia da declaração com um poder de controle de sua justiça; em outras palavras, ou a eficácia da declaração é incontestável (identificando-se então com a autoridade da coisa julgada), ou não é nada. Escreve ele, de fato, que "a eficácia declaratória da sen-

²³ Op. cit., p. 278.

²⁴ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3.^a ed., Nápoles, 1923, p. 1.011.

tença comporta necessariamente, para aqueles em relação aos quais opera, um vínculo ao conteúdo da declaração, excluindo, por si só, a possibilidade de controlar se o direito declarado como existente realmente existe".²⁵

Salvo engano meu, essa afirmação e outras análogas, repetidas de diversas formas sem que seu conteúdo varie, exalam um leve odor de enxofre. Quero dizer que se resolvem em outras tantas petições de princípio: uma eficácia declaratória que seja contestável não existe porque... não pode existir. O autor dá como demonstrado o que devia demonstrar. Para comprovar o contrário, basta lembrar os arts. 337, I, cód. proc. civ., e 1.485, 1.952, I; 2.859, 2.870 do cód. civ., já longamente examinados, que pressupõem, todos, uma sentença feita valer por sua eficácia prejudicial de declaração, sem que seja incontestável (não "faz estado", segundo a feia expressão do art. 2.909), porquanto dá ao juiz, perante o qual é invocada, a possibilidade de não levá-la em consideração, se ele achar que a sentença não é convincente ou que está errada.

Mas, é oportuno considerar mais um pouco essa objeção, não nova, mas freqüentemente repetida, e cuja resposta, naturalmente, não pode diferir daquela já por outras vezes enunciada: não é verdade que a declaração, para valer como tal, deve ser incontestável para todos os efeitos e para sempre: também pode ser vinculante, se o ato de que promana (nesse caso a sentença) estiver sujeito à possibilidade de ser revogado ou anulado; quer dizer que vale e vincula enquanto o ato permanecer válido e eficaz, embora perdendo sua obrigatoriedade se o ato for, em certos casos e em determinadas condições, infirmado ou anulado.²⁶ *l. 1.ª*

²⁵ Op. cit., p. 280. No mesmo sentido, substancialmente, D. TOMASIN, em seu *Essai*, cit., p. 105.

²⁶ *l. 1.ª* No mesmo sentido e com algum desenvolvimento ulterior, *Manuale*, cit., vol. III, p. 150, e o artigo *Efeitos da sentença e coisa julgada*, neste volume, p. 279 e segs., em particular ps. 281/283. Lembre-se, antes de mais nada, que se a possibilidade de um controle tornasse impossível a declaração, esta jamais se alcançaria, porque tam-

Por outro lado, o próprio ATTARDI se contradiz ao não excluir da sentença (se bem entendi seu pensamento) "um valor de prova — controvertível — das resultâncias probatórias e em geral dos acontecimentos ocorridos no processo".²⁶

Reservando-me o direito de voltar sobre essa "concessão" de meu contraditor, é suficiente, por ora, observar que as resultâncias probatórias colocam as premissas de fato que, junto com as premissas de direito, constituem o fundamento da decisão. Sendo, então, controláveis e controvertíveis as premissas de fato em que a sentença se baseia, é a própria declaração que se torna discutível e controlável. De outro lado, se são controvertíveis as resultâncias probatórias, não se entende porque não o seriam também as avaliações jurídicas desenvolvidas em torno desses fatos. Assim, todo o edifício, longa e pacientemente construído, parece vacilar sob a admissão do próprio autor; e espero que, afinal, a eficácia natural da sentença passe sã e salva através do fogo concentrado da artilharia attardiana.

Mas afinal, quase que resumindo todas as suas argumentações, observa ele que se o juiz, perante quem a sentença é invocada, tem o poder de controlar sua justiça, "decidirá a causa com base na convicção que formar a respeito da existência que o direito declarou e não pela força declaratória da própria sentença".²⁷

Nesse ponto, e com essas palavras, ATTARDI tem a ventura de encontrar-se com VOCINO, o qual — embora renovando sua adesão, já várias vezes manifestada, à distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada — não considera aceitável a eficácia da sentença para o terceiro e o conhecimento incidental relativo à sua justiça por parte do juiz perante o qual é ela invocada. Escreve VOCINO: "a desaplicação da decisão alheia já aconteceu pela autorização da rejeição por parte do ter-

²⁶ Op. cit., ps. 280, 288.

²⁷ Op. cit., ps. 280, 285.

bém a sentença passada em julgado está sujeita aos recursos extraordinários.

ceiro. A decisão do juiz será somente o resultado de um novo conhecimento da relação já anteriormente declarada." ²⁸

Parece evidente que, na intenção dos dois valorosos escritores, as mencionadas argumentações constituem objeções contra meu pensamento. Posso dizer que não as vejo assim? Com efeito, simplificam eles, e bastante, as coisas que, na realidade, não são como as imaginam. Não é suficiente que o terceiro venha e conteste a sentença como injusta, para que sua eficácia seja atacada: a contestação deve ser desenvolvida e a injustiça da sentença, demonstrada; e nesse terreno, os casos são muitos e diversos e não é possível resumir-los em uma só hipótese, comum para todos. Para começar, quem invocou a sentença não tem necessidade de fazer nada, porque sua situação se baseia na sentença pelo que concerne à relação prejudicial. É ao terceiro, ao contrário, que cabe o ônus de desfazer aquela declaração. Poderá fazê-lo repondo em discussão os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, e o juiz terá de reexaminar unicamente os pontos colocados em discussão. Ou poderá o terceiro fazer valer novas exceções ou novos motivos de direito, e ao juiz bastará julgá-los, sem voltar sobre os temas da decisão precedente: se entender infundados os novos motivos, poderá remeter-se à sentença, sem novas indagações; se, ao contrário, os achar fundados, deverá ainda julgar se também são relevantes e decisivos a ponto de produzir a reviravolta do julgamento a que o primeiro juiz tinha chegado. Para concluir, não é possível estabelecer em abstrato e *a priori* em que medida a decisão anterior pesará e influirá na nova. Seja como for, é ao terceiro que cabe o ônus da contestação, ficando o seu adversário na cômoda posição de quem só tem de defender-se. Para Vocino, essa situação é "puramente empírica" ²⁹ mas é a resposta certa para um problema que é justamente empírico: o problema da defesa de quem está — seja-me consentida a expressão — *na posse* de uma situação

²⁸ C. Vocino, "Ultimissime" dalla dottrina dell'opposizione di terzo, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, vol. III, p. 1.995, em particular, p. 2.034.

²⁹ Loc., ult. cit.

processual de vantagem, em que a defesa se mede pela contestação do terceiro, caso por caso, em um quadro cujos termos já foram inúmeras vezes definidos: os da eficácia de uma declaração condicionada pela justiça da sentença.

8. Gostaria agora de testar a solução indicada aplicando-a a um caso entre os mais difíceis e tormentosos — o das obrigações solidárias — pedindo ajuda a quem por último o estudou mais atentamente: F. D. BUSNELLI. ³⁰

Entre as várias opiniões que se contendiam o campo na doutrina e na jurisprudência, o legislador de 1940 escolheu, como é sabido, a menos acreditada e a menos defensável; ³¹ mas os problemas só foram parcialmente resolvidos, deixando ampla margem a incertezas. Lamentavelmente, também a solução proposta por BUSNELLI, muito articulada e rica em distinções, não pode ser acolhida, por força de seu ecletismo excessivamente desenvolvido, pelo qual escolhe ele, entre as várias doutrinas sobre a coisa julgada, ora esse, ora aquele aspecto, para resolver as várias hipóteses possíveis, sem se preocupar com a sua compatibilidade. ³²

Certamente não é esta a ocasião oportuna para aprofundar um tema tão controverso; limitar-me-ei, portanto, a observar que o caput do art. 1.306 do cód. civ. negou efeito à sentença

³⁰ F. D. BUSNELLI, *La cosa giudicata nelle obbligazioni solidali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, p. 393 e segs.

³¹ Cfr. BUSNELLI, op. cit., p. 400 e citações nas notas 14, 15, 16, 17, 18, 26.

Art. 1.306 do cód. civ.; "A sentença proferida entre o credor e um dos devedores solidários, ou entre o devedor e um dos credores solidários, não produz efeito contra os outros devedores ou contra os outros credores.

"Os outros devedores podem opô-la ao credor, salvo quando fundadas em razões pessoais ao co-devedor; os outros credores podem fazê-la valer contra o devedor, ressalvadas as exceções pessoais que este pode opor a cada qual deles."

³² Com efeito, parte ele da distinção entre efeitos da sentença e coisa julgada, utilizando-a para interpretar restritivamente o *caput* do art. 1.306, que fala em *efeito* da sentença (mas então, se a norma não se aplica à coisa julgada, aplicar-se-á ao menos à eficácia declaratória

proferida contra um dos devedores ou contra um dos credores, com relação aos outros devedores ou credores solidários, inspi-
rando-se à estreita aplicação do princípio dos limites subjetivos da eficácia da sentença. Permanece suspenso no ar, sem justificativa alguma, o inciso I do art. 1.306, que torna extensíveis aos terceiros os efeitos favoráveis e não os desfavoráveis. Por fim, não se contemplou o problema das relações internas entre os co-devedores e os co-credores. E aqui me parece perfeitamente aplicável a figura da eficácia da sentença, como distinta da autoridade da coisa julgada. Assim, o devedor que foi condenado a pagar a quantia inteira poderá agir contra os co-devedores para o regresso proporcional, valendo-se da sentença que o condenou; mas aos outros devedores fica permitido não só opor eventuais exceções pessoais, mas também as razões de fato e de direito — se existirem —, que deveriam ter levado à rejeição do pedido do credor. São possíveis julgados contraditórios, e esse é um grave inconveniente; mas, mesmo assim, menos grave do que o de alargar, como mancha de óleo, os efeitos de uma sentença errônea e de sujeitar-lhe até quem, se chamado a juízo, teria evitado o erro e pode agora demonstrá-lo.

9. Outro caso que merece ser mencionado é o do seguro de responsabilidade civil, que também coloca frente a frente três pessoas, cujas respectivas posições não de ser harmonizadas.³³

³³ Cfr. já em *Efficacia ed autorità*, ed. 1962, p. 124.

da sentença); dela se afasta logo após, para aderir à definição de FALZEA da coisa julgada como efeito preclusivo: mas essa definição abrange apenas um aspecto da coisa julgada, justamente o preclusivo, desconhecendo ao contrário a eficácia declaratória e, portanto, a *fortiori*, a denominada eficácia reflexa da coisa julgada, que BUSNELLI quer, ao contrário, impor aos co-devedores e aos co-credores que não participaram do juízo (e da eficácia reflexa tiveram de se afastar exatamente seus principais autores, CARNELUTTI e ALLORIO); acolhe o conceito espúrio de "parte em sentido substancial", aplicando-o aos co-devedores e co-credores solidários, que considera *partes*, para sujeitá-los à coisa julgada, mas depois terceiros, para legitimá-los à oposição de terceiro (cfr. Vocino, op. cit., p. 2.005).

Também a coisa julgada, como qualquer outro instituto do direito, tem a sua lógica, que é preciso respeitar.

A hipótese deu margem aos mais interessantes desdobramentos na jurisprudência e na doutrina francesas. A esse propósito, é oportuno lembrar que, nos últimos decênios, o tema da coisa julgada foi amplamente reexaminado em França, particularmente pelo que respeita à situação dos terceiros; e não sei se esse novo interesse teria sido provocado pelo meu ensaio de 1935. O que é certo é que se buscaram vários caminhos para estender aos terceiros (a determinados terceiros) os efeitos da sentença; mas como, ao mesmo tempo, foi realçada a limitação da autoridade da coisa julgada só às partes (art. 1.351 do cód. civ.), quis-se assegurar aos terceiros atingidos pela eficácia da sentença a legitimação para a oposição de terceiro (que na França é admitida não só como recurso autônomo, mas também como contestação incidental à sentença alheia, quando oposta ao terceiro no curso de um processo.³⁴ Para atingir tais objetivos, elaboraram-se os conceitos de uma "*efficacité objective*" e de uma "*opposabilité*" da sentença com relação aos terceiros, como sendo distintas da coisa julgada, de que os terceiros podem defender-se mediante a oposição de terceiros.³⁵

Esse amplo movimento de idéias deu seus frutos: a *Cour de Cassation*, por intermédio de duas sentenças proferidas a 12 de junho de 1968,³⁶ aplicou os resultados a que chegara a doutrina ao caso do seguro por responsabilidade civil, recebendo o aplauso de P. HÉBRAUD.³⁷ O autorizado comentador observa que se deve reconhecer "*une efficacité objective de la décision judi-*

³⁴ Ver, agora, expressamente os arts. 586 e 588 do novo cód. proc. civ.

³⁵ D. TOMASIN, na sua monografia *Essai sur l'autorit  de la chose jugée*, cit., *supra* nota 2 (p. 49 e segs.), expõe o desenvolvimento, na doutrina francesa, da busca de uma distin o entre eficácia (*opposabilité*) da sentença e autoridade da coisa julgada, lembrando especialmente os trabalhos de L. BOYER, *Les effets des jugements   l'égard des tiers* in *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 163 e segs.; de H. ROLAND, *Chose Jugée et tierce opposition*, Paris, 1958, e de outros, e dando enfim a sua própria contribui o. V., no mesmo sentido, J. VINCENT, *Précis de procédure civile*, 19.^a ed., Paris, 1978, n. 642, p. 836.

³⁶ *Sem. Jur.*, 1968, ps. 15 e 584; DALLOZ, 1969, p. 249; no mesmo sentido a sentença 10 outubro 1972, *J.c.p.*, 1973, II, p. 17.542.

³⁷ *Rev. trim. dr. civ.*, 1969, p. 165. Conforme TOMASIN, op. cit., p. 203.

ciaire, distinguée de l'autorité de la chose jugée dont elle peut être revêtue". É nessa base que a *Cour de Cassation* "consacre l'opposabilité à l'assureur de la condamnation prononcée contre son assuré responsable".

Por sua vez, R. PERROT, partindo do meu ensaio e recolhendo as fileiras do movimento de idéias que acabei de relatar, escreve: "Si l'on prend soin de ne pas confondre autorité et opposabilité du jugement, on peut dire que tous les jugements ont une opposabilité absolue, la seule différence entre les parties et les tiers étant que les parties ne sont plus admises à contester ce qui a été jugé à leur égard, tandis que les tiers peuvent échapper aux effets du jugement qu'on leur oppose en formant une tierce opposition."³⁸ PERROT continua citando jurisprudência análoga da *Cour de Cassation* em diversos outros casos, lembrando ainda leis recentes que previram a eficácia perante os terceiros das sentenças em matéria de estado, nacionalidade e filiação, ressalvada a oposição de terceiros.

Conquanto a terminologia seja em parte diversa, não posso deixar de salientar a analogia existente entre essa atitude da doutrina e da jurisprudência francesas e as teses por mim sustentadas durante tantos anos e ora realçadas e defendidas no presente ensaio.

Mas, como lhes é peculiar, os juízes e os juristas franceses estão, geralmente, mais interessados em encontrar uma solução prática razoável e satisfatória e menos preocupados com a coerente e rigorosa sistematização de conceitos.

10. Procurei, nessas páginas, reafirmar — contra observações críticas recentes — o valor autônomo da sentença de primeiro e depois de segundo grau, ainda que sujeitas a recurso, no enfoque de um processo prolongado em sucessivos graus de jurisdição; a eficácia da sentença de mérito em seus vários

³⁸ R. PERROT, *Encyclopedie Dalloz de procédure civile*, 2.^a ed., Paris, 1978, n. 140. V., também, R. PERROT, *Les aspects nouveaux de la tierce opposition en droit judiciaire français*; em *Studi in onore di A. Segni*, Milão, 1967, vol. III, p. 673.

aspectos, declaratório, constitutivo e executivo, antes e independentemente de seu trânsito em julgado, e, portanto, a distinção, entre essa eficácia e a autoridade da coisa julgada; a extensão da eficácia da sentença além dos limites dessa autoridade e conseqüentemente até os terceiros; e, finalmente, a legitimação dos terceiros para demonstrar a injustiça da sentença e portanto para afastar a oponibilidade da própria sentença no que lhes diz respeito.

Esses vários nós do discurso colocam-se em uma escala de dificuldade crescente, encontrando, correlativamente, uma resistência crescente. Mas depois ocorre, inesperadamente, reencontrar, ao final do discurso, vozes que, percorrendo caminhos diferentes, chegam a resultados não muito diversos: fala-se, de fato, de uma eficácia de prova da sentença contra os terceiros, ou de uma presunção *iuris tantum*, ambas abertas à contestação.³⁹ Ainda que convencido de que a apreciação de um pai para com sua criatura não merece muita credibilidade, ousa crer e afirmar que o caminho por mim percorrido é melhor do que os que acabo de lembrar. Desde o longínquo 1935 observei que não se compreende como "uma sentença possa produzir para os terceiros efeitos de natureza diversa dos produzidos para as partes" e que, se esses efeitos são qualificados como prova, estariam limitados à declaração dos fatos, que é apenas um dos elementos para a formação do juízo, juízo esse que versa sempre sobre o direito deduzido pelas partes.⁴⁰

Por outro lado, por que razão somente as provas dos fatos teriam valor para os terceiros, e não também as razões de direito que, aplicadas aos mesmos fatos, levaram à declaração de

³⁹ Goza de certa difusão a opinião que a sentença tenha uma eficácia de prova para com os terceiros, susceptível de prova contrária (menciona-a também ATTARDI, v. *supra*, nota 26). Remonta ela a certos autores do direito comum e foi recentemente sustentada em França por alguns autores (v. *supra*, notas 35 e 37).

Outras indicações no meu ensaio *Eficácia e Autoridade*, neste volume, ps. 143/144.

⁴⁰ *Eficácia e Autoridade*, p. 144. No mesmo sentido E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milão, 1935, p. 313, e P. CALAMANDREI,

direito e depois, conforme o caso, a uma condenação ou a um efeito constitutivo?

Se as correntes de opinião que acabamos de verificar podem valer como expressão da necessidade, bastante sentida, de utilizar uma sentença por sua possibilidade de servir ao juiz e às partes, na medida em que dela se possam extrair elementos de juízo que tornem supérflua nova decisão sobre os fatos e as relações jurídicas já anteriormente avaliadas e julgadas, sem, todavia, suprimir o direito de defesa de quem não participou do processo precedente, volto então a repetir que, a meu ver, muito melhor se alcança esse objetivo seguindo o caminho por mim traçado há 45 anos, e aqui novamente reafirmado e defendido, baseado como é na reconstrução orgânica das relações entre a sentença, a sua eficácia e a autoridade da coisa julgada.

NOTAS

SENTENÇA E COISA JULGADA: RECENTES POLÊMICAS

(Ada Pellegrini Grinover)

1 — É esse o mais recente estudo de LIEBMAN sobre a sentença e a coisa julgada e nele se enfoca a definitiva sistematização de seu pensamento, a demonstrar que as idéias fundamentais permaneceram inalteradas, resistindo a quarenta e cinco anos de elaboração doutrinária e legislativa. Confrontaremos, aqui, a última elaboração do Mestre com o direito brasileiro.

2 — Partindo da distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, reafirma LIEBMAN a natureza de ato jurisdicional da sentença ainda não passada em julgado, donde deriva, como atributo necessário, a sua eficácia jurídica.

A doutrina processual brasileira prefere considerar a sentença sujeita a recurso como ato submetido a condição suspensiva, chegando alguns a afirmar que a sentença sujeita a recurso, embora válida, só tem eficácia por exceção, nos casos em que a lei lhe permita surtir efeitos desde logo. E, para tanto, se argumenta com o art. 512 do CPC: "O julgamento proferido pelos tribunais substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso."¹

Outros, contudo, acompanham a linha de LIEBMAN, reconhecendo que a suspensão não apaga nem elimina a eficácia, impedindo apenas que esta opere enquanto a causa da suspensão perdura. Confirma essa colocação o art. 463 do CPC: "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício ju-

La sentenza civile come mezzo di prova, nesta *Riv.*, 1938, I, p. 108, e in *Studi sul processo civile*, vol. V, Pádua, 1947, p. 147, especialmente p. 152.

¹ BARBOSA MOREIRA, *Comentários*, cit., ns. 137 a 233.

risdicional." Da natureza inquestionavelmente jurisdicional da sentença, frente ao direito positivo, exsurge, como atributo necessário, sua eficácia jurídica.² E a hipoteca judiciária é prova disto.³

3 — Analisando detidamente a sentença condenatória e seus efeitos, LIEBMAN alude justamente aos efeitos secundários da hipoteca judicial e da dilatação do prazo prescricional (art. 2.953, cc italiano).⁴ E passa a examinar a sua eficácia executiva, analisando o art. 337, *caput*, cpc, por força do qual a referida eficácia fica suspensa pela apelação, desde que não haja execução provisória; sendo certo que os demais recursos não têm efeito suspensivo, salvo se o juiz disponha diversamente, em caso de dano grave e irreparável (arts. 373, 401 e 407 do cpc, que tratam da suspensividade *ope iudicis*).

Não se afasta da exposição do Mestre o direito brasileiro, ressaltada a diferença de que o sistema pátrio não confere ao juiz poder discricionário quanto à suspensividade dos efeitos de sentença, mesmo em caso de dano irreparável — infelizmente, aliás, pois é essa a principal razão da proliferação de mandados de segurança contra atos jurisdicionais. Assim, entre nós a eficácia da sentença fica suspensa pelo recurso recebido com efeito suspensivo, até o julgamento deste; e é imediata, através da execução provisória, quando o recurso só tem efeito devolutivo (art. 587 do CPC). Tudo a corroborar que a eficácia executiva da sentença existe mesmo antes de seu trânsito em julgado, até porque não se pode suspender o que não existe.

4 — Analisando o efeito declaratório da sentença — quer se apresente ele isolado, quer se faça acompanhar do efeito constitutivo ou executivo — LIEBMAN examina duas novas disposições

² Ver, *retro*, Notas ao § 7.º da Eficácia e autoridade.

³ Ver, *retro*, Notas ao § 4.º.

⁴ Art. 2.953, cc italiano: "Os direitos sujeitos pela lei à prescrição inferior a dez anos, quando sobrevier sentença condenatória passada em julgado, prescrevem em dez anos." O direito brasileiro desconhece disposição análoga.

do estatuto processual italiano, posteriores a seus primeiros escritos: os arts. 295 e 337, cpc.⁵ Trata-se da suspensão do processo por força do nexo de prejudicialidade entre questões, objeto de processos diversos (prejudicialidade externa).

Supondo que nos dois processos as partes sejam as mesmas, LIEBMAN, à luz do sistema italiano, configura três possíveis hipóteses: a) a controvérsia prejudicial encontra-se *sub iudice*, ainda não decidida. Nesse caso, há de se suspender o segundo processo, aguardando a decisão prejudicial (art. 295 do cpc); b) a controvérsia prejudicial já foi decidida, mas a sentença foi impugnada: o juiz *pode* conformar-se à sentença, ou suspender o processo, aguardando o julgamento do recurso (art. 337, I, cpc); c) a controvérsia prejudicial foi decidida por sentença passada em julgado: a declaração é plenamente vinculante e o juiz deve ater-se à coisa julgada, que vai influir na decisão da questão logicamente dependente.

No Brasil, a suspensão prejudicial do processo está regulada nos arts. 265, IV, a) e c). Temos sustentado que, em ambas as hipóteses, se trata de prejudicial externa, pois do contrário não haveria como suspender-se o processo.⁶ Seja como for, o sistema brasileiro só se preocupou com a questão prejudicial ainda não decidida, determinando, nesse caso, a suspensão do processo. Desconhece o estatuto processual brasileiro dispositivo como o

⁵ Os dispositivos foram introduzidos, respectivamente, pelos arts. 28 e 34 da Lei n. 581, de 14 de julho de 1950, e cuidam da suspensão, necessária e facultativa, do processo, assim: "Art. 295: O juiz determina que o processo seja suspenso no caso previsto pelo art. 3.º do código de processo penal e sempre que ele ou outro juiz deva resolver controvérsia civil ou administrativa, de cuja definição dependa a decisão da causa." "Art. 337, inciso I: Quando a autoridade de uma sentença é invocada em processo diverso, este pode ficar suspenso, sempre que for interposto recurso da sentença."

⁶ Ver, de nossa autoria, *Direito Processual Civil* cit., p. 63. No mesmo sentido, FREDERICO MARQUES, *Manual* cit., vol. III, n. 580. Contra: MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao CPC*, Forense, Rio de Janeiro, 1976, vol. II, n. 487; BARBI, *Comentários* cit., I, n. 81, nota 215, admitindo porém que, nessa segunda interpretação, a disposição da alínea c) colide com o sistema da declaratória incidental.

art. 337, I, cpc italiano. E, findo o prazo máximo de suspensão, que, no caso, é de um ano (art. 265, § 5.º do CPC), o juiz mandará prosseguir o processo e proferirá o julgamento da causa condicionada, sem esperar pela solução da causa condicionante.⁷

Assim, na Itália um dispositivo legal demonstra plenamente a eficácia reconhecida à declaração contida na sentença, ainda antes do seu trânsito em julgado; e, ao mesmo tempo, comprova que tal eficácia não se confunde com a autoridade da coisa julgada, porque o juiz *pode* conformar-se à decisão submetida a recurso, como também *pode* suspender o processo, para aguardar a coisa julgada que será, então, plenamente vinculante. No Brasil, não temos disposição semelhante. Mas, como ressalta LIEBMAN, mesmo antes da redação do art. 337, I, a posição por ele adotada era idêntica. É o que ocorre entre nós.

5 — Mostra LIEBMAN, a seguir, que os arts. 242 e 258 do Projeto de reforma a que alude no n. 5 correspondem, o primeiro, ao atual inciso I do art. 337, cpc e, o segundo, ao art. 2.909, cc italiano, com a diferença de que não só a declaração contida na sentença, mas sim todo seu conteúdo é considerado vinculante. A esse propósito, remetemos o leitor às considerações já tecidas nas notas ao § 2.º da *Eficácia e Autoridade da Sentença* (n. 1). Quanto à novidade substancial do projeto, prevendo expressamente no art. 258, inciso III, que a coisa julgada se impõe aos terceiros apenas nos casos previstos em lei, a orientação já é acolhida no Brasil em via legislativa, consoante disposto no art. 472 do CPC: ver, *retro*, Notas ao § 5.º.

6 — Importante novidade, no pensamento Liebmaniano, transparece da análise que o Mestre faz do art. 337, inciso I, cpc italiano, acima enfocado quando a causa prejudicial e a causa dependente corressem entre as mesmas partes, ou seus sucessores (*supra*, n. 4), e agora analisado quando se trate de terceiros. Em outras palavras, pergunta o Mestre como deve proceder o juiz, perante quem seja invocada sentença proferida em

⁷ MONIZ DE ARAGÃO, *op. cit.*, n. 488.

outro processo, na hipótese de a parte potencialmente prejudicada pela sentença ser um terceiro. E responde que, nesse caso, o juiz tanto pode ater-se à sentença prejudicial, como ainda suspender o processo; mas também pode adotar uma terceira posição: simplesmente ignorar aquela sentença.

A falta de um dispositivo análogo entre nós, esta terceira solução é a que decorre diretamente do art. 472, CPC, porquanto a suspensão prejudicial do art. 265, IV (incisos a) e c)) só pode dizer respeito a causas que corram entre as mesmas partes.⁸

7 — Chegamos à recente e importante sistematização do pensamento de LIEBMAN quanto à eficácia da sentença com relação aos terceiros juridicamente prejudicados: estes podem insurgir-se contra a injustiça da sentença, quer se trate de erro de direito, quer se trate de erro de fato. Num e noutro caso, não se aplica ao terceiro a sentença prolatada sobre a relação prejudicial. Mas — eis a observação mais relevante — deve tratar-se de *error in judicando*. A sentença viciada como ato processual, mas substancialmente justa, fica convalidada pela coisa julgada. O terceiro só pode ser prejudicado pelo conteúdo decisório da sentença, pelo que somente os vícios deste decisório teriam relevância.

Nesse ponto, parte da doutrina brasileira sustentou que, mesmo em matéria de rescisória, só o erro *in judicando* podia autorizar o exercício daquela ação, quando fundada em violação literal de disposição de lei (art. 485, V, CPC).⁹ Mas a jurisprudência, seguindo a orientação extensiva, abriu caminho para o entendimento oposto.¹⁰ A observação é feita, porquanto o es-

⁸ *Supra*, n. 4.

⁹ BUENO VIDIGAL, *Comentários cit.*, p. 100 e segs.; para o direito anterior, LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1959, vol. III, p. 453. Ver também, de nossa autoria, *Direito Processual Civil cit.*, p. 165 e segs.

¹⁰ Ver, por todos, BARBOSA MOREIRA, *Comentários cit.* n. 79. No direito anterior, PONTES DE MIRANDA, *Tratado da ação rescisória*, Rio de Janeiro, 4.ª ed., 1964, p. 190 e segs.

tatuto processual vigente legitima expressamente o terceiro juridicamente prejudicado à ação rescisória.¹¹

Mas afora a rescisória, sujeita a limites temporais e exercível em hipóteses taxativas, o terceiro ainda pode insurgir-se contra a sentença transitada em julgado por outras formas: em defesa ou réplica à exceção de coisa julgada e em ação própria.¹² Nesses casos, não há indicações seguras da doutrina brasileira quanto ao tipo de erro da sentença (*só in iudicando*, ou também *in procedendo*) que autorizaria o seu ataque pelo terceiro, imune à coisa julgada. Do mesmo modo, a doutrina não se debruçou sobre o problema do ônus, da impugnação e da prova, que para LIEBMAN é do terceiro. Tudo depende, é claro, do grau de eficácia que se der à sentença, ou do grau de imperatividade de que ela se reveste, como ato estatal.¹³ Eis um campo fértil em que a ciência processual brasileira pode dar bons frutos.

8 — Passando às aplicações práticas de sua doutrina, LIEBMAN estuda, no quadro das obrigações solidárias, o art. 1.306 do cc italiano,¹⁴ interpretando-o assim: o devedor condenado poderá acionar os co-devedores em via de regresso, utilizando a sentença; mas estes poderão opor não apenas as eventuais exceções pessoais, como também as razões de fato e de direito que poderiam ter levado à improcedência da ação do credor.

Sobre o direito brasileiro, nesse passo, já escrevemos nas Notas ao § 8.º da *Eficácia e Autoridade* (n. 2), às quais remetemos o leitor.

¹¹ Ver Notas ao § 5.º da *Eficácia e Autoridade da Sentença*, n. 6.

¹² Ver, *retro*, Notas ao § 7.º da *Eficácia e Autoridade*, n. 4.

¹³ Ver, *retro*, Notas ao § 7.º, ns. 1 e 2.

¹⁴ Art. 1.306 do cc: "A sentença proferida entre o credor e um dos devedores solidários, ou entre o devedor e um dos credores solidários, não produz efeito contra os demais devedores ou contra os demais credores. Os outros devedores podem opô-la ao credor, salvo quando fundada em razões pessoais do co-devedor; os outros credores podem fazê-la valer contra o devedor, ressalvadas as exceções pessoais que este pode opor a cada qual deles."

9 — Como última aplicação concreta da teoria, o Mestre analisa o seguro por responsabilidade civil, mostrando a evolução da doutrina e da jurisprudência francesas, no sentido da tese por ele sustentada: que é a mesma seguida no Brasil, como já se viu nas Notas ao § 8.º da *Eficácia e Autoridade* (n. 3).

ÍNDICE DA MATÉRIA

| | |
|---|----|
| <i>Prefácio do autor à segunda edição brasileira</i> | V |
| <i>Prefácio do autor à primeira edição brasileira</i> | IX |

INTRODUÇÃO

| | |
|---|---|
| § 1.º <i>Apresentação do tema</i> | 1 |
| Notas ao § 1.º | 7 |

PRIMEIRA PARTE

A AUTORIDADE DA COISA JULGADA

| | |
|--|----|
| § 2.º <i>A coisa julgada e a variedade de conteúdo das sentenças</i> | |
| 1. Coisa julgada e função declarativa | 15 |
| 2. Análise dos efeitos das sentenças | 16 |
| 3. Crítica da limitação da coisa julgada à declaração | 18 |
| 4. Aplicações práticas | 20 |
| 5. A coisa julgada nas sentenças dispositivas | 23 |
| 6. Caráter jurisdicional das sentenças constitutivas e dispositivas | 26 |
| 7. Considerações finais | 29 |
| Notas ao § 2.º | 31 |
| § 3.º <i>A autoridade da coisa julgada como qualidade da sentença e dos seus efeitos</i> | |
| 8. Eficácia da sentença e coisa julgada | 37 |
| 9. A coisa julgada não é um efeito da sentença. Resenha da doutrina. Teoria "processualística" | 40 |

| | |
|--|----|
| 10. Teoria "materialística" | 42 |
| 11. Teoria "normativa" | 44 |
| 12. Doutrina italiana | 46 |
| 13. HUGO ROCCO | 47 |
| 14. CARNELUTTI | 48 |
| 15. Definição da coisa julgada | 50 |
| 16. Limites objetivos e subjetivos | 55 |
| 17. Exceção de coisa julgada e <i>actio iudicati</i> | 57 |
| 18. Função negativa da coisa julgada | 58 |
| 19. Coisa julgada formal e substancial | 60 |
| 20. Coisa julgada e processo de execução | 61 |
| Notas ao § 3.º | 64 |

§ 4.º *Os efeitos secundários das sentenças*

| | |
|---|----|
| 21. Coisa julgada e efeitos secundários | 71 |
| 22. Vontade do juiz e efeitos da sentença | 73 |
| 23. Noção dos efeitos secundários | 75 |
| Notas ao § 4.º | 77 |

§ 5.º *Limites subjetivos da coisa julgada*

| | |
|--|-----|
| 24. Extensão subjetiva da sentença | 79 |
| 25. Partes e terceiros em face da coisa julgada | 80 |
| 26. Teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada | 82 |
| 27. Observações preliminares | 84 |
| 28. SEGNI | 87 |
| 29. BETTI | 90 |
| 30. Continuação: exame da teoria de BETTI | 93 |
| 31. CARNELUTTI <i>contra</i> BETTI | 102 |
| 32. Exame da teoria de CARNELUTTI | 106 |
| Notas ao § 5.º | 113 |

SEGUNDA PARTE

A EFICÁCIA NATURAL DA SENTENÇA COMO
ATO DO ESTADO

§ 6.º *Extensão subjetiva dos efeitos da sentença*

| | |
|--------------------------------------|-----|
| 33. Posição do problema | 121 |
| 34. Eficácia geral da sentença | 123 |

| | |
|--|-----|
| 35. Confirmação da tese precedente | 127 |
| Notas ao § 6.º | 130 |

§ 7.º *Fundamento e limites da eficácia natural
da sentença*

| | |
|---|-----|
| 36. Premissas | 132 |
| 37. Teoria da coisa julgada dos atos administrativos. Crítica | 134 |
| 38. A sentença como ato do Estado. Conseqüências para a sua eficácia | 138 |
| 39. A injustiça como causa da ineficácia da sentença | 141 |
| 40. Quais os terceiros que a podem fazer valer | 145 |
| 41. Relações com a oposição do terceiro | 149 |
| 42. Conclusão | 150 |
| Notas ao § 7.º | 152 |

§ 8.º *Aplicações*

| | |
|---|-----|
| 43. Objeto do presente parágrafo | 157 |
| 44. Nulidade, revogação, rescisão do negócio jurídico | 158 |
| 45. Ação de regresso | 160 |
| 46. Ação de indenização: seguro | 161 |
| 47. Obrigações solidárias | 162 |
| 48. Fiança | 162 |
| Notas ao § 8.º | 164 |

OUTROS ENSAIOS SOBRE A COISA JULGADA CONSTANTES
DA PRIMEIRA EDIÇÃO BRASILEIRA

| | |
|---|-----|
| <i>Ainda sobre a sentença e sobre a coisa julgada</i> | 170 |
| Notas | 193 |
| <i>A coisa julgada nas questões de Estado</i> | 194 |
| <i>Limites à coisa julgada nas questões de Estado</i> | 204 |
| Notas | 214 |
| <i>Ações concorrentes</i> | 217 |
| <i>Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato</i> | 220 |
| Notas | 238 |

OUTROS ENSAIOS SOBRE A COISA JULGADA POSTERIORES
A PRIMEIRA EDIÇÃO BRASILEIRA

| | |
|---|-----|
| <i>Préfacio à reimpressão italiana de 1962</i> | 246 |
| <i>Notas</i> | 254 |
| <i>A eficácia da sentença penal no processo civil</i> | 256 |
| <i>Notas</i> | 271 |
| <i>Efeitos da sentença e coisa julgada</i> | 279 |
| <i>Notas</i> | 291 |
| <i>Sentença e coisa julgada: recentes polêmicas</i> | 292 |
| <i>Notas</i> | 321 |