IGOR BIMKOWSKI ROSSONI

COISA JULGADA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Ricardo de Barros Leonel

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP)

SÃO PAULO

2013

IGOR BIMKOWSKI ROSSONI

Matrícula nº 7123751

COISA JULGADA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

**Dissertação de mestrado apresentada
como requisito para a obtenção do título
de Mestre em Direito, na área de
concentração Direito Processual, sob a
orientação do Professor Associado
Ricardo de Barros Leonel.**

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (FDUSP)

DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL (DPC)

SÃO PAULO

2013

BANCA EXAMINADORA:

Orientador:

Professor Dr. Ricardo de Barros Leonel

Professor Arguidor:_____

Professor Arguidor:_____

AGRADECIMENTOS

A fim de ser justo nos agradecimentos, o mais correto seria que, paralelamente ao desenvolvimento do estudo, já se esboçasse uma lista de pessoas que contribuíram para o mesmo, pois, ao final de um longo trabalho, a memória nos prega uma “peça”, aumentando a importância dos mais próximos no tempo em detrimento dos mais distantes. Presente essa dificuldade, espero, de uma forma geral, poder agradecer a todos que colaboraram com o presente trabalho, desde o começo até o fim da obra.

Gostaria, assim, de iniciar os agradecimentos por meus professores da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial aos Professores Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero por terem-me incentivado no estudo do direito processual. Sem isso, possivelmente, hoje, não estaria redigindo este reconhecimento de gratidão a todos. Agradeço, ainda, ao Prof. Luis Fernando Barzotto, haja vista que o presente trabalho é, no fundo, resultado de um debate que tivemos nas aulas de Filosofia de Direito.

Ainda, merecem menção os funcionários da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, em incontáveis vezes, atenderam-me e se dispuseram para auxiliar na busca por artigos de revistas velhas e esquecidas. Nesse sentido, grande parte da bibliografia é devida ao seu trabalho e não tenho como deixar de agradecer.

Agradeço igualmente meus amigos que entenderam meu distanciamento durante o período do trabalho. Merecem destaque também todos os meus colegas de escritório, antigo ou novo, os quais souberam compreender as decisões que tomei e me apoiaram ao suportar as consequências de tais escolhas.

Na Universidade de São Paulo, igualmente agradeço os professores do departamento do Direito Processual, pelo conhecimento adquirido. Aqui, deixo um especial “obrigado” aos Professores Heitor Sicca e José Rogério Cruz e Tucci, membros da minha banca de qualificação, os quais trouxeram enriquecedores pontos de vista e auxiliaram na correção de rumo do trabalho em alguns pontos. Não poderia deixar de destacar meu especial agradecimento ao meu professor orientador Ricardo de Barros

Leonel, por toda a confiança depositada, pela abertura ao debate acadêmico e pela liberdade de desenvolvimento do trabalho.

Por fim, há as pessoas que estiveram ao meu lado durante todo esse tempo, as mais fáceis de lembrar, mas, ao mesmo tempo, as mais difíceis de agradecer.

Agradeço, assim, a família que me escolheu, ao meu pai, José Luiz, e minha mãe, Maria Zélia, e meus irmãos por tudo: apoio, carinho, afeto e sacrifícios que fizeram a fim de possibilitar meus estudos. Agradeço, ainda, à Taís (Titi), família que eu escolhi, por seus sacrifícios, por sempre estar ao meu lado, mesmo à distância, e pelo amor, sem os quais este trabalho possivelmente não chegaria ao fim. A esses, do fundo do meu coração: muito obrigado.

“Imperocchè in ogni istituto si distingue il bisogno pratico a cui soddisfa, che è la parte reale dell’istituto, dalla sua struttura giuridica, dal suo coordinamento col diritto esistente, ed è la forma giuridica di esso: in molti istituti la struttura giuridica è semplice, ma difficile è il ricercare la parte reale; cioè i fatti economici e pratici che loro stanno a base; in altri istituti il bisogno reale è evidente e non complesso, ma complesso è il numero delle norme e delle teorie giuridiche, animate tutte da questo bisogno”.

Cogliolo, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*. Torino: Fratelli Bocca, 1883. p. 2.

RESUMO

ROSSONI, Igor Bimkowski. *Coisa julgada e controle de constitucionalidade*. 2013. f. 216
Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

As constantes alterações sociais acabam implicando alterações nos valores dominantes de um ordenamento jurídico e mesmo na mudança de função e significado de muitos institutos. Dentre os institutos que mais verificaram alteração de conteúdo, está a coisa julgada. Nessa linha, após a segunda grande guerra, verificaram-se profundas alterações sociais, jurídicas e culturais, de forma que novas demandas passaram a ser analisadas pelo Poder Judiciário. Em decorrência disso, ganhou especial destaque o controle de constitucionalidade das leis, capítulo adicional à história da limitação dos poderes, e o processo constitucional. Dessa forma, institutos tradicionais do direito processual com determinada função e estrutura, como a coisa julgada, necessitam ter sua compatibilidade analisada com outros novos, criados a partir das novas necessidades da sociedade. Assim, no presente trabalho, em um primeiro momento, buscou-se estabelecer a função e a estrutura da coisa julgada, levantando-se contradições existentes na doutrina. No segundo capítulo, aplicaram-se as premissas estabelecidas na primeira parte, ao controle de constitucionalidade por exceção e por meio de ação, sempre a partir de uma visão funcionalista dos mesmos. Enquanto no controle de constitucionalidade por via de exceção não se encontrou qualquer dificuldade de harmonia com a coisa julgada, pois a questão constitucional não é o tema central da análise do juiz, o mesmo não ocorreu com o controle por via de ação. Nessa modalidade de controle, dadas as suas características e funções, conclui-se pela inexistência da coisa julgada, sob pena de se colocar em risco o desenvolvimento constitucional da ordem brasileira, pois a certeza jurídica estabelecida pela coisa julgada torna muito difícil, senão impossível, a alteração de entendimento sobre determinada questão constitucional.

Palavras-chave: Coisa julgada. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

ROSSONI, Igor Bimkowski. *Res iudicata and judicial review of legislation*. 2013. f. 216.
Thesis (Master) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

The continual social changes introduce changes into the chief values of a legal system and even modify the meaning and function of many institutes. Among the legal institutes that has suffered the most from such modifications is *res iudicata*. After the Second World War, deep social, legal and cultural changes were observed, so that new claims were examined by the courts. In consequence judicial review of legislation, an additional chapter to the history of the limitation of the powers, and the constitutional process have obtained great attention. Therefore, traditional institutes of procedural law with a particular function and structure, such as *res judicata*, must have their compatibility with other, new institutes, created by the new needs of society, analysed. Thus in this paper we first tried to determine the function and structure of *res judicata*, raising contradictions found in the work of legal scholars. In the second chapter, we applied the principles laid in the first part to the issue of judicial review by exception and by action from a functionalist perspective. While we did face any difficulty to harmonise *res judicata* with judicial review by exception, since in this case the constitutional issue is not the primary subject analysis by the court, the same did not occur with control by action. When it comes to this class of control, given its features and functions, we concluded that there was no place for *res judicata*, under penalty of endangering the constitutional Brazilian order development, because legal certainty established by *res judicata* makes it very difficult, if not impossible, to change the understanding of certain constitutional issue.

Keywords: *Res iudicata*. Judicial review of legislation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. IMPORTÂNCIA DO TEMA E DELIMITAÇÃO DO OBJETO	12
2. PLANO DE DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO	19
3. DIFICULDADES PARA ENFRENTAR O TEMA	20
4. ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS	21

I. COISA JULGADA 24

1. INTRODUÇÃO 24

2. FUNÇÃO DA COISA JULGADA. CERTEZA JURÍDICA 25

2.1. Processo, certeza e verdade 25

3. ASPECTO HISTÓRICO 34

3.1. Evolução da concepção de coisa julgada no direito brasileiro 34

3.2. A concepção da coisa julgada anteriormente ao Código de Processo Civil de 1973 36

4. ASPECTO DOGMÁTICO 40

4.1. Natureza da coisa julgada 40

4.1.1. Teoria de Carnelutti sobre a coisa julgada 41

4.1.2. Teoria de Liebman sobre a coisa julgada 46

4.1.3. Proximidade das doutrinas 48

5. ASPECTO LEGISLATIVO 50

5.1. Coisa julgada e limites do direito positivo 50

5.2. A regulamentação da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973 e legislação esparsa vigente 52

5.3. O que é a coisa julgada? 54

5.3.1. Conceito provisório de coisa julgada 54

5.4. As decisões acobertadas pela coisa julgada 55

5.5. Critérios para identificação da coisa julgada	58
5.5.1. Tríplice identidade (tria aedem)	60
5.5.1.1. <i>Partes</i>	62
5.5.1.2. <i>Causa de Pedir</i>	64
5.5.1.3. <i>Pedido</i>	69
5.5.2. Objeto do processo	71
5.6. Limites subjetivos da sentença e da coisa julgada (para quem?)	80
5.7. Limites objetivos da coisa julgada (sobre o quê?)	90
5.7.1. Eficácia preclusiva da coisa julgada	98
5.8. Coisa julgada formal e coisa julgada material	105
5.9. Conceito de coisa julgada no Código de Processo Civil	112
6. CONCLUSÕES	123
 II. COISA JULGADA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	125
1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO	125
2. GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO POR MEIO DO CONTROLE JUDICIAL – PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE SUA JURISPRUDÊNCIA: ESTABILIDADE E CONTINUIDADE DINÂMICAS	128
3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE EXCEÇÃO E COISA JULGADA	133
3.1. Objeto do processo no controle de constitucionalidade por via de exceção e a questão constitucional	136
3.2. Identificação da coisa julgada (tria eaden) no controle de constitucionalidade por via de exceção	137
3.3. Limites objetivos da coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de exceção	139
3.4. Eficácia preclusiva da coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de exceção	142
3.5. Limites subjetivos da coisa julgada no controle por via de exceção	148
3.6. Efeito negativo e positivo da coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de exceção	152
3.7. Impugnação à coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de exceção	155
4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO	157
4.1. Objeto do processo no controle de constitucionalidade por meio de	162

ação	
4.2. Identificação da ação (tria eaden) no controle de constitucionalidade por via de ação	168
4.3. Limites objetivos no controle de constitucionalidade por via de ação	173
4.4. Eficácia preclusiva no controle por via de ação	177
4.5. Limites subjetivos no controle por via de ação	180
4.6. Coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de ação	183
4.7. Eficácia positiva e negativa no controle de constitucionalidade por via de ação	188
4.8. Superação do precedente no controle de constitucionalidade por via de ação	191
5. CONCLUSÕES	194
III. CONCLUSÃO	196
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	200

INTRODUÇÃO

1. IMPORTÂNCIA DO TEMA E DELIMITAÇÃO DO OBJETO

É do conhecimento de todos que inúmeros institutos jurídicos da tradição ocidental possuem centenas ou até milhares de anos. Contudo, isso não significa que, embora conservem o mesmo nome, no fundo, não apresentem sentido completamente diverso ou até inconciliável com o originário¹.

A coisa julgada, um dos pilares do sistema processual, não ficou imune às alterações histórico-culturais por que passou a sociedade, vivenciando inúmeras variações de seu conteúdo². Exemplo dessa alteração de significado pode ser encontrada no próprio direito romano, sistema em que ela surgiu; ao longo da evolução do sistema jurídico do direito romano, presenciou-se em relação à *res iudicata*, uma paulatina, mas importante alteração de significado³.

No princípio da civilização quirite, antes mesmo das Leis das XII tábuas, em sua fórmula mais primitiva (*bis ne de aedem re sit actio*), a coisa julgada significou a

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 374. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1971. p. 115.

² Nesse sentido é enfático Chiovenda: “Ma la doutrina della cosa giudicata, come se venne formando nel diritto italiano medievale, non ha di romano se non il nome o poco de più”. CHIOVENDA, Giuseppe. “Sulla cosa giudicata”. In: *Saggi di diritto processuale civile - secondo volume*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 402. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Cada Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. 907. Embora não refira expressamente, com tal passagem, Chiovenda expõe a sua desaprovação à teoria da coisa julgada desenvolvida na idade média, haja vista que para ele, segundo Tarello, “[...] tutto quanto è buono nel processo moderno è romano, e tutto quanto non è buono è degenerazione del processo romano”. TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 143.

³ O direito grego não conheceu instituto similar à coisa julgada da tradição romana; todavia, não se está negando a necessidade de que os litígios na comunidade tivessem um fim. Ocorre que, dados os princípios que regiam esta cultura serem, em muitos pontos, bem diferentes dos romanos, a resolução da disputa dava-se, antes, por meio de uma composição das partes litigantes. Estas, reunidas em público, aceitavam, de comum acordo, a decisão. Os pontos mais significativos para se chegar ao consenso, segundo Gagarin, eram: (i) a opinião pública e (ii) a habilidade retórica dos contraditores que deveriam convencer acerca do acerto na decisão. Sobre o processo antigo grego: GAGARIN, Michael. *Early Greek law*. Los Angeles: University of California Press, 1989. p. 19 e ss.

proibição de novo julgamento de lide já proposta anteriormente⁴. Posteriormente, já no período clássico, passou a significar o acolhimento ou a rejeição da demanda⁵. Ainda nesse período, alguns fragmentos, em situações específicas, como de *status civitatis*, passaram a se referir à coisa julgada como uma presunção de justiça ou de verdade (“*sententia facit ius*” e “*res iudicata pro veritate accipitur*”), o que levou os juristas modernos, interpretando as fontes, a alargar da presunção a todas as sentenças⁶: “*Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis*”.

Destaca-se também o desenvolvimento, séculos mais tarde, dado ao instituto, no direito comum, sob a influência de princípios germânicos. O processo desse povo tinha como umas das principais características ser cindido em diversas questões ou etapas⁷, cada qual necessitando de uma decisão (*Urteil* ou *Sententia*). Dentre essas, a mais importante decisão era a atinente à prova (*Beweisurteil*), que praticamente determinava a sorte do juízo⁸. Com a penetração do elemento germânico no processo comum, deu-se origem a uma confusão – cujas influências são percebidas ainda hoje – transformando-se as *interlocutiones* sobre as questões em *sententiae interlocutoriae*. Não bastasse isso, além de se adotar a nomenclatura *Sententia* e a sua forma, passaram as sentenças interlocutórias a gozar do mesmo regime jurídico das sentenças definitivas, ou seja, eram impugnadas por

⁴ COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo Il diritto romano e Il código civile italiano*. Volume Primo. Torino: Fratelli Boca, 1883. p. 4.

⁵ PUGLIESE, Giovanni. “*Giudicato Civile (storia)*”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1969. p. 747; CHIOVENDA, Giuseppe. *Cose giudicata e preclusione*. Saggi di diritto processuale, reimpressão. Milano: Giuffrè, 1993, vol. III. p. 235; CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol I. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 369: “A *res iudicata* outra coisa não é para os romanos do que a *res in iudicium deducta* depois que foi *iudicata* (*supra*, n.º 32): *res iudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit* (fr. 1 Dig. De re iud. 42, 1). Podemos igualmente asseverar que a coisa julgada não é senão o bem julgado, o bem reconhecido ou desconhecido pelo juiz; e apenas substituímos a alternativa do texto romano (sentença de condenação ou de absolvição) pela alternativa mais abrangente (porque nela se compreendem também as sentenças declaratórias) de sentença de recebimento ou de rejeição”.

⁶ PUGLIESE, *Giudicato Civile (storia)*. p. 748-750; especificamente sobre o significado do brocardo no, ver, por todos, PUGLIESE, Giovanni. “*Res iudicata pro veritate accipitur*”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Padova, anno XXI, n. 1, mar. 1967. passim. No direito francês, dada a influência do Código Civil, a coisa julgada, até pouco tempo, era vista como presunção de verdade; ROLAND, Henri. *Chose jugée et tierce opposition*. Paris: Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1958. p. 152-154.

⁷ Nesse sentido, Chiovenda: “*Lo spezzamento proprio del processo germanico favorì la scissione della lite in tanti termini distinti e rigorosi ciascuno destinato a determinati punti di questione e a determinati atti processuali, in un ordine impreteribile (cosidetto principio di preclusione) e dalla germanica formalità delle deduzioni delle parti derivò il procedimento per positiones*”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Romanismo e Germanismo nel Processo Civile*. Saggi di diritto processuale civile. Vol. Primo. Milano: Giuffrè, 1993. p. 201.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e preclusione». In: *Saggi di diritto processuale civile Volume terzo*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 248; em sentido análogo, CALASSO, Francesco. *Medio evol del diritto. v. I. Le fonti*. Milano: Giuffrè, 1954. p. 134.

meio da *apellatio*⁹ e, caso não houvesse a interposição do recurso, formavam coisa julgada sobre a questão¹⁰. Com isso, abriu-se a possibilidade da existência de diversas *res iudicatas* no mesmo processo, supervalorizando-se o elemento lógico em detrimento do livre convencimento do juiz¹¹.

Contudo, graças à doutrina germânica e o retorno ao estudo do direito romano, fechando-se um ciclo, defendeu Chiovenda, ao proferir sua célebre palestra na Universidade de Bucareste em 1932, o retorno à concepção romana clássica de acolhimento ou rejeição da demanda¹² e o retorno à valorização do elemento político.

A coisa julgada, na realidade, sempre esteve no centro das elaborações da doutrina processual. No período denominado conceptualismo ou processualismos, no qual se buscou independência do direito processual¹³, a *res iudicata* recebeu papel de destaque na construção do sistema processual¹⁴. Chegou-se, inclusive, ao exagero de considerá-la como função última do processo¹⁵.

Hoje, do contrário, percebe-se exatamente o movimento oposto, de declínio de sua importância¹⁶. Isso comprova não só a sua alteração de importância no ordenamento, mas, principalmente, a relatividade axiológica que a própria certeza jurídica possui, reconhecendo a essa um significado historicamente determinado¹⁷. Por esse motivo, refere o saudoso mestre gaúcho, Ovídio A. Baptista da Silva, que “[...] o conceito de coisa

⁹ Sobre a introdução de um sistema recursal na tradição do processo germânico e suas consequências, CALAMANDREI, Piero. La Cassazione Civile Vol I. In: *Opere Giuridiche*. Vol. sesto. Napoli: Morano Editore, 1976. p. 105 e ss.

¹⁰ CALAMANDREI, La Cassazione Civile. p. 239.

¹¹ CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*. p. 256-257.

¹² Nesse sentido é enfático Chiovenda: “Ebbene, signori, io vi dirò ancora una volta: è l’idea romana che lentamente trionfo. I giuristi tedeschi, imbevuti della scuola storica di concetti romani e addestrati a ricostruire, traverso le sovrapposizioni secolari, il pensiero e lo spirito delle istituzioni romane, hanno ristabilito l’idea romana della cosa giudicata, pienamente conforme al nuovo diritto pubblico e processuale della civiltà moderna”. CHIOVENDA, Giuseppe. «L’idea romana nel processo civile». In: *Saggi di diritto processuale civile* - volume terzo. Milano: Giuffrè, 1993. p. 93

¹³ Sobre as fases metodológicas do direito processual, em especial, processual civil; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 17-26; LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006. p. 22-29; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16-39.

¹⁴ TARELLO, *Dottrine del processo civile*: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. p. 186.

¹⁵ Nesse sentido, GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais no processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004. p. 32.

¹⁶ ASSIS, Araken de. «Eficácia da coisa julgada inconstitucional». *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo. n. 4. jul. 2003. p. 13.

¹⁷ CAPONI, Remo, *L’efficacia del giudicato nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 378.

*julgada continua a ser indiscutivelmente um dos temas mais polêmicos e, sem dúvida, um dos principais temas para a ciência do processo civil*¹⁸.

Contudo, a ideia romana da coisa julgada do final do século XIX e início do século XX – como decisão do caso, seja acolhendo, seja rejeitando a demanda – continua a ser válida em nossos dias? Se sim, em que sentido, e de que forma? Para todos os tipos de processos? Essas são as questões que se pretende responder, não sem esclarecimentos e cortes de ordem metodológica, dada a amplitude do tema.

As alterações que se verificaram na sociedade e, por consequência, no direito para a formulação dessas questões, são de quatro ordens principais: (i) alterações no plano social; (ii) alterações no plano normativo; (iii) alterações no plano hermenêutico e (iv) alterações no plano jurisdicional propriamente dito.

Que a concepção da coisa julgada como acolhimento ou rejeição da demanda era perfeitamente acorde com a sociedade da metade do século XIX até a primeira guerra mundial, período chamado de “*mondo della sicurezza*” por Natalino Irti¹⁹, não há qualquer dúvida. Nessa sociedade liberal burguesa, toda a existência jurídica girava em torno do Código Civil, que tutelava a liberdade individual; cabia ao Estado, destarte, agir como mero garante do respeito à autonomia privada²⁰. Neste modelo de sociedade, o valor principal a ser assegurado é a segurança, bem resumido como “*certeza da ação e na possibilidade de ação*”²¹.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, ou, como prefere chamar parcela da doutrina, do Estado Constitucional²², principalmente após a Segunda Guerra Mundial, percebem-se alterações de duas ordens. De um lado, há um aumento na rigidez legislativa em relação aos princípios fundamentais do Estado, com o intuito de dificultar qualquer tentativa de modificação dos fundamentos então consagrados.

Por outro lado, percebe-se a alteração da principal fonte irradiadora de normatividade; passa a Constituição a ser o centro gravitacional de todo o sistema jurídico

¹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 1.: processo de conhecimento – 7. ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 455.

¹⁹ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 3

²⁰ IRTI, *L'età della decodificazione*. p. 6-9.

²¹ OÑADE, Flavio López de. *La certeza del derecho*. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1953. P. 78.

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: Legge diritto giustizia*. Torino: Einaudi, 1992. p. 39 e ss.

dos Estados, girando os demais microssistemas – incluído o código civil – ao seu redor em perfeita conformidade com ela. Garante-se, assim, uma harmonia e unidade ao ordenamento.

Ainda dentro deste segundo campo de alterações, o tipo de norma jurídica estabelecido pelo novo regime constitucional difere das constantes até então nos códigos. Enquanto estes, afirmando uma pretensa neutralidade, estabeleciam as “regras do jogo” social entre os privados²³, o novo regime assume compromissos axiológico-jurídicos, ou seja, estabelecem um fim a ser buscado pela sociedade enquanto comunidade (*telos*)²⁴, e, tendo-os em conta, “[...] a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social”²⁵. Diante disto, a “[...] segurança jurídica é valor constitucional que entrou em flagrante declínio e retrocesso”²⁶.

No que perquire à terceira ordem de alterações, com descobertas no plano hermenêutico, como a virada linguística²⁷ e o espiral hermenêutico²⁸, impõe-se o abandono de um pensamento linear na interpretação/aplicação do direito²⁹, pois “[...] a lei é sempre

²³ IRTI, *L'età della decodificazione*. p. 5.

²⁴ BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 191.

²⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 15.

²⁶ ASSIS, *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. p. 13. No direito italiano, em sentido similar, pregando a prevalência da igualdade à segurança jurídica, mesmo após sentença passada em julgado, CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 369.

Não deixa de ser interessante notar que, enquanto no direito processual, sob a bandeira da efetividade da Constituição, por meio da doutrina da “relativização” da coisa julgada, conforme expressão de Botelho de Mesquita, “[...] declararam aberta a estação de caça à coisa julgada”; MESQUITA, José Ignácio Botelho, «Teste de DNA versus autoridade da coisa julgada». *Revista do IASP*, São Paulo, n. 19, jan./jun. 2007. p. 342. e, por consequência, à segurança jurídica, no direito tributário, percebe-se movimento oposto, de valorização da segurança jurídica; neste sentido: ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização*. São Paulo: Tese de Titularidade, 2009. passim; TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Tese de titularidade, 2009, passim.

²⁷ Sobre o “giro-linguístico”, em especial no direito tributário, por todos, CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009. p. 156-173.

²⁸ Sobre o círculo ou espiral hermenêutico refere Larenz: “[...] uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas. Para isso, terá que lançar mão, como controlo e auxiliares interpretativos, das mencionadas ‘circunstâncias hermenêuticas relevante’”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 286.

²⁹ Refere o professor de Edimburgo: “Como todos sabem, todavia, a aparência de argumentação puramente dedutiva demonstrativa, mesmo que exista, é quase sempre enganosa”, de McCORMICK, Neil. *Retórica*

deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples da mesma”³⁰. Com isso, o mito da certeza ou da verdade absoluta do direito cai por terra³¹, pois o Direito expressa o produto de uma cultura, não podendo ser “[...] concebido como um fenômeno universal e atemporal”³².

Já em relação ao plano jurisdicional e, por conseguinte, ao direito processual, alterações de monta também se verificaram. Até então, conforme brocardo atribuído a Bulgaro “*Iudicium accipitur actus ad minus trium personarum, scilicet actoris intendentis, rei intentionem evitantis, Iudicis in medio cognoscentis*”, no qual se tinha a discussão acerca de direitos patrimoniais que se resolviam sempre – dado o dogma da incoercibilidade da vontade – em perdas e danos³³. Com o novo regime constitucional, e o estabelecimento de um verdadeiro Estado Constitucional³⁴, controvérsias referentes a direitos sociais e aos “novos direitos” (direitos de personalidade e transindividuais) passam a ser levadas ao judiciário para sua resolução. Tal fato, sem sombra de dúvidas, trouxe enormes dificuldades de compatibilização entre institutos processuais tradicionais e as novas demandas, ante as novas exigências que estas impuseram³⁵.

e estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 307. Mais incisiva é a crítica de Menezes Cordeiro contra a metodologia então dominante: “As críticas acima alinhadas contra o formalismo e o positivismo constata, no fundo, a insuficiência de ambas essas posturas perante as necessidades da efectiva realização do direito. [...]. Munido, porém, de instrumentação meramente formal ou positiva, o julgador terá de procurar, noutras latitudes, as bases da decisão. A experiência, a sensibilidade, certos elementos extrapositivos e, no limite, o arbítrio do subjectivo, serão utilizados. Dos múltiplos inconvenientes daqui emergentes, dois sobressaem: por um lado, a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis juspositivos da linguagem, não transparecem na decisão, inviabilizando o seu controlo; por outro, o verdadeiro e último processo de realização do Direito escapa à Ciência dos juristas: a decisão concreta é fruto, afinal, não da Ciência do Direito, mas de factores desconhecidos para ela, comprometendo, com gravidade, a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça de decisão. Num paradoxo aparente em que as humanísticas são pródigas: o formalismo e o positivismo, tantas vezes preconizados em nome da segurança do Direito acabem por surgir como importantes factores de insegurança”. CORDEIRO, Antônio Menezes. “Os dilemas na ciência do direito no final do século XX”. In: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Tradução de Menezes Cordeiro, por Claus-Wilhelm Canaris. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. XXIII-XXIV.

³⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 419.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. “Verità, Dubbio, Certezza”. *Rivista di diritto processuale*, Padova. jan./mar. 1965. p. 5.

³² GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 20.

³³ Sobre o ponto, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 65-80.

³⁴ ZAGREBELSKY, Il diritto mite: Legge diritto giustizia. p. 39.

³⁵ Exemplo disso é a contrariedade de parte da doutrina europeia e de seus legisladores em adotarem “ações coletivas” ao estilo da *class action* norte-americano, criando outras formas de tutela de direitos transindividuais sem, contudo, superar conceitos tradicionais do seu sistema processual, como o GLO

A jurisdição constitucional, embora já conhecida anteriormente às duas guerras, também adquiriu nova e maior dimensão, em especial o seu ramo mais importante: o controle de constitucionalidade das leis³⁶. Dentro da perspectiva do controle de constitucionalidade das leis³⁷, pretende-se responder à pergunta anteriormente feita: o instituto da coisa julgada em sua estrutura e função, dadas todas as alterações anteriormente mencionadas, é compatível com o controle de constitucionalidade, seja ele controle concreto, seja ele abstrato? Ainda, dada a função que o Supremo Tribunal Federal, como tribunal de fecho, é chamado a desempenhar, torna-se possível a revisão do julgado? Se sim, em que sentido, em quais hipóteses e por qual procedimento?

Por fim, cabe pontuar brevemente a perspectiva de análise que se adotará no presente trabalho. Em princípio, todo objeto de estudo pode ser analisado por meio de duas metodologias diferentes, que, no fundo, refletem pontos de vista distintos sobre um mesmo objeto: pode-se fazer (i) um estudo estruturalista, isto é, a preocupação central da investigação é a análise da estruturas que compõem o objeto de estudo, estabelecendo, ou não³⁸, a sua função; ou, o caminho inverso, (ii) um estudo funcionalista, no qual se busca a função e, a partir desta, analisa-se a estrutura.

Embora o primeiro método, ainda hoje, seja o dominante na dogmática jurídica, muito em decorrência da forte influência positivista que ainda se percebe, o presente trabalho optou por privilegiar a função da coisa julgada e, a partir dela, estudar a sua estrutura. O motivo de tal escolha reside no fato de que, enquanto se percebe o conflito, muitas vezes inconciliável, de opiniões em relação à estrutura da *res iudicata*, sempre existiu consenso acerca da sua finalidade prática de estabelecimento de certeza nas relações jurídicas³⁹.

inglês, o KapMuG alemão e a ação coletiva por “litisconsórcio agregado” na Itália. Sobre o ponto, com ampla bibliografia, ver nosso ensaio: ROSSONI, Igor Bimkowski, *O “incidente de resolução de demandas repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro: avanço ou retrocesso?* Disponível em: <www.editoramagister.com>.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 23.

³⁷ Importante pontuar que o presente estudo não abordará outro importante aspecto do controle de constitucionalidade, qual seja, o controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais.

³⁸ Assim, por exemplo, a função do direito é indiferente para Kelsen, sendo relevante o estabelecimento da estrutura do ordenamento jurídico; tanto é verdade que entre os conceitos centrais da teoria pura do direito estão o de vigência/existência e validade, sobre o tema: BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla funzione*. Nuovi studi di teoria del diritto. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. p. 71-75, 170, 173-176, 178.

³⁹ COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*. p. 2

Assim, tomando como base as premissas resumidamente expostas, almeja-se fazer uma releitura funcionalista da coisa julgada, principalmente em relação ao controle de constitucionalidade abstrato. Essa análise, todavia, não implica descuidar dos aspectos estruturais e gerais do instituto, os quais despertam, sem sombra de dúvidas, os maiores problemas. Nesse compasso, dialogando-se com as fontes do direito positivo – Constituição, Código de Processo Civil e legislação especial –, conforme refere Barbosa Moreira, deve-se retirar das “*antigas partituras, novas sonoridades*”⁴⁰.

2. PLANO DE DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

Para a tarefa a que se propõe, o trabalho será dividido em dois capítulos principais, sempre se buscando, dentro do possível, demonstrar a interconexão entre ambos. O primeiro tem como objeto a coisa julgada e servirá de premissa para a posterior análise da sua compatibilidade com o instituto do controle de constitucionalidade. Nele, após o estabelecimento da função da *res iudicata*, analisa-se o instituto sob três enfoques: (i) histórico; (ii) dogmático e (iii) de direito positivo.

No segundo capítulo, também dividido em duas partes principais, estudar-se-á o controle de constitucionalidade a sua relação com o instituto da coisa julgada. Num primeiro momento, verificar-se-á a compatibilidade da coisa julgada com o controle concreto de constitucionalidade, ou seja, em processos em que o objeto litigioso da demanda não é a questão constitucional, mas sim um caso convencional no qual a questão de fundo envolve a constitucionalidade de uma norma. Aqui, especial atenção será dada à recente objetivação do controle de compatibilidade entre lei e Carta Maior e suas consequências na ordem processual.

Ainda, no segundo capítulo, a segunda parte é dedicada à análise do controle abstrato de constitucionalidade. Esse, como se sabe, ao contrário do controle concreto, tem como objeto principal a própria questão constitucional, servindo à tutela objetiva da

⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. “Notas sobre o problema da “efetividade” do processo”. In: *Temas de direito processual civil*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 32.

Constituição⁴¹. Desde já se adianta que, pelas peculiaridades desse processo – ação direta de (in)constitucionalidade –, regulado por legislação especial, Lei 9.868/99, dificuldades maiores serão encontradas na compatibilidade desse tipo especial de processo com a função que a coisa julgada é chamada a desempenhar. Da mesma forma, dar-se-á atenção à possibilidade, ou não, de revisão de entendimento do Supremo Tribunal proferido em ação direta.

3. DIFICULDADES PARA ENFRENTAR O TEMA

Conforme já referido anteriormente, o conceito de coisa julgada continua a ser um dos temas mais polêmicos no direito processual civil⁴². Entre as dificuldades que se encontram ao enfrentar o tema, destacam-se: (i) a amplitude do conteúdo e produção doutrinária, (ii) a própria complexidade do instituto e (iii) a imprecisão terminológica⁴³.

Esses três aspectos destacados já justificam a vastidão da bibliografia e a atenção que a doutrina, não só do direito brasileiro, mas de uma forma em geral⁴⁴, dá ao assunto. Mas, o mais paradoxal é que os problemas e controvérsias crescem à medida que a doutrina procura soluções⁴⁵.

Agrava a dificuldade de enfrentar o tema da coisa julgada, além do fato de ser um conceito estritamente normativo⁴⁶ – sem qualquer referência semântica⁴⁷ –, a vastidão

⁴¹ MAURER, Hartmut. “Jurisdição constitucional”. In: *Contributo para o estado de direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 246.

⁴² SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1: processo de conhecimento. p. 455.

⁴³ A dificuldade de acordo entre as ideias nos conceitos fundamentais foi destacada por Clóvis do Couto e Silva: “*Porém, uma das grandes dificuldades para o exame dos conceitos jurídicos no século XIX está na circunstância de que cada autor, especialmente no processo civil. Pretende criar uma teoria e uma nomenclatura próprias. A circunstância de se reproduzirem as mesmas teorias sob diversas denominações ocasionou grandes dificuldades de compreensão dos conceitos*”; SILVA, Clóvis do Couto e. “Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otta Karlowa e Oskar Bülow)”. *Revista de Processo*, São Paulo. jan./mar. de 1985. p. 262.

⁴⁴ Ampla bibliografia sobre a coisa julgada nos seus mais variados aspectos se encontra na obra fundamental sobre o tema de Pugliese; PUGLIESE, *Giudicato Civile*. passim.

⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Ainda e sempre a coisa julgada”. In: *Direito processual civil (ensaio e pareceres)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 133. Bem coloca Willis Santiago Guerra Filho que as discussões intermináveis, não raras no direito, “[...] podem ser vistas como uma má colocação do problema, bem como de uma parcialidade no acerto das soluções propostas”; GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico”. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 58. abr./jun. 1990. p. 244.

⁴⁶ Sobre conceitos normativos, refere Engisch: “Aqueles que, contrariamente aos conceitos descritivos, visam dados que não são simplesmente perceptíveis pelos sentidos ou percepçionáveis, mas que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis”. ENGISCH, Karl. *Introdução ao*

de escritos e de doutrinas formuladas ao longo de séculos. Soma-se a isso, ainda, as interligações de vários de seus aspectos – por exemplo, os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada –, acarretando que a tomada de posição do intérprete quanto à determinada questão influi decisivamente na resolução de outra⁴⁸. Por isso, a dificuldade em se obter ordem e unidade em relação ao assunto⁴⁹.

Antes, contudo, de adentrar no terreno arenoso de esmiuçar os traços característicos do instituto, mostra-se necessário um breve esclarecimento de ordem terminológica – outro dos empecilhos para a existência de um discurso mais harmônico entre a doutrina –, o que auxiliará na correta compreensão do texto.

4. ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS

A expressão “coisa julgada”, ou sua tradução latina, *res iudicata*, é utilizada em uma pluralidade de sentidos, sendo empregada, no presente trabalho, de mais a mais, em seu sentido original, o que não significa que se adote todas as implicações desta doutrina. Significava para os romanos a situação ou a relação jurídica definitivamente decidida; em outras palavras, o caso concreto decidido⁵⁰. Vale dizer: o estabelecimento de certeza na relação jurídica antes duvidosa.

Ela diferenciava-se do “julgado” (*iudicatum*) que possuía significado neutro e imparcial, pois se referia a qualquer objeto de juízo já decidido⁵¹; enquanto que *iudicium* significa a “relação processual”⁵². Dessa forma, enquanto a *res iudicata* se referia à controvérsia na sua totalidade, o *iudicatum* referia-se a um juízo sobre uma questão

pensamento jurídico. 10. ed. Traução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 212.

⁴⁷ Sobre o ponto, ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Prefácio Alaôr Caffé Alves – São Paulo: Quartier Latin. 2004. *passim*.

⁴⁸ Nesse sentido escreveu Ovídio Baptista: “[...] a questão é saber se, num corpo legal como o Código de Processo Civil, as regras que estabelecem definições e conceitos, ou que albergam doutrinas específicas que o legislador haja esposado, terão de ser entendidas como sóis, ao redor dos quais hão de girar uma constelação de astros menores, de tal sorte que as definições pretendidas sobreparem, como centro de sistemas particulares; ou, ao contrário, devemos entender que também as regras que contenham definições, como as demais, terão de inserir-se no contexto global do sistema, acomodando-se harmonicamente às proposições básicas do conjunto”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2003. p. 104.

⁴⁹ CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. 12.

⁵⁰ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 786; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil. vol I*. p. 369: “A *res iudicata* outra coisa não é para os romanos do que a *res in iudicium decucta* depois que foi *iudicata*”; BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 133-134.

⁵¹ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 786.

⁵² BETTI, Emilio. *Bibliografia Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. V - Parte I, 1928. p. 72-73. Sobre o significado de *Iudicium*, diferenciando-se do de *Processus*, ver PICARDI, Nicola, *Processo Civile (diritto moderno)*. Enciclopedia del diritto. v. XXXVI. Milano: Giuffrè. 1987. p. 101-117.

litigiosa, ao passo que *res iudicanda* consistiria no pedido formulado pelo autor⁵³. A coisa julgada revela, porquanto, o espírito eminentemente prático dos romanos⁵⁴.

Da mesma forma, *res iudicata* não coincidia com o conceito de *sententia*, ou seu conteúdo, ou seus efeitos, ou sua eficácia⁵⁵, pois sentença é, conforme informa Pugliese, “*res iudicans*”, enquanto a coisa julgada “*est causa decisa*”⁵⁶. E disso, já adiantado, decorre a consequência fundamental de diferenciar efeitos da sentença e efeitos da coisa julgada, porque os “[...] *efeitos da sentença são de todos independentes da coisa julgada*”⁵⁷, ou, em outras palavras, que os efeitos da *res iudicata* são efeitos da sentença, mas que nem todos os efeitos da sentença são reconduzíveis à coisa julgada⁵⁸. Essa parcial independência hoje é facilmente verificável no direito brasileiro⁵⁹. Todavia, no direito romano, antes da introdução de meios de grave e desenvolvimento do sistema recursal, encontrar-se-ia maiores dificuldades de diferenciar os efeitos da sentença dos da coisa julgada.

A doutrina ainda faz outras distinções, como, por exemplo, entre a autoridade da coisa julgada e a própria coisa julgada⁶⁰, possivelmente a mais tormentosa e mal concebida dada a variação de significado que essa expressão recebe de diferentes autores. Por fim, deve-se ter presente que a *exceptio res iudicata* (exceção imprópria)⁶¹ também não se confunde com a *res iudicata*⁶².

Ainda que qualquer conclusão com pretensão de definitividade atinente ao tema da coisa julgada deva ser recebida com ressalvas, certo é que tal instituto, como referido, é de função essencialmente prática. Embora não consista em um instituto

⁵³ TESHEINER, José Maria Rosa. *Coisa litigiosa!* Porto Alegre: CORAG - Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas, 1973. p. 4.

⁵⁴ PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de História da Cultura Clássica*. II Volume - cultura romana, 4. ed. - revista e atualizada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 57.

⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 134.

⁵⁶ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 786.

⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. Milano: Giufrè, 1962. p. 43-44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 55.

⁵⁸ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 787.

⁵⁹ Prova disso são as hipóteses previstas nos incisos do art. 520 do Código de Processo Civil nas quais não se atribui efeito suspensivo à apelação.

⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. “Efficacia, autorità e imutabilità della sentenza”. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova. 1935, v. XII, parte I. p. 205.

⁶¹ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*. p. 914.

⁶² ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*. p. 157-160.

universal⁶³ ou mesmo um pressuposto da jurisdição, visa a assegurar a estabilidade da tutela jurisdicional prestada pelo Estado⁶⁴ e a certeza nas relações jurídicas decididas⁶⁵, aspectos fundamentais de qualquer Estado Democrático de Direito.

⁶³ CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*. p. 400: “Cominciamo dunque col liberarci dall’idea, spesso ritornante ancora nei nostri scritti, che la cosa giudicata sia un istituto di ragion naturale ‘comune a tutti i popoli’”. Em outra obra, Chiovenda destaca: “Questo istituto non ha nulla in sè di assoluto e di necessario”; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*. p. 906.

⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 135.

⁶⁵ A doutrina italiana é enfática neste sentido: CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 376; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 14; MENCHINI, Sérgio. *Il giudicato civile*. Torino: UTET, 2002. p. 14; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Giudicato I*. Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1988. p. 1.

I. COISA JULGADA

1. INTRODUÇÃO

Inegavelmente o Direito é um fenômeno cultural. Dessa forma, após o estabelecimento de sua função, a análise de um instituto jurídico deve, necessariamente, ser realizada por meio de um triplo enfoque, pois não é possível compreender o verdadeiro sentido do objeto de estudo sem ter presentes três aspectos distintos, mas reciprocamente interligados: (i) a história; (ii) a dogmática e (iii) a legislação⁶⁶.

Cada um desses três aspectos é, ao mesmo tempo, fator condicionante e condicionado pelos outros, de forma que, por exemplo, a legislação é influenciada decisivamente pelos fatos históricos que a antecederam e pelas concepções de mundo da ciência jurídica. Em contrapartida, uma vez positivada a norma jurídica, ela passa a influir nos fatos futuros e na forma de desenvolver o raciocínio jurídico científico. Há, em suma, uma inter-relação dinâmica entre os três aspectos.

Embora o estudo de cada um desses três aspectos isoladamente seja inapropriado, para fins de melhor compreensão (metodológico), o presente capítulo é dividido em quatro partes principais, mas interligadas.

Inicialmente, busca-se estabelecer qual a função da coisa julgada; a segunda parte será dedicada a um rápido panorama histórico do instituto no direito brasileiro, até o advento do Código de Processo Civil de 1973; uma terceira trata das distinções e discussões doutrinárias travadas na Europa que, de uma forma e outra, influenciaram o legislador antes da normatização do instituto nos seus moldes atuais. Por fim, a quarta parte do capítulo analisa de que forma o legislador brasileiro respondeu às seguintes perguntas: coisa julgada, o que é (conceito), coisa julgada para quem (limites subjetivos), coisa julgada sobre o que (limites objetivos). Fecha-se o capítulo com considerações críticas acerca da doutrina da coisa julgada adotada pelo legislador e a tomada de posição sobre o instituto.

Da reunião das respostas às perguntas acima, pode-se chegar a um conceito do que é a coisa julgada no direito brasileiro atual.

⁶⁶ Nesse sentido, anota Lipari: “[...] che questo importantissimo istituto ripete la sua disciplina prevalentemente dalla tradizione giuridica e dalla elaborazione che ne hanno fatto e ne fanno la dottrina e la prassi”; LIPARI, F. F. «Contributo alla teoria delle eccezioni contro il giudicato». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, Parte I, 1924. p. 182.

2. FUNÇÃO DA COISA JULGADA. CERTEZA JURÍDICA

2.1. Processo, certeza e verdade

Hoje é ponto pacífico que o Direito, e mesmo o direito processual, como fenômenos culturais, refletem os valores e preocupações da sociedade em que estão inseridos. Face oposta da mesma moeda, esses valores perseguidos influem decisivamente na conformação e na organização do Direito⁶⁷. Embora os conceitos de verdade e de certeza, muitas vezes, sejam usados descuidadamente como noções com significados confluentes e sobrepostos, tal superposição não é necessária⁶⁸.

Por séculos, dada a herança da tradição grega⁶⁹, a ciência de um modo geral e a ciência do direito tiveram como objeto central de investigação a “Verdade”⁷⁰, com “v” maiúsculo (*certa veritas*). Para essa constatação, basta lembrar da célebre frase de Aristóteles que refere “*Sócrates é meu amigo, mas sou mais amigo da verdade*” ou ainda do culto desse povo ao Oráculo de Delfos, local onde a verdade era revelada. Junto com a busca da verdade, conseqüentemente, os clássicos voltaram sua atenção aos meios (instrumentos) para alcançá-la, e encontraram no processo judicial um dos seus principais expoentes⁷¹.

⁶⁷ BOBBIO, *Dalla Struttura alla funzione*. Nuovi studi di teoria del diritto. passim. Quanto à historicidade do direito afirma Larenz: “O ter o Direito ‘a estrutura temporal da historicidade’ significa que ele não se limita a ‘surgir’ e ‘desaparecer’ no tempo (histórico), porque também participa na corrente da História, isto é, pode sofrer modificações determinadas pela situação histórica e pelos homens em relação aos quais ‘vigora’”; LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*. p. 157.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma-Bari: Editori Laterza, 2009. p. 85.

⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. «O que é a verdade?». In: *Verdade e Método II: complementos e índice* 2. ed., Petrópolis: Vozes, 2002. p. 59.

⁷⁰ GIANNINI, Massimo Severo. “Certeza pública”. In: *Enciclopedia del diritto Vol. VI*, 769-791. Milano: Giuffrè Editore, 1956. p. 670. CAPOGRASSI, Giuseppe. «Giudizio processo scienza verità». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. V, Parte I, 1950. p. 4. “Il fato è che questa Idea che la ‘ipsa ratio ratio iudicii’ è la ‘lex veritatis’, sarà stata ingenua, ma ha dominato tutta la storia di questa parte essenziale dell’esperienza giuridica, che sono le istituzioni giudiziarie”; TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. p. 11.

⁷¹ GIANNINI, *Certeza pública*. p. 670. A partir do século XII com a recepção do direito romano por meio de escritos canônicos – recepção entendida, não como adoção da legislação romana, mas, antes, conforme Wieacker, como adoção do método romano, racional por excelência –, acentuou-se a tendência de abandono de práticas de origem germânicas que buscavam a verdade através de instrumentos, hoje, tidos por infundados e racionais. Sobre a recepção do direito romano no continente europeu: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 97 e

Do contrário, a sensibilização da ciência, e, da mesma forma, da dogmática jurídica, com os problemas da certeza e seus instrumentos de atuação, é moderna, senão moderníssima⁷². Essa mudança de foco dos estudos científicos, da verdade para a certeza, tem como uma das causas principais o desenvolvimento do *ius mercatorum*⁷³ e a necessidade de segurança no tráfego negocial^{74,75}. A certeza do direito passa a ser entendida como segurança e previsibilidade⁷⁶, que pode ser expressa, segundo Lopes de Oñade, “[...] *na certeza da ação e na possibilidade de ação*”⁷⁷. Vem ela a constituir, por conseguinte, um “*objetivo tendencial*” da sociedade da época⁷⁸.

Certeza é um estado subjetivo relacionado à psicologia do indivíduo e corresponde a um grau elevado de convencimento do sujeito em relação à determinada questão⁷⁹, isto é, denota a “[...] *convicção que o espírito tem de que os objetos são tais quais ele os concebe*”⁸⁰, vale dizer, para a certeza não é necessária a correspondência dos fatos com a concepção pessoal que se tem deles. Ao passo que a verdade traz consigo uma concepção objetiva e é determinada pela realidade dos fatos a que se refere⁸¹, significa, em outras palavras, a “[...] *identidade de uma representação com a realidade representada*”⁸²; “*veritas est adaequatio intellectus ad rem*”⁸³.

ss; já sobre a tendência da racionalização do processo a partir do século XII, TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. p. 25.

⁷² GIANNINI, *Certeza pubblica*. p. 670.

⁷³ GALGANO, Francesco. *Storia del diritto commerciale*. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1980. p. 39 e ss. apud, GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 65.

⁷⁴ GIANNINI, *Certeza pubblica*. p. 669.

⁷⁵ Importante destacar que é justamente nesse período que são criados os títulos executivos que atendem tanto o primado de certeza e como da celeridade no tráfego negocial. Sobre o ponto, KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. p. 37-43; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Campinas: Bookseller, 2003. p. 133 e ss.

⁷⁶ LONGO, Mario. «Certeza del diritto». In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. III. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1966. p. 125.

⁷⁷ OÑADE, *La certeza del derecho*. p. 78.

⁷⁸ CONSO, Giovanni. «La certeza del diritto: ieri, oggi, domani». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXV (Serie II), 1970. p. 547; OÑADE, *La certeza del derecho*. p. 177.

⁷⁹ TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. p. 85. No mesmo sentido, FALZEA, Angelo. «Accertamento (Teoria generale)». In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. I. Milano: Giuffrè. p. 206; COTTA, Sergio. «Certeza di essere nel diritto». In: *La certeza del diritto: Un valore a ritrovare*. Firenze, 2 - 3 ottobre 1992. Milano: Giuffrè, 1993. p. 82.

⁸⁰ NOVÍSSIMA DELTA LAROUSSE. *Enciclopedia e Dicionário*. Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A.. p. 444.

⁸¹ TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. p. 85.

⁸² NOVÍSSIMA DELTA LAROUSSE. *Enciclopédia e Dicionário*. Vol. X. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A.. p. 2154.

⁸³ GADAMER, *O que é a verdade*. p. 61.

Em última análise, chega-se à seguinte constatação paradoxal: a certeza é uma questão de fé (crer), enquanto a verdade, de correto conhecimento⁸⁴. Assim, desse par conceitual⁸⁵, quatro situações são possíveis: (i) pode haver coincidência de verdade (conhecer) e certeza (acreditar), ou seja, crer em algo verdadeiro; (ii) pode-se ter certeza de algo falso; (iii) pode-se duvidar de algo certo; (iv) bem como duvidar de algo falso⁸⁶.

Ter presente essa distinção é de suma importância para o processo, haja vista que, no momento em que a alegação do direito é levada ao *iudicium*, o direito, de um estado estático, passa a um estado dinâmico, de movimento⁸⁷. E, após esse ir e vir do direito no processo (diálogo e contraditório), depara-se com o drama do seu fim: o drama da escolha⁸⁸.

O problema da escolha na decisão existe, justamente, no processo, pois, ele, embora ontologicamente seja estruturado de forma que vise à verdade⁸⁹, fenomenologicamente não pode dar mais que uma certeza⁹⁰, que, como visto, pode ou não coincidir com a verdade. Nisso consiste a magia e o drama do processo: magia, já que, no

⁸⁴ CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*. p. 8: “L’affermazione che la certezza si consegue non tanto attraverso la scienza quanto attraverso la fede, ha il sapore, e diciamo pure, il valore del paradosso; ma i paradossi non sono altro che bagliori accecanti di verità”.

⁸⁵ Como antônimo de verdade temos a falsidade (não-verdade) e de certeza a dúvida (não-certeza).

⁸⁶ Duvidar de algo falso não implica crer em algo verdadeiro.

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. «La certezza del diritto». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. XX – Parte I, 1943. p. 84. É justamente a “incerteza”, ou a metamorfose por que passa o direito material, quando inserido no processo, para mera expectativa ou possibilidade processual, que levou James Goldschmidt, preocupado com o aspecto dinâmico do direito, a elaborar a categorial do direito justicial: GOLDSCHMIDT, *Princípios gerais no processo civil*. p. 48; ainda, especificamente sobre a dinamicidade e incerteza do direito justicial material, ver, LIEBMAN, Enrico Tullio. “L’opera giuridica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. V, Parte I, 1950. p. 334-336.

⁸⁸ CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*. p. 5: “Già allora io avevo intuito la virtù delle parole; ma la palese derivazione di certezza dal latino cernere, poiché io tradussi cernere con vedere, mi ha ingannato. Ci sono voluti degli anni, molti anni, fino agli ultimi, cioè fino a quando scrissi Diritto e Processo, affinché mi accorgessi che il significato originario di cernere non è quello di vedere ma di scegliere. La certezza, io scrissi allora, implica una scelta; e questo, probabilmente, fu il passo decisivo per comprendere non solo il vero valore del suo concetto, ma pure il drama del processo”.

⁸⁹ TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. p. 11. Em vista dessa ideia de Taruffo, de que o processo tem por escopo a busca da verdade, iniciou-se novo debate entre o referido autor e Bruno Cavallone, aderindo outros doutrinadores à polêmica: CAVALLONE, Bruno. «In difesa della Veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. LXV (II Serie), 2010. p. 1-26; TARUFFO, Michele. «Contro la Veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n.5, set./ottobre. 2010. p. 995-1011; DITTRICH, Lotario. «La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, jan./fev. 2011. p. 108-125.

⁹⁰ GIANNINI, *Certeza pubblica*. p 774.

ir e vir do processo, reconstrói-se o que não vive mais, o que se perdeu com o tempo⁹¹; e drama, porque a reconstrução pode não ser verdadeira e depende, em última análise, de uma escolha. Exatamente por essa configuração singular se afirma que toda sentença é bela e terrível⁹².

Da correta distinção entre a verdade e a certeza, surge um problema político com desdobramentos práticos. Como ambas são valores⁹³ que a sociedade busca, deve o legislador encontrar meios técnicos de atuação dos fins perseguidos⁹⁴, sem, contudo desprezar os seus custos⁹⁵.

Destarte, podem-se identificar normas jurídicas que dizem respeito à busca da verdade e normas jurídicas que dizem respeito ao ideal de certeza do direito. Entretanto, há que se ter presente que o estabelecimento de normas que busquem incessantemente a verdade acarreta a insegurança da situação jurídica a ser estabelecida, e vice-versa. O ideal de todo o ordenamento é alcançar uma justa composição entre esses princípios de forma

⁹¹ CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*. p. 5. O Autor fala, ainda, em uma dupla magia: “Doppia magia: far revivere quello che non vive più, che è ormai spento, e farlo revivere nella coscienza e nel giudizio di uno che è perfettamente assente ed estraneo all’esperienza che deve risorgere”.

⁹² GRAU, Eros. Palestra realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em homenagem à professora Judith Martins Costa. Porto Alegre, 26 nov. 2010.

⁹³ As consequências do pensamento que concebe a certeza como valor do direito foi bem colocado por Francesco Romano: “[...] se la certezza è un valore, il suo contrario è un disvalore, quindi l’incertezza sarebbe un disvalore, quindi su questo io punto ho delle perplessità e per spiegare queste perplessità faccio il giurista positivo, cioè faccio quello che so fare, cioè leggo il codice civile praticamente, leggo il codice civile alla ricerca di argomenti che mi consentano di capire se la certezza è un valore nel sistema, se la certezza è un elemento essenziale nella struttura del fenomeno giuridico, se accanto alla certezza non vi sia l’incertezza, il che, naturalmente, farebbe, diciamo, cessare alla certezza quel ruolo di essenzialità per cui senza certezza non ci sarebbe diritto, l’incertezza negherebbe il diritto[...]”; mais adiante, arremata: “[...] certezza, non è elemento di struttura di diritto, ma diventa una componente essenziale del giudizio”; ROMANO, Francesco. «Fenomenologia ed apparenza dei "topoi" di certezza nel diritto civile». In: *La certezza del diritto*: Un valore a ritrovare. Firenze 2 - 3 ottobre 1992. Milano: Giuffrè, 1993. p. 58-59 e 63.

⁹⁴ LONGO, *Certezza del diritto*. p. 127.

⁹⁵ A principal crítica que Carnelutti faz a Lopes de Oñade é, justamente, buscar a certeza sem enfrentar os custos dessa escopo, que seria o detrimento da justiça: “Per me, a cui l’esperienza del diritto nel processo ha mostrato, in tanti anni, nell’irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza il suo dramma, veder codesto filosofo con un gioco elegante di parole dissolvere il contrasto come se fosse un’illusione e codesto giurista tesser lodi del libro e della certezza senza neanche un sentore del tremendo problema, è stata tale cagione di sorpresa da costringermi intorno ad esso”; CARNELUTTI, *La certezza del diritto*. p. 81.

que ambos sejam alcançados sem o sacrifício de um valor pelo outro⁹⁶, isto porque, como refere Viehweg, os princípios aspiram ao monopólio⁹⁷.

O direito processual, no caso, apresenta tanto normas que visam à atuação da verdade enquanto valor, quanto normas que visam à atuação da certeza. Em relação às primeiras normas, o legislador regula de que forma se dará a “dupla mágica”⁹⁸ do processo, ou seja, sobre o que, de que forma, por quais meios e quais os limites para a reconstrução das alegações de fato^{99,100}. Assim, são normas “epistemológicas” ou, do contrário, “anti-epistemológicas”, no processo, a depender de sua índole de aumento ou restrição da amplitude de conhecimento dos agentes do processo, as que dizem respeito ao objeto de conhecimento, aos meios probatórios, a ilicitude da prova, e, mesmo para alguns, regras recursais¹⁰¹, entre outras. Já em relação às normas que dão aplicação à certeza, fora do processo, temos a regulamentação da prescrição e da decadência; e, dentro, regras sobre a prova legal¹⁰², sobre o julgamento¹⁰³ e sobre o fim da controvérsia, a *res iudicata*.

Aqui, interessa-nos a coisa julgada. Ao contrário das discussões filosóficas que tem como escopo último a verdade e podem arrastar-se ao infinito, os conflitos entre

⁹⁶ Sobre a proibição de excesso, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 97-101.

⁹⁷ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução da 5 ed. Alemã, rev. e ampl., de Prof. Kelly Sysane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 106.

⁹⁸ CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*. p. 5.

⁹⁹ Opina Cavallone que “[...] dovrebbe essere altrettanto evidente, però, che qualunque disciplina giuridica dell’indagine giudiziale sul fatto non può non consistere, in realtà, in un sistema di ostacoli a quella verifica”; CAVALLONE, Bruno. «Riflessioni sulla cultura della prova». *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Fasc. 3, jul./set. 2008. p. 948.

¹⁰⁰ Sobre a forma de reconstrução dos fatos e os limites postos ao juiz, CALAMANDREI, Piero. «Il giudice e lo storico». *Rivista di diritto processuale civile*. Padova. v. XVI, 1939. p. 105-128; e, revisitando o ensaio anterior, TARUFFO, Michele. «Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche». *Rivista di diritto processuale*, Padova. Anno XXII (II Serie) – n. 3, Luglio-settembre 1967. p. 438-465. Tal operação não passou despercebida por Engisch: “O historiador é livre na utilização das fontes ao seu dispor e na investigação dos factos, que nelas se funda. Ele está apenas vinculado a directivas científicas. Pelo contrário, a indagação processual da verdade é juridicamente regulada em uma larga medida”: (ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*. p. 90).

¹⁰¹ Em sentido contrário, entendendo o sistema escalonado de recursos como instrumento de controle da aplicação do direito, com o qual há de se concordar: PIZZORUSSO, Alessandro. «Sul principio del doppio grado di giurisdizione». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, Gennaio-Marzo, 1978. p. 49.

¹⁰² Atualmente, as regras sobre prova legal ou tarifada dizem mais quanto à certeza na aplicação do direito do que, propriamente, à verdade. Tal concepção, contudo, nem sempre foi prevalente. Na idade média, o resultado da prova, mesmo que irracional para as concepções modernas, resolvia a lide revelando a verdade no caso (provas-julgamento). Nesse sentido, KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O Direito Processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006. p.57.

¹⁰³ Dentro das normas que buscam a certeza devem ser incluídas as regras sobre a prova legal e sobre o julgamento. Embora não estabilizem a certeza da decisão, auxiliam na tomada de decisão ao eliminar a dúvida sobre qual caminho tomar; sobre o ponto, ou seja, impõe uma escolha; (CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*. p. 7).

particulares, por necessidade prática e social de eliminação da incerteza (dúvida), necessitam de um fim. Até porque, a busca incessante pela verdade, e, da mesma forma, pelo justo, acaba acarretando a iniquidade, bem exposto pelo brocardo *summum ius, summa iniuria*¹⁰⁴.

O estabelecimento de um ponto final para a controvérsia, e, por consequência, da incerteza, se dá por meio da introdução de um ato formal objetivo, revestido de certas qualidades¹⁰⁵, que torna certa dada situação antes duvidosa¹⁰⁶. A necessidade de fim da controvérsia decorre de necessidade prática (política) e não lógica¹⁰⁷.

Ainda, a situação estabelecida independe da sua correspondência com a verdade. A esse ato formal, realizado no processo judicial, advindo de uma autoridade pública (juiz), dá-se o nome de coisa julgada. O brocardo latino é nesse exato sentido: “*Res iudicata est quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit*”¹⁰⁸.

O ato de certeza, no caso, a sentença e, posteriormente, a coisa julgada, deve buscar a verdade¹⁰⁹ e deve guardar uma certa relação com essa¹¹⁰, mas não tem como escopo transformar o falso em verdadeiro, ou, como referiam os juristas medievais, ao

¹⁰⁴ Sobre o significado do brocardo na tradição romana, MAGNE, Augusto. «Summum ius, summa iniuria». *Romanitas: revista de cultura romana (Língua, Instituições e Direito)*, Rio de Janeiro, Ano II, vol. 2, 1959. passim.

¹⁰⁵ Serão tratadas infra as qualidades necessárias do ato formal para atender às exigências de certeza

¹⁰⁶ FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 208: “La incertezza è insita nelle medesima contestazione, sicché la sua eliminazione richiede l’intervento di un mezzo formale, e perciò oggettivi, capace di sostituirsi con i formali attributi della certezza, alla situazione giuridica incerta. [...] alla incertezza nascente dal fatto oggettivo della contestazione della realtà giuridica non può ovviare che un altro fatto oggettivo, che, appunto perché tale, abbia forza di rendere inoperante la contestazione. [...] L’accertamento conduce alla costituzione di un titolo formale, in grado di imporsi ai soggetti della contestazione e di vincolarli al suo contenuto”.

¹⁰⁷ No mesmo sentido: “As ideias de coisa julgada, ato jurídico perfeito, direito adquirido, precedentes, sistema, não se justificam do ponto de vista lógico, mas político. O ordenamento jurídico deve procurar o equilíbrio entre discutir o conteúdo da lei (dimensão lógica) e decidir sobre este conteúdo (dimensão política), ou o equilíbrio entre racionalidade e politicidade da lei”; (BARZOTTO, Luis Fernando. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 142); CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*. p. 907.

¹⁰⁸ Explica Lipari o significado do brocardo no direito romano: “È vero che i romani parlavano spesso di publica utilitas a proposito della cosa giudicata, ma, come è stato acutamente rilevato (V. F. Hamburger, *Die Austeuerung der Rechtskraft gegen die guten Sitte*, Belin, 1909, § 3. p. 34) essi invocavano la *publica utilitas* non a giustificazione della cosa giudicata in sè e per sè, ma nei casi in cui, essendo la sentenza ingiusta, all’ingiustizia non poteva più ovviarsi per la cosa giudicata [...]. La *publica utilitas* richiede allora che il privato subisca in quel singolo caso il torto materiale, in vista appunto del vantaggio della pubblica pace, che si raggiunge nelle generalità dei casi mediante la res iudicata”; LIPARI, *Contributo alla teoria delle eccezioni contro il giudicato*. p. 183.

¹⁰⁹ CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*. p. 19.

¹¹⁰ A controlabilidade da decisão judicial decorre que essa “[...] deve costituire il risultato di un procedimento razionale, che si svolge secondo regole e principi, ossia secondo un metodo che ne consenta la controllabilità e ne determini la validità”; TARUFFO, *La semplice verità*. Il giudice e la costruzione dei fatti. p. 194.

atribuir um poder quase mágico à coisa julgada: “*Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis*”. Ele busca, antes, criar uma situação jurídica de utilidade prática para as partes¹¹¹, pondo fim à situação de conflito e de incerteza. Isto é, visa ao estabelecimento da certeza jurídica.

Justamente o ato de eliminação da incerteza consiste na introdução de um instrumento formal, objetivo, que, dadas as formalidades nele existentes, é capaz de vincular, em maior ou menor grau, os sujeitos que dele participaram ao seu conteúdo¹¹². A sentença e, conseqüentemente, a coisa julgada, como ato de certeza legal – cuja única explicação é sua emanção de um poder soberano¹¹³ –, consiste, em última análise, em um ato de vontade do Estado, personificado na pessoa do juiz prolator da sentença, que se impõe¹¹⁴. Por isso, refere Piero Calamandrei que consistiria um retrocesso à ciência processual ao estudar a sentença, e aqui se adita, a coisa julgada, focalizar apenas seus elementos lógicos e deixar de lado a sentença e a coisa julgada como ato de vontade estatal¹¹⁵.

Uma vez decidida a causa, finda a controvérsia, é irrelevante ao ordenamento jurídico se o conteúdo do ato formal objetivo que estabelece a certeza coincide ou não com a verdade¹¹⁶. Uma vez alcançada a certeza, a sua correspondência com a verdade perde toda a importância. Verificar-se-ia, por assim dizer, um verdadeiro efeito preclusivo

¹¹¹ GIANNINI, *Certeza pubblica*. p. 771: “Tra la realtà rappresentata e la rappresentazione fornita dall’atto di certezza sussiste, anzi deve sussistere, corrispondenza; tuttavia scopo dell’atto di certezza non è quello di fondare una verità, ma di fornire un’utilità che possa essere accettata, in quanto è plausibile che si risponda alla realtà”.

¹¹² FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 208: “La incertezza è insita nelle medesima contestazione, sicché la sua eliminazione richiede l’intervento di un mezzo formale, e perciò oggettivi, capace di sostituirsi con i formali attributi della certezza, alla situazione giuridica incerta. [...] alla incertezza nascente dal fatto oggettivo della contestazione della realtà giuridica non può ovviare che un altro fatto oggettivo, che, appunto perché tale, abbia forza di rendere inoperante la contestazione. [...] L’accertamento conduce alla costituzione di un titolo formale, in grado di imporsi ai soggetti della contestazione e di vincolarli al suo contenuto”.

¹¹³ GIANNINI, *Certeza pubblica*. p. 773: “In ogni caso le certezze legali non possono esser spiegate se non per l’esistenza di un potere sovrano, che ne imponga a tutti i consociati l’accettazione”.

¹¹⁴ CALAMANDREI, Piero. «La sentenza soggettivamente complessa». In: *Opere giuridiche*. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1965. p. 108-109. Em sentido contrário, a sentença como elemento lógico, ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906. p. 33-34.

¹¹⁵ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*. p. 109: “[...] a mio avviso farebbe retrocedere di mezzo secolo la scienza processualistica chi, nello studiar la natura della sentenza, si ostinasse a lasciare in ombra l’elemento imperativo a vantaggio dell’elemento logico”; mesmo sentido, Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 394.

¹¹⁶ CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 64.

material por meio de um ato judicial¹¹⁷, que se diferencia tanto do efeito de declaração, quanto de constituição dos atos jurídicos¹¹⁸, pois, por meio dele, se torna irrelevante ulterior contestação sobre o conteúdo da declaração¹¹⁹.

A certeza jurídica, ou “*il mondo della sicurezza*” a que se refere Natalino Irti¹²⁰, como atributo da primazia da lei em sentido formal, hoje não passam de um mito. A concepção da completude do ordenamento, enquanto um sistema fechado, embora corrobore a ideia de certeza, também não subsiste. Atualmente, a concepção de um sistema aberto e mutável¹²¹, a “*maleabilidade*” de Gustavo Zagrebelsky¹²², mostra-se mais consentânea com a realidade.

¹¹⁷ Falzea coloca como três as possíveis eficácias dos atos/negócios jurídicos: (i) eficácia declarativa; (ii) eficácia constitutiva e (iii) eficácia preclusiva. Segundo o referido autor, essa consistiria: “(γ) *efficacia preclusiva* in cui la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente. È da richiamare l’attenzione soprattutto su questo ultimo tipo di effetto giuridico che, nella antitesi tra effetto costitutivo ed effetto dichiarativo, viene a ricoprire una posizione singolare, in relazione alla peculiare funzione giuridica alla quale ubbisce” FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 209. Embora não tenha muitos adeptos no direito brasileiro, essa teoria é encampada por nada menos que Barbosa Moreira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material». In: *Temas de direito processual (nona série)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007., em especial, p. 241-244. Contra a construção do efeito preclusivo de conteúdo material, entendo como um desdobramento da doutrina material sobre a coisa julgada, LIEBMAN, *Giudicato I*. p. 8.

¹¹⁸ Falzea chega a essa conclusão haja vista considerar que nem o efeito declarativo, quanto o constitutivo respondem às exigências da coisa julgada; FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 214: “Questa incontestabilità presuppone che la sentenza, ove non esistano vizi interni della fattispecie processuale capaci di provocarne la nullità o la revocazione, rimanga ferma anche per la ipotesi in cui si discosti dalla situazione giuridica anteriore. La possibilità della sentenza, di coprire insieme la duplice alternativa, che è propria del giudicato, della conformità e della difformità rispetto alla situazione anteriore, non può essere spiegata dalla teoria costitutiva, che è in grado solo di dare ragione della seconda ipotesi, né dalla teoria dichiarativa, che a sua volta può essere compatibile solo con la prima ipotesi, né da una teoria che assegni alla sentenza, volta a volta, efficacia costitutiva od efficacia dichiarativa a seconda che vi sia difformità o conformità riguardo alla situazione giuridica anteriore. Perché la alternativa sai abbracciata nella sua totalità occorre ricorso ad un tipo di effetto giuridico che superi le ipotesi singole della costitutività e della dichiaratività: e questo tipo di effetto è proprio l’effetto preclusivo”.

¹¹⁹ FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 212: “[...] se non precisamente la preclusione di qualsiasi indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e pertanto la irrelevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata sulla base della sua validità storico-giuridica. Dopo il fatto di accertamento una ulteriore contestazione non tanto è vietata quanto è resa irrelevante e perciò è privata della sua forza paralizzatrice della realizzazione del valore giuridico”.

¹²⁰ IRTI, *L’età della decodificazione*. p. 21.

¹²¹ CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. 109: “À abertura como incompletude do conhecimento científico acresce assim a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica. Ambas as formas de abertura são essencialmente próprias do sistema jurídico e nada seria mais errado do que utilizar a abertura do sistema como objecção contra o significado da formação do sistema na Ciência do Direito ou, até, caracterizar um sistema aberto como uma contradição em si”. AINDA, LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*. p. 241.

¹²² No original: “mitteza”; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*: Legge diritto giustizia. p.11

Inclusive é a própria lei uma, senão a principal, responsável pelo fim da certeza no direito. De um lado, temos uma verdadeira profusão legislativa¹²³, com alterações diárias e constantes das normas que regulam o comportamento social. Do outro lado, ao mesmo tempo em que se altera a técnica legislativa, passando-se a prever cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que tornam difícil, senão ilusório, determinar *a priori*, *sem dúvidas*, a interpretação a ser dada à norma¹²⁴, passou o legislador a regular mais detalhada e pormenorizadamente as situações da vida.

Ou seja, além de descer cada vez mais aos detalhes da vida, estabelecendo regras de comportamento minuciosas, prevê, também, norma com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, alargando-se imensamente o campo de incidência normativa para áreas antes deixadas fora do campo da juridicidade. Tornou-se impossível o conhecimento da lei e coloca-se em xeque a praticabilidade do princípio “*ignorantia legis neminem excusat*”, mesmo como norma de encerramento do ordenamento¹²⁵.

Se na lei, geral e abstrata, não se encontra mais a certeza que antes representava, busca-se a certeza em algo mais singular e concreto. Contudo, mesmo a *res iudicata*, que tem como própria finalidade estabelecer a definitividade das decisões, como se sabe, não configura um ato de certeza absoluto e irreversível, haja vista as hipóteses de sua desconstituição¹²⁶. Da mesma forma, nada garante que uma segunda decisão seja mais correta que a antecedente. Os custos da certeza jurídica são altos e perigosos¹²⁷ e, invariavelmente, acabam refletindo-se no duelo entre dois valores que estruturam o processo: a busca da verdade¹²⁸ ou o estabelecimento da certeza¹²⁹.

¹²³ CARNELUTTI, *La certezza del diritto*. p. 82; UCKMAR, Victor. «L'incertezza del diritto tributario». In: *La certezza del diritto: Un valore a ritrovare*. Firenze, 2 - 3 ottobre 1992. Milano: Giuffrè, 1993. p. 49.

¹²⁴ Nesse sentido, ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*. p. 206: “Começa então a considerar-se impraticável o postulado da estrita vinculação do juiz à lei, por isso que não é possível elaborar as leis com tanto rigor e fazer a sua interpretação em comentários oficiais de modo tão exacto e esgotante que toda a dúvida à sua aplicação seja afastada”.

¹²⁵ Art. 2º, §3º, da Lei de introdução às normas de direito brasileiro, Decreto-Lei 4.657 de 04 de setembro de 1942.

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. p. 236.

¹²⁷ LONGO, *Certeza del diritto*. p. 127; GIANNINI, *Certeza pubblica*. p. 771.

¹²⁸ A busca da verdade no processo não é o escopo último do processo, apenas uma premissa. Nesse sentido, CALAMANDREI, Piero. «Processo e giustizia». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. V, 1950. p. 284-285. “[...] ma lo scopo del processo non è soltanto la ricerca della verità. Lo scopo del processo è qualcosa di più: è la giustizia, di cui l'accertamento della verità è soltanto una premissa; e proprio qui mi pare che d'ora in avanti debba essere, per gli studiosi del processo, il maggiore impegno scientifico. Per noi processualisti, giustizia ha voluto dire finora legalità: applicazione ai fatti accertati secondo verità della legge vigente, buona o cattiva che sia”.

A certeza é, como visto, uma questão de convicção do sujeito de forma que os “*objetos são tais quais ele os concebe*”¹³⁰. A coisa julgada, como norma que visa à atuação do princípio da certeza do direito e não da verdade, embora muitos ainda assim a concebem, representa exatamente essa mesma ideia. Significa ela uma convicção, não das partes ou do juiz enquanto membro da coletividade, mas convicção do Estado, enquanto instituição, ente abstrato, e do direito, de forma que a alegação de fatos ou argumentos posteriormente ao estabelecimento dessa situação jurídica é irrelevante^{131,132}. É esta a função que a coisa julgada é chamada a desempenhar.

A certeza, no caso, ganha contornos de objetividade dado o caráter formal do ato que cria a situação jurídica, mas não perde sua essência de consistir em uma crença, um crer. É dentro dessa concepção de norma que visa à obtenção de uma certeza prática que a coisa julgada deve ser entendida. Em suma, como a certeza, e instrumento desta, a coisa julgada é uma questão de fé.

3. ASPECTO HISTÓRICO

3.1. Evolução da concepção de coisa julgada no direito brasileiro

Conforme a já clássica lição de Pontes de Miranda, o direito brasileiro “[...] nasceu de galho de planta, que o colonizador português – [...] – trouxe e enxertou no continente”¹³³. Assim, para o estudo do direito privado brasileiro, de um modo geral,

¹²⁹ Carnelutti, como referido supra, coloca que o duelo seria entre os valores certeza e justiça. Discorda-se do referido autor, pois, para a consecução da justiça no processo não é necessário tão-só a reconstrução verdadeira dos fatos. Sobre os requisitos necessários para se obter uma decisão justa, TARUFFO, Michele. «Idee per una teoria della decisione giusta». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, mar. 1997. p. 319. Em relação ao direito brasileiro, ROSSONI, Igor Bimkowski. «O processo justo e a decisão justa no ordenamento brasileiro». *Res Severa Verum Gaudim*: revista científica dos estudantes de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2009. p. 32-36.

¹³⁰ NOVÍSSIMA DELTA LAROUSSE. Enciclopédia e Dicionário. Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A.. p. 444.

¹³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada». In: *Temas de Direito Processual (terceira série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 113.

¹³² É clara a influência da norma prevista no art. 2909 do Código Civil Italiano no pensamento de Barbosa Moreira. Essa tem a seguinte redação: “L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”.

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

mostra-se importante procurar seus fundamentos na velha tradição portuguesa¹³⁴. Todavia, esse estudo, em certas matérias, como a coisa julgada, pouca ou quase nenhuma importância deixou para o hodierno direito processual.

O direito lusitano e o português, dada a influência romana na sua constituição, tinham bem presentes a necessidade de prática da coisa julgada. A concepção de que a sentença não deve ser modificada quando findos os meios impugnativos já estava presente desde as primeiras leis gerais de Dom Afonso II (1211-1223)^{135,136}. Contudo, as Ordenações Manuelinas (3.50. pr.) e Ordenações Filipinas (3.66. pr), ao tratarem do Título “Das sentenças definitivas”¹³⁷ não deram maior desenvolvimento ao conceito de coisa julgada. Diferentemente de outros temas processuais, como, por exemplo, o sistema recursal, o legado deixado pela tradição portuguesa para a “cosa julgada” é praticamente inexistente.

Por esse motivo, as respostas para a compreensão das ideias e concepções que foram consagradas, contemporaneamente, no direito processual brasileiro em relação à *res iudicata* devem ser buscadas não em terras lusitanas, mas na produção doutrinária e legislativa da Europa central, principalmente alemã e italiana. Conforme referiu Ascarelli, é justamente estudando a legislação e a doutrina dos países estrangeiros que se pode perceber as “premissas implícitas” do direito nacional¹³⁸. Isto é, por meio do estudo do direito estrangeiro é possível melhor compreender o próprio direito nacional¹³⁹.

¹³⁴ Curiosamente, o sistema jurídico privado brasileiro é mais próximo à tradição lusitana que o atual sistema privado português; BRAGA DA CRUZ, Guilherme. “A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro”. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, 1955. p. 65.

¹³⁵ TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 287.

¹³⁶ Sobre o papel de D. Afonso II na edição das primeiras leis gerais do reino de Portugal em 1211 e início da centralização do poder nas mãos do monarca; BRAGA DA CRUZ, Guilherme. “O direito subsidiário na história do direito português”. *Revista da consultoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]* (Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul) 4, n. 10 (1974). p. 21, nota de rodapé n. 12.

¹³⁷ No direito lusitano havia duas espécies de sentença, a sentença interlocutória e a sentença definitiva. Logo, a expressão “definitiva” não quer significar sentença não mais sujeita à modificação, mas definitiva em relação ao juízo, pois uma vez proferida, diferentemente da interlocutória, não mais podia ser modificada: (OF 3.65 pr.) “Sentença interlocutoria he chamada em Direito qualquer sentença ou mandado que o Juiz dá, ou manda, em algum feito, antes que dê sentença definitiva. E todo Juiz pôde revogar sua sentença interlocutória, antes que dê a definitiva, porque depois que a definitiva he dada, já se não entremetterá mais para julgar em aquelle feito, que já he findo; e assi a sentença definitiva não poderá ser per o Juiz, que a deu, mais revogada, porque deu per ella fim a todo seu Juizo”.

¹³⁸ Conforme pontua o referido mestre italiano, “Estudando o direito estrangeiro e descobrindo-lhe as premissas, eventualmente diferentes das do seu direito nacional, correr-lhe-á, às vezes, encontrar, ao cabo do estudo de um direito estrangeiro, uma explicação melhor para alguns dos problemas do direito do seu país. É, aliás, o que, em âmbito vasto, acontece com os que, viajando longe da sua pátria, são levados a perceber, através da observação dos países estrangeiros, os característicos do próprio país, colhendo em toda a sua plenitude dados de seu país que, talvez pelo fato de lhes parecerem naturais, haviam anteriormente quase desaperecebido”. ASCARELLI, Tullio. *Premissas ao estudo do direito comparado*. In:

Importante destacar que anteriormente a 1868, ano da publicação da obra fundamental de Oscar Bülow¹⁴⁰, não era de se esperar maiores preocupações com a construção conceitual dos institutos processuais. Isto porque tal obra inaugurou nova fase metodológica do direito processual, apregoando a autonomia do direito processual frente ao direito material, antes considerado um mero procedimento ou direito adjetivo¹⁴¹.

Assim, a análise da obra de juristas italianos e alemães que tergiversaram sobre a *res iudicata* mostra-se de grande importância e utilidade, seja pela influência que tiveram no direito brasileiro, seja pelas contribuições que proporcionaram à ciência processual.

3.2. A concepção da coisa julgada anteriormente ao Código de Processo Civil de 1973

Com o passar do tempo e, paralelamente a este, com a evolução da ciência do direito, a legislação brasileira acompanhou de perto o desenvolvimento das teorias acerca da coisa julgada. De mais a mais, o direito positivo nacional sempre buscou estar atualizado às concepções em voga em relação ao tema. Percebe-se tal fato ao se comparar os textos legais nacionais e as teorias mais atiladas em relação à “*cousa julgada*”.

Quando, já na segunda metade do século XVIII, na Europa, passou a ser prevalente o entendimento da *res iudicata* como presunção ou ficção de verdade, em decorrência da teoria de Pothier¹⁴², o legislador brasileiro, através do Decreto n. 737, de 25

Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado. 2. ed. Com prefácio do Prof. Dr. Waldemar Ferreira. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 9-10,

¹³⁹ ASCARELLI, Tulio. La funzione del diritto comparato. In: *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Giuffrè: Milano, 1952. p. 45.

¹⁴⁰ BÜLOW, Oscar. “*Die Lehre den Proceßeinverden und die Proceßvoraussetzungen*”. Tradução de espanhola, La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Buenos Aires: Ejea, 1964. passim.

¹⁴¹ Em relação a Bülow, conforme Couto e Silva, “O seu mérito está, assim, em considerar o processo sob um novo ângulo; não mais sob o ponto de vista das denominadas exceções processuais, a forma tradicional de encará-lo, em que a relação processual ficava como que na sombra. Cuidou de estabelecer os requisitos ou pressupostos da existência dessa relação, formulando uma crítica candente ao conceito de exceção processual, pois, como foi salientado, havia prejudicado o desenvolvimento de ciência processual, tornando difícil a compreensão de institutos importantes do processo, como, por exemplo, o dos ônus processuais”; COUTO E SILVA, *Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otta Karlowa e Oskar Bülow)*. p. 259-260.

¹⁴² GIANNINI, *Certeza Pública*. p. 770. Contudo, Pugliese refere que já no século XVII, ou seja, um século antes do afirmado por Giannini, tal teoria já retornava com força em França: “Ma proprio in Francia, dove l’oblio della teoria della *praesumptio iuris et de iure* era cominciato, il Domat nella seconda metà dello stesso secolo XVII aprì per essa um nouvo periodo de fulgore. Egli infatti, riaccacciandosi a Menochio, Mascardi, Alciato e, attraverso di essi e i più recenti commentatori, fino a Bartolo e alla glossa, trattò della *res iudicata* nel titolo *Des preuves en général* e incluse esplicitamente *la chose jugée*

de Novembro de 1850, estabeleceu, na Seção VI, intitulada “*Das presunções*”, o artigo 185 que dispunha: “*São presunções legais absolutas os factos, ou actos que a Lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrario, como – a coisa julgada*”. A exemplificação da coisa julgada, como sendo um dos casos de presunções legais absolutas, bem demonstra o acolhimento, por parte do direito positivo brasileiro, das ideias consagradas na doutrina.

Nessa esteira, acompanhavam os juristas brasileiros. Refere Paula Baptista, Lente da Faculdade de Direito do Recife, que as palavras coisa julgada indicam uma decisão, e que o efeito advindo é “*ser tida por verdade*”¹⁴³. Mas, já a esse tempo, iniciavam-se as contestações. João Monteiro, apesar de considerar que a coisa julgada firmava a verdade entre as partes, já se indagava e colocava em “xeque” as doutrinas da presunção ou ficção de verdade. Questiona ele se “[...] *não parecerá mais verdadeiro dizer que a coisa julgada não é nem ficção nem presunção, mas positiva e exclusivamente uma criação da lei?*”¹⁴⁴.

Posteriormente, com a revisão sobre a teoria da coisa julgada empreendida por Giuseppe Chiovenda¹⁴⁵, o legislador incorporou ao ordenamento pátrio as novas ideias. A Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, art. 3º, §3º, já não falava mais em presunção ou verdade. Passa-se à adoção, pelo legislador, da *res iudicata* como preclusão dos meios impugnativos¹⁴⁶.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1939, lei de abrangência nacional, a coisa julgada foi tratada dentro do capítulo intitulado “Da Eficácia da Sentença”, em especial nos artigos 287¹⁴⁷, 288¹⁴⁸ e 289¹⁴⁹. Dada a localização do tema no

fra le *présomptions qui sont autorisées par les lois*”; PUGLIESE, *Res iudicata pro veritate accipitur*. p. 543; Também, PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 787 e ss.

¹⁴³ PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de Theoria e Pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva & Comp., 1935. p. 139.

¹⁴⁴ MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil ou apontamentos para as lições da 3.ª Cadeira do 4º anno da Faculdade de Direito de S. Paulo*. São Paulo: Typografia Acadêmica, 1936. p. 737, nota n. 2.

¹⁴⁵ O primeiro trabalho de Giuseppe Chiovenda que revisitou o tema foi decorrência de uma palestra proferida em 14 de dezembro de 1905 na cidade de Napoli, CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*. passim.

¹⁴⁶ AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*. 1º Volume. Arts. 1 a 290. São Paulo: Saraiva, 1940. p. 359.

¹⁴⁷ Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas.

¹⁴⁸ Art. 288. Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento.

Código, mesmo que não declaradamente, pois não há uma conceituação do que consistiria o instituto, era concebida, pelo legislador, como uma eficácia da sentença, na esteira do entendimento doutrinário majoritário.

A doutrina nacional da época, em sua maioria, encampou a escolha do legislador. Nesse sentido, por exemplo, José da Silva Pacheco afirma, em seu curso, que a “[...] *eficácia da sentença com relação ao que foi decidido, julgado, solucionado, denomina-se coisa julgada material*”¹⁵⁰.

Contudo, a unanimidade de pensamento já não existia e se encontram as mais variadas opiniões a respeito do tema. Já nessa época repercute na doutrina brasileira a obra de Enrico Tullio Liebman, recebendo adeptos e opositores.

Dentre os primeiros, pode-se incluir Pedro Batista Martins, que em seus comentários ao Código de Processo Civil é enfático ao afirmar que “[...] *a autoridade da coisa julgada não é um efeito específico da sentença, como o postula a doutrina dominante, mas só uma qualidade ou um modo de ser dos seus efeitos*”¹⁵¹. Da mesma forma, Fernando de Albuquerque Prado lecionava que a “[...] *coisa julgada traduz a autoridade mesma da sentença, qualidade essa que não se pode confundir como um efeito da decisão judicial*”¹⁵².

Dentre os opositores, destaca-se Francisco Cavalcante Pontes de Miranda. Como era próprio de seu feitio, tece duras críticas à doutrina do mestre peninsular, referindo que “E. T. LIEBMAN prestou o serviço de cancelar a identificação, mas logo caiu no *exagero de teorizar a diferença entre eficácia e coisa julgada material*. O que ele passou a chamar eficácia, restringindo o conceito, foi eficácia menos coisa julgada

¹⁴⁹ Art. 289. Nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: [...].

¹⁵⁰ PACHECO, José da Silva. *Curso teórico-prático do processo civil*. Tomo III. 2. ed., inteiramente revista e melhorada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. p. 39-40.

¹⁵¹ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Tomo 2º. Atualização de José Frederico Marques. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 249. Contudo, percebe-se que o referido autor não conseguiu se livrar totalmente da doutrina que critica. Em outra passagem, à fl. 253, entra em clara contradição ao afirmar “Em sentido material, a coisa julgada se confunde com a própria eficácia específica da sentença”.

¹⁵² PRADO, Fernando de Albuquerque. *A “res judicata” no plano das relações interjurisdicionais*. São Paulo, 1953. p. 12.

material, com tanto direito quanto nós teríamos de chamar casa, de agora em diante, só a que fosse feita de cimento armado”¹⁵³.

O jurista alagoano era adepto da teoria que considerava que a “[...] *fôrça declarativa ou efeito declarativo mais indiscutibilidade (preclusão, fôrça formal de coisa julgada) é igual a fôrça ou efeito de coisa julgada material*”¹⁵⁴, justamente concepção que Liebman afasta em sua obra por considerar infundada¹⁵⁵. Entre os opositores também se encontrava Guilherme Estellita o qual, na “these” apresentada para o cargo de Professor Cathedrático de Direito Judicial Civil da Universidade do Rio de Janeiro, refuta a doutrina liebmaniana, adotando a teoria formulada por Ugo Rocco. Este, por sua vez, concebia o fenômeno da coisa julgada com a extinção do direito de ação frente ao Estado, em clara analogia ao efeito consumativo da *actio*, próprio da *litiscontestatio*¹⁵⁶.

Lopes da Costa, por sua vez, adota posição de difícil identificação. Ele entende que a coisa julgada consiste em uma propriedade da sentença definitiva¹⁵⁷, o que se poderia levar a concluir que adota a teoria liebmaniana. Contudo, não fica claro o seu posicionamento quanto à natureza da coisa julgada, haja vista que não faz qualquer alusão a doutrinadores pertinentes ao tema, nem tece comentários mais substanciais relacionados ao assunto.

Em traços gerais, esse era o quadro existente no direito positivo brasileiro anteriormente à promulgação do Código de Processo Civil de 1973. Como se pode perceber, a legislação relacionada ao tema nunca ficou defasada em relação às construções doutrinárias mais modernas. Pelo menos, especificamente, em relação a essa matéria, pode-se afirmar, com convicção, que a legislação e a doutrina andaram de “mãos-dadas”.

¹⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV (arts. 273-301). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 92.

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV (arts. 273-301). p. 91. Hodiernamente, seguem esse entendimento, v. g.: SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1: processo de conhecimento. p. 455 e ss; MITIDIERO, Daniel Francisco. “Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva”. *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, jul./set. 2003. p. 456-457.

¹⁵⁵ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 12-13; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 22-23.

¹⁵⁶ ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada: fundamento Jurídico e Extensão aos Terceiros*. Rio de Janeiro, 1936. p. 151. Da teorias mais destacadas sobre a coisa julgada, sem dúvida, a de Ugo Rocco, dados os avanços da doutrina, mostra-se hoje insustentável. ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1916; p. 337 e ss. Uma análise detida sobre a referida teoria, MIGLIORE, Rodolfo Pablo. *Autoridad de la cosa juzgada*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. p. 52 e ss.

¹⁵⁷ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. Edição revista, aumentada e atualizada. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 424.

Esse fato novamente é percebido com a nova ordenação processual. Contudo, dado o desenvolvimento e amadurecimento da ciência processual, o embate de ideias se acentua.

De se destacar, por fim, que mesmo neste período de divergências doutrinárias e significativa alteração legislativa, o aspecto prático da coisa julgada de estabelecimento de certeza nas relações sempre foi cristalino, mas sua estrutura e sua coordenação com as normas de direito positivo controvertidas.

4. ASPECTO DOGMÁTICO

Como mencionado no início do capítulo, muitas das escolhas que o legislador faz têm por base o desenvolvimento da ciência do direito¹⁵⁸. Entre as questões mais debatidas pela doutrina processual no início do século passado, e, portanto, anteriormente ao Código de Processo Civil de 1973, está a natureza jurídica da coisa julgada. Dada a influência das ideias de Francesco Carnelutti e, principalmente, de Enrico Tullio Liebman¹⁵⁹ na elaboração do referido Código, é importante uma análise mais detalhada acerca das suas ideias e concepções sobre o instituto.

4.1. Natureza da coisa julgada

No período que compreende o final do século XIX até metade do século XX, era grande a controvérsia doutrinária sobre a natureza jurídica da *res iudicata*. Os juristas europeus, principalmente germânicos, mas também italianos, travavam árdua e infundável disputa entre a teoria substancial e a teoria processual da coisa julgada¹⁶⁰. Cada uma das

¹⁵⁸ LIPARI, *Contributo alla teoria delle eccezioni contro il giudicato*. p. 182.

¹⁵⁹ Sobre a influência de Liebman no Brasil, ver: GRINOVER, Ada Pellegrini. L'insegnamento di Enrico Tullio Liebman in Brasile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1986. p. 704-708; DINAMARCO, Cândido Rangel. Liebman e a cultura processual brasileira. *Revista de processo*, São Paulo, vol. 119, jan. 2005. p. 259-284. Anota Cândido Rangel Dinamarco, no referido ensaio, que “[...] certamente o ponto mais intensamente ligado à obra de Liebman, acatado pelo Código de Processo Civil de 1973, consiste no conceito que fornece de coisa julgada como imutabilidade da sentença, não como seu efeito”.

¹⁶⁰ Sobre o embate no direito europeu, com ampla bibliografia, por todos, PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 812-817

correntes procurava demonstrar, por sua vez, que os efeitos da coisa julgada se davam, ou no plano material (teoria substancial)¹⁶¹, ou no plano processual (teoria processual)^{162,163}.

A questão principal não girava em torno do fato prático do vínculo das partes e do juiz à declaração judicial, mas, sim, em como de explicar a ação desse vínculo¹⁶⁴. A coisa julgada modificava a relação jurídica preexistente, dando-a uma nova configuração; ou consistia em um comando meramente processual e não alterava a relação substancial¹⁶⁵?

A temática mais controvertida tinha como ponto central a sentença injusta, ou seja, a sentença que, ao final, pronunciava um resultado diferente do realmente existente¹⁶⁶, ou seja, quando o ato de certeza estatal não coincidia com a verdadeira situação jurídica. Essa questão foi, sem dúvida, o elemento que deu maior impulso à teoria material¹⁶⁷, pois a teoria processual não conseguiria explicar satisfatoriamente como ocorria a não coincidência entre o plano do direito material e do direito processual¹⁶⁸.

4.1.1. Teoria de Carnelutti sobre a coisa julgada

¹⁶¹ Entre os autores que expressamente aderiram à teoria substancial: “Nonostante le considerazioni ora svolte, vogliamo fin d’ora manifestare la nostra adesione alla teoria sostanziale”; BUSNELLI, Francesco Donato. “Considerazione sul significato e sulla natura della cosa giudicata”. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civil*, Milano, Anno XV, 1961. p. 1325.

¹⁶² Entre os autores que expressamente aderiram à teoria processual: “In breve, noi aderiamo alla concezione processualistica della cosa giudicata”; LIPARI, *Contributo alla teoria delle eccezioni contro il giudicato*. p. 183.

¹⁶³ Sobre a insuficiência tanto teoria material (eficácia constitutiva), quanto processual (eficácia declaratória) da coisa julgada, consulte-se: FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 209-214; também Fazzalari que refere: “Risultano dunque superate, anche per questo verso, vuoi la teoria ‘sostanziale’, vuoi quella ‘processuale’, in quanto offrono spiegazioni pleonastiche ed errate del fenomeno che ci occupa”; FAZZALARI, Elio, «Cosa giudicata e convalida di sfratto». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1956. p. 1324.

¹⁶⁴ CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 225.

¹⁶⁵ “In altre parole, come opera il giudicato? Modifica lo stato di diritto preesistente, imprimendo al rapporto deciso una nuova configurazione; estingue l’obbligazione della quale disconosce a torto l’esistenza? Oppure lascia immutata la situazione di diritto sostanziale, ed esaurisce la sua efficacia nella formazione di un precetto processuale, che al precetto di diritto sostanziale si sovrappone, e su esso in caso di conflitto, prevale”; ALLORIO, Enrico. “Natura della cosa giudicata”. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. XII – Parte I, 1935. p. 217.

¹⁶⁶ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 822-827. Interessante ensaio publicado foi o de Allorio que condiciona a natureza da coisa julgada à finalidade do processo, se composição da lide, teoria material; se atuação do direito, teoria processual; “Che l’antitesi fra dottrina sostanziale e dottrina processuale della cosa giudicata non sai proprio neint’altro che il riflesso di quest’antitesi tra i due modi fondamentali diversi d’intender la destinazione del processo civile, non è difficile dimostrare”; (ALLORIO, *Natura della cosa giudicata*. p. 222). Sobre ele se manifestou Busnelli, escrevendo artigo específico para a análise da doutrina desse autor, referindo o desacerto do pensamento em condicionar a natureza da coisa julgada à finalidade do processo; BUSNELLI, *Considerazione sul significato e sulla natura della cosa giudicata*. p. 1323. Nesse mesmo sentido, LIEBMAN, Enrico T. “Ancora sulle sentenze e sulla cosa giudicata”. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, 1936. p. 250.

¹⁶⁷ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 814.

¹⁶⁸ Allorio, ao criticar a teoria processual, afirma que essa, para justificar a coisa julgada, acaba por criar um vínculo processual sui generis; ALLORIO, *Natura della cosa giudicata*. p. 246.

Importantes trabalhos para a teorização em relação à *res iudicata* foram os efetuados por Francesco Carnelutti, professor da Universidade de Milão. Sua construção teórica, embora ainda apegada à doutrina tradicional de considerar a coisa julgada como um efeito da sentença¹⁶⁹, é mais abrangente e complexa¹⁷⁰ do que, por exemplo, a teoria liebmaniana. Visava o doutrinador, a partir de concepções singulares que possui sobre o processo, a resolver não só os problemas atinentes à natureza da coisa julgada, mas igualmente entraves na elaboração da natureza dos efeitos da sentença, motivo da dificuldade da compreensão de sua construção.

Carnelutti identifica na coisa julgada dois possíveis traços característicos que pertencem, como se verá, a planos distintos: (i) a imperatividade e (ii) a imutabilidade¹⁷¹. Em relação à primeira, ao que tudo indica, o professor milanês utiliza-se de diferentes termos relacionados para expressar a mesma noção. O autor, corretamente, coloca como ponto central das suas construções o instituto da sentença, pois “[...] *qual é o sujeito do predicado ao qual a lei dá o nome de autoridade e Liebman de eficácia? Naturalmente não é e não pode ser outro que a sentença*”¹⁷². Logo, embora o desacerto na equiparação, conforme visto supra, para ele, coisa julgada e sentença são utilizados, praticamente, como sinônimos em muitos trechos¹⁷³.

¹⁶⁹ Para tal constatação basta olhar o índice da obra de Carnelutti para esse coloca a coisa julgada no Livro IV, título I, “DE LOS EFECITOS DEL PROCESO DECOGNICION”; CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del precesso civil*. vol. I. Tradução de de la quinta edicion italina por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. P. XXVIII; também LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 36; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 49.

¹⁷⁰ Entre as dificuldades de compreender as lições do referido autor destaca-se a singularidade de suas concepções sobre o processo e o direito material. Em relação ao tema, importante é corretamente compreender os conceitos de lide, conceito básico no sistema carneluttiano, e processo e interesse, neste sentido: MIGLIORE, *Autoridad de la cosa juzgada*. p. 69.

¹⁷¹ CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 136-146; CARNELUTTI, Francesco. “Bilancio di una polemica”. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. XIV, Parte I, 1937. p. 78; CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. passim; No direito brasileiro: THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 167, jan. 2009. p. 10; BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 136.

¹⁷² No original: Cosa è il soggetto di quel predicato a cui la legge dá il nome di autorità e il Liebman di efficacia? Naturalmente non è e non può essere altro che la sentenza”; CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. p. 206.

¹⁷³ Em outra passagem é enfático nesse sentido: “L’autorità non è la cosa giudicata ma un attributo della cosa giudicata (‘l’autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata’, ‘l’autorità della cosa giudicata’). Cio vuol dire che per cosa giudicata la legge non intende altro che la sentenza, alla quale appunto riconosce cio che essa chiama autorità; ma questa autorità deve dunque essere ciò che dalla sentenza emana, cioè la sua efficacia. Con una metatesi noi chiamiamo cosa giudicata anziché la sentenza”; CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. p. 205.

Disso decorre outra equiparação, de suma importância para a compreensão correta do pensamento de Carnelutti: o referido autor se utiliza das expressões “eficácia da sentença” e “autoridade da coisa julgada”, em muitas passagens, como equivalentes. Por conseguinte, ambas expressam a qualidade de o comando ser imperativo¹⁷⁴. Em outras palavras, a lei atribui ao comando emitido pelo juiz uma eficácia, reconhece-lhe uma autoridade, de modo que essa se torna impositiva para os demais sujeitos. E ao fato de a sentença ter uma ação, ou um peso, sobre a vontade de outro(s) (imperatividade), dá nome específico; chama tal fenômeno de coisa julgada material¹⁷⁵.

A coisa julgada consiste, nesse sentido, em um comando de caráter complementar e particular¹⁷⁶ (*lex specialis*) que se manifesta ou se expande para fora dos limites do processo, haja vista que, ao julgar a relação controvertida – a lide carneluttiana –¹⁷⁷, o comando do juiz faz lei entre as partes¹⁷⁸ (efeito positivo). Por esse motivo, considera o professor da Universidade de Milão que seus efeitos são de natureza material e não processual¹⁷⁹.

Exatamente em razão disso, considera acertada a decisão do legislador italiano de ter colocado o tema da eficácia material da coisa julgada fora do Código de Processo Civil italiano, deixando tal regulamentação para o Código Civil, art. 2.909¹⁸⁰. Para ele, as fontes dos direitos e obrigações, sejam gerais e abstratas, sejam particulares e concretas, não estão no plano processual, mas sim no plano material. Como da decisão decorreria a

¹⁷⁴ “Non occorre altro che il confronto tra la sentenza (del giudice) e il parere (del consulente) per mostrare dunque che la efficacia della sentenza è la sua imperatività”; CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. p. 206. Também: “De todos modos, que al juicio del juez se le atribuya eficacia de mandato explica por qué, en el lenguaje común, la eficacia de la cosa juzgada sea denotada como autoridad”; CARNELUTTI, *Instituciones del preceso civil*. vol. I. p. 138.

¹⁷⁵ CARNELUTTI, *Bilancio di una polemica*. p. 78-79.

¹⁷⁶ CARNELUTTI, *Instituciones del preceso civil*. vol. I. p. 138.

¹⁷⁷ Para uma correta compreensão do conceito de lide de Carnelutti, por todos: CALAMANDREI, Piero. “Il concetto di ‘lite’ nel pensiero di Francesco Carnelutti”. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, Vol. V, Parte I, 1928. passim.

¹⁷⁸ “No hace falta más para concluir que la fórmula más exacta para expresar la eficacia de la cosa juzgada consiste en decir que [...] el juicio del juez hace ley, según decía el antiguo Código civil (art. 1372)” CARNELUTTI, *Instituciones del preceso civil*. vol. I. p. 138.

¹⁷⁹ Esse é um dos motivos que leva uma série de autores a colocar Carnelutti como um dos integrantes da teoria substancial da coisa julgada. Por exemplo, “Nella moderna dottrina italiana, il Carnelutti è solo ad ad affermare risolutamente la natura sostanziale della cosa giudicata [...]”; (ALLORIO, *Natura della cosa giudicata*. p. 220, nota de rodapé n. 2). Contra Liebman, o qual esclarece o sentido que emprega Carnelutti ao se referir ao efeito material da coisa julgada: “Quanto al Carnelutti, egli parla bensì di una efficacia materiale della sentenza, ma in un senso ben diverso, dovuto alla sua originale concezione dell'accertamento come comando complementare che integra la norma [...]”; LIEBMAN, *Ancora sulle sentenza e sulla cosa giudicata*. p. 252, nota de rodapé n. 2.

¹⁸⁰ “Por tanto, el nuevo Código de procedimiento civil ha dejado con razón fuera de sí, remitiéndola al Código civil, la norma que define este tipo de eficacia de la cosa juzgada”; CARNELUTTI, *Instituciones del preceso civil*. vol. I. p. 140.

necessidade de obediência ao comando, esta, necessariamente, deveria advir do plano material.

Já em relação à segunda característica, a imutabilidade do comando, Carnelutti restringe-a ao plano processual, ou seja, ao interior do mesmo processo¹⁸¹. Assim, enquanto liga a imperatividade da decisão à coisa julgada material, relaciona a imutabilidade do conteúdo da sentença à coisa julgada formal^{182,183}.

A composição da lide exige não só que decisão seja imperativa, mas também que esse litígio tenha um fim¹⁸⁴. Essa necessidade de ordem prática da finitude dos conflitos é expressada pelo aforismo latino “*interest rei publicae ut sit finis litium*”. O fim do processo e, conseqüentemente, a imutabilidade da decisão proferida, ocorre quando falta a qualquer juízo o poder de reapreciar o que já fora decidido. Tal fato opera-se com a preclusão dos meios impugnativos normais¹⁸⁵.

Uma vez bem presentes essas distinções feitas por Carnelutti, entre a eficácia material da coisa julgada (função positiva), que não se restringe ao processo em que foi decidida, pois impõe a todos a obediência de seu comando, e a eficácia processual da coisa julgada (função negativa), que consiste na impossibilidade de rediscussão da justiça da decisão, pode-se passar a um terceiro momento: a inter-relação entre as duas eficácias.

O professor da Universidade de Milão reconhece a distinção lógica entre coisa julgada formal (imutabilidade) e a coisa julgada material (imperatividade); contudo, condiciona, em certa medida, a autoridade da sentença como ordem imperativa ao fato de essa adquirir certo grau de imutabilidade¹⁸⁶. Todavia, não exclui a possibilidade de a sentença ser imperativa antes mesmo do trânsito em julgado. Segundo ele, o problema das relações entre efeitos materiais e formais da coisa julgada resolve-se nas normas atinentes à executividade da sentença¹⁸⁷.

¹⁸¹ CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 141.

¹⁸² “Para evitar la confusión, mientras a la imperatividad se la denomina cosa juzgada material, la inmutabilidad toma el nombre de cosa juzgada formal”; CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 142; CARNELUTTI, *Bilancio di una polemica*. p. 78-79.

¹⁸³ Sobre a origem germânica do princípio da coisa julgada formal (*das Principis der Formalkraf des Urteils*) CALAMANDREI, *La Cassazione Civile*. Vol I. p. 100.

¹⁸⁴ CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 142.

¹⁸⁵ Carnelutti bem coloca que a imutabilidade exigida não é absoluta, mas uma imutabilidade “normal”, pois reconhece que certas impugnações não estão sujeitas a prazos preclusivos; CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 143.

¹⁸⁶ CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 144.

¹⁸⁷ “La verdad es que el problema de las relaciones entre la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal lo resuelven, en cambio, las normas que atañen a la ejecutividad de la sentencia”; CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 145.

Entretanto, ao afirmar a possibilidade de a sentença ter sua autoridade reconhecida antes da passagem em julgado (preclusão dos meios impugnativos), entra em contradição com pensamento precedente. Ele refere, em trecho anterior, que “[...] *a coisa julgada formal implica a coisa julgada material, no sentido de que só quando o juízo é dotado de imperatividade passa a ser imutável*”¹⁸⁸, quando, na realidade, as coisas não se passam necessariamente dessa forma.

Ora, se se reconhece a independência lógica entre os dois efeitos, o legislador, dentro de certos limites, pode dispor de como irão operar os efeitos da decisão. Quanto à primeira parte da passagem, não há reparo ao mestre milanês; mas a segunda está invertida. O verbo “implicar” expressa a ideia, própria das ciências naturais, de causa e efeito, ou, mais tecnicamente correto, de imputação¹⁸⁹; assim, se se configura a imutabilidade da decisão (se A), então deve essa decisão ser eficaz (então B deve-ser).

Tal conclusão também possui amparos de ordem lógica, haja vista que de nada adiantaria uma decisão final, definitiva, que não produza efeitos. Toda decisão final, por conseguinte, deve ser obrigatória, pois, caso contrário, o trabalho desenvolvido pelos atores do processo não teria razão de ser: definitividade não imperativa é uma contradição em termos.

Entretanto, o fato de a decisão se tornar imperativa não possui qualquer relação obrigatória com a impossibilidade de sua eventual alteração. Que normalmente os sistemas processuais preferem que haja certa coincidência entre imutabilidade e imperatividade, não há dúvida; e tanto é melhor que assim o seja, caso a urgência em se tutelar o direito pleiteado ou a inconsistência da defesa não determinem outra atitude. Contudo, a decisão pela coincidência da eficácia da decisão com a sua imutabilidade é de ordem política, não lógica¹⁹⁰. No fim, como referiu Carnelutti, tudo dependerá da regulamentação dada pelas normas atinentes à executividade da sentença¹⁹¹.

¹⁸⁸ No original: “La cosa juzgada formal implica la cosa juzgada material, en el sentido de que sólo en cuanto el juicio esté dotado de impemtividad puede pasar a ser inmutable”; CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 143.

¹⁸⁹ Sobre a diferença entre o princípio da causalidade (ciências naturais) e o princípio análogo da imputação (ciência do direito), ver KELSEN, *Teoria pura do direito*. p. 86 e ss.

¹⁹⁰ Referiu Barbosa Moreira, antes das recentes reformas do Código de Processo Civil que visaram a imprimir maior efetividade na tutela jurisdicional prestada, que, em relação ao direito brasileiro, a regra então consagrada era a da coincidência dos efeitos da sentença com o trânsito em julgado: “[...] os efeitos da sentença, estranhos que sejam ao conceito de coisa julgada, em regra começam a produzir-se no momento em que esta se forma, e só excepcionalmente – nos casos taxativos em que a lei assim disponha – a ela se antecipam”; BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 140. Em outro ensaio, o mesmo autor afirma ser “[...] pouco prudente as mais das vezes, permitir que desde logo se produzissem os efeitos de uma sentença ainda sujeita a revisão. Onde não prevaleçam essas razões, ou em sentido contrário pesem outras mais fortes, a sentença será por exceção eficaz antes de tornar-se

Pode-se concluir que o professor milanês compreende a coisa julgada como um fenômeno que visa à proteção da sentença e estabelecimento de certeza através de duplo enfoque: (i) tanto em relação ao conteúdo da sentença, ou seja, em garantir a autoridade do seu comando (coisa julgada material – efeito positivo); (ii) como em relação à forma que esse comando se expressa, em virtude da preclusão dos recursos por meio do fim dos poderes e deveres processuais das partes e do juiz (efeito negativo).

4.1.2. Teoria de Liebman sobre a coisa julgada

Capítulo adicional à polêmica foi introduzido com a publicação, em 1935, reeditada, posteriormente, em 1962, da obra de Enrico Tullio Liebman, então professor da Universidade de Parma, “*Efficacia ed autorità della sentenza*”¹⁹². Ele, partindo das sólidas bases deixadas por Chiovenda, seu mestre, para a reconstrução do instituto¹⁹³, defendeu em sua obra monográfica, como se vê logo na introdução, que a coisa julgada, ao contrário da doutrina majoritária – que a considerava como um efeito da sentença –, consistia em uma “[...] *qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam*”¹⁹⁴.

Em outras palavras, o mestre peninsular via a coisa julgada como “[...] *uma consequência prática muito importante, mas neutra e incolor em seu conteúdo*”¹⁹⁵, não adicionando qualquer elemento à decisão a não ser a qualidade de torná-la não mais

incontrovertível”; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Coisa julgada e declaração”. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 88.

¹⁹¹ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*. vol. I p. 145.

¹⁹² LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. passim; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. passim. Importante destacar que no seu último escrito sobre o tema, Liebman altera sua posição em relação a muitas questões centrais da sua construção em relação à coisa julgada, o que será pontuado oportunamente; LIEBMAN, *Giudicato I*. passim.

¹⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. “Cosa giudicata e competenza”. In: *Saggi di diritto processuale civile volume secondo*. Milano: Giuffrè, 1993. passim; “Cosa giudicata e preclusione”. passim; “Sulla cosa giudicata”. passim. Vale destacar que Liebman, em seu último escrito sobre o tema, se distancia da doutrina de Chiovenda: “Il concetto chiovendiano della cosa giudicata è certo molto autorevole e molto rispettabile, ma non può condizionare l’interpretazione delle norme di legge, dalla quali si deduce invece una nozione della cosa giudicata che considera vincolante la sentenza passata in giudicato, senza distinguere tra sentenza che definisce e quella che non definisce il giudizio, dedicando soltanto una parte del suo oggetto”; LIEBMAN, *Giudicato I*. p. 10.

¹⁹⁴ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 6; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 6.

¹⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Efeitos da sentença e coisa julgada. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 278.

passível de discussão. Com isso, pretendeu superar o antagonismo então existente, pois “[...] *a coisa julgada, por si só, não é nem ‘processual’ nem ‘material’*”¹⁹⁶.

Por se tratar apenas da qualidade de tornar imutável os efeitos da decisão de mérito, reconhece, corretamente, apenas efeito negativo à coisa julgada, negando qualquer efeito positivo. Em relação à questão, pontua que os efeitos positivos decorrem dos efeitos da sentença e não da coisa julgada; “[...] *tal função positiva, assim chamada, da coisa julgada, com esta nada tem a ver, e é simplesmente a eficácia natural da sentença*”¹⁹⁷.

A grande contribuição de Liebman para o tema foi, consoante a pena de Barbosa Moreira, embora não pacífica a opinião, desvincular a coisa julgada da eficácia ou dos efeitos da sentença¹⁹⁸, pois são fenômenos distintos os efeitos da sentença e o fato de estes se tornarem indiscutíveis ou imutáveis¹⁹⁹. Assim, os efeitos da sentença podem ser verificados antes e independentemente do trânsito em julgado²⁰⁰; permite-se, inclusive, a sua alteração por comando de juiz superior ou de outro processo²⁰¹.

Em relação ao momento do surgimento de tais efeitos, não diverge Liebman de Carnelutti. Para ele, a questão da atribuição ou não de efeito suspensivo (obstativo) da eficácia da decisão judicial é, sem dúvida, assunto de política legislativa e não possui conexão lógica com o tema da coisa julgada²⁰², porém merece um esclarecimento.

O legislador, dessa forma, avalia os interesses predominantes na sociedade, em dado momento histórico, e, diante desse quadro, escolhe em qual ponto entre os dois extremos deve se posicionar. Não pode, contudo, ao tomar posição, inviabilizar praticamente a efetivação do princípio oposto²⁰³.

¹⁹⁶ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 32; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 45.

¹⁹⁷ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

¹⁹⁸ Afirma Barbosa Moreira que Liebman “[...] deu passo decisivo no sentido de liberar a problemática da res iudicata da inoportuna vinculação com a da eficácia da sentença”; BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 138; no mesmo sentido: SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1.: processo de conhecimento. p. 458. Em sentido contrário, atribuindo essa distinção à Carnelutti, PUGLIESE, *Giudicato Civile. (diritto vigente)* p. 811. Também de se destacar que o próprio Carnelutti reivindica tal distinção: “Poichè, pertanto, la distinzione tra efficacia e imutabilità era già stata posta da me, [...]”; CARNELUTTI, *Bilancio di una polemica*. p. 79.

¹⁹⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. “Sentença e coisa julgada: recentes polêmicas”. In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 287.

²⁰⁰ No ponto, a sistemática recursal de cada ordenamento mostra-se importante, haja vista que a legislação estabelece os casos em que o recurso é dotado de efeito obstativo da eficácia da decisão. Dessa forma, pode ou não coincidir a produção de efeitos da decisão com o trânsito em julgado.

²⁰¹ LIEBMAN, *Ancora sulle sentenze e sulla cosa giudicata*. p. 241.

²⁰² LIEBMAN, *Efeitos da sentença e coisa julgada*. p. 280.

²⁰³ Em relação aos entes públicos, o legislador brasileiro desconheceu por completo tal comando ao impossibilitar seja a execução provisória, seja a tutela de urgência contra a Fazenda Pública sem o advento do trânsito em julgado do processo, art. 2º-B da Lei 9.494/97, com redação dada pela Medida

Assim, de um lado, tem-se a imediata operatividade da sentença, posição que busca a efetividade do comando; no outro extremo, a suspensão da eficácia da sentença até a formação da coisa julgada, que, por sua vez, prestigia a segurança jurídica²⁰⁴. Dessa forma, o legislador, tendo presente o binômio segurança-efetividade²⁰⁵, é chamado a fazer a difícil escolha de direcionar o sistema processual para um ou para outro princípio; e essa decisão deve se dar de tal forma que não se esvazie, por completo, o conteúdo do princípio não prevalente²⁰⁶.

4.1.3. Proximidade das doutrinas

Ao contrário de Cernelutti, a proposta apresentada por Liebman, dado o corte metodológico que efetua, não se preocupa em analisar a natureza dos efeitos da sentença. Tanto é verdade que uma das distinções efetuadas pelo autor consiste em compreender a eficácia da sentença (função positiva) e a autoridade da coisa julgada (função negativa) como fenômenos distintos²⁰⁷.

Sua intenção é apenas de colocar corretamente o problema da *res iudicata* e explicar no que essa consiste²⁰⁸, permanecendo em aberto a questão da natureza da eficácia material ou processual da sentença²⁰⁹. Na verdade, o que faz o professor da universidade de Parma é excluir a coisa julgada do entrave entre teoria material e processual, pois essa

Provisória 2.180, sobre o ponto, BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo*. 5. ed. rev., atual., ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203-224.

²⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*. p. 140; BARBOSA MOREIRA, *Coisa julgada e declaração*. p. 88.

²⁰⁵ Sobre o binômio segurança-efetividade no processo civil, por todos: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “O problema da eficácia da sentença”. *Genesis: Revista de direito processual civil*, Curitiba, vol. 1, n. 29, jul./set. 1996. passim; também, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60-64.

²⁰⁶ Sobre a “proibição de excesso” como proibição de restrição excessiva de qualquer direito fundamental, consulte-se: ÁVILA, *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 97-101.

²⁰⁷ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

²⁰⁸ GUERRA FILHO, *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*. p. 244.

²⁰⁹ Liebman deixa transparecer sua concepção de finalidade do processo e, por conseguinte, de natureza dos efeitos da coisa julgada: “Ma la concezione moderna della funzione del processo contraddice nettamente questa teoria perchè – [...] – il processo non produce e non crea diritto, non costituisce e non modifica i rapporti giuridici sostanziale delle parti, ma solo li accerta e li attua; e l’eventuale modificazione che si produce, in caso di errore del giudice, sulla situazione preesistente, non è voluta nè considerata come tal dal diritto, nè può servire a definire l’essenza di um istituto giuridico: poichè, anche in questa dannata ipotesi, giuridicamente la volontà della legge, poichè in altri termini ‘apreesiste al processo la volontà dalla legge di essere interpretata e applicata dal giudice’”. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 31; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 44.

disputa consiste em uma “[...] *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*”²¹⁰.

O patrono da escola processual de São Paulo, dessa forma, considera que a eficácia natural da sentença, por si só, não impede que outro juiz reexamine a questão anteriormente decidida. E o ordenamento jurídico, justamente por reconhecer que há a possibilidade de julgamentos contraditórios ou mesmo a duplicidade de julgamentos sobre a mesma questão (art. 485, IV, do CPC), consubstanciou o instituto da coisa julgada com fundamento exclusivo de ordem política e social²¹¹.

E é justamente por ver a coisa julgada apenas como um adjetivo que qualifica o objeto, sem conteúdo material, ou seja, apenas como a qualidade de ser imutável o comando, esvazia, em certo sentido, o conteúdo do instituto. Ao contrário de Carnelutti, que via na autoridade da coisa julgada tanto um aspecto material de imperatividade do conteúdo (autoridade da sentença), como um aspecto formal de sua imutabilidade da sentença, Liebman entendia que essa autoridade consistia apenas na “*imutabilidade do comando emergente da sentença*”²¹². Não obstante, bem compreendidas as ideias expostas, vê-se que as consequências práticas a que ambos chegam não se diferem em demasia.

Imagine-se um objeto que seja fonte de determinado efeito, por exemplo, um corpo incandescente que gera calor. O calor (efeito) não se confunde com a sua fonte (corpo/objeto). Contudo, se fosse possível “fotografar” o corpo fonte do efeito, e esse permanecesse, para o futuro, sempre no mesmo estado, os efeitos, por consequência, seriam sempre os mesmos. Ter-se-ia uma fonte infinita sempre dos mesmos efeitos, não obstante, em contato com agentes externos, sofressem modificações²¹³.

O mesmo ocorre com a sentença. Sentença como fonte não se confunde com a eficácia que dela emana. Apesar da singeleza da metáfora, ela permite explicar as diferentes concepções dos autores estudados, mas que chegam aos mesmos resultados

²¹⁰ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 31; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 44.

²¹¹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 39; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 51.

²¹² LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 39; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 51.

²¹³ Em relação às possíveis modificações dos efeitos fora do processo, a doutrina italiana, já na década de 50 do século passado, fazia considerações em relação ao tema: “[...] il limite della cosa giudicata operi soltanto nella sfera processuale, [...]: l'autorità della cosa giudicata non impedisce già che le parti, fuori del processo, diano un nuovo diverso regolamento ai rapporti definiti dal giudice, ma solo che esse lo chiedano e lo ottengano in un nuovo processo”; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*. p. 1323. A possibilidade de alteração dos efeitos da sentença foi um dos pontos de crítica e Ovídio Baptista à teoria de Liebman; BARBOSA MOREIRA, *Coisa julgada e declaração*. p. 89.

práticos. Enquanto Carnelutti vê na coisa julgada tanto a emanção dos efeitos, quanto a imutabilidade do objeto (fonte), Liebman restringe-a apenas à imutabilidade dos efeitos, desconsiderando a sua fonte e eventuais modificações exteriores. Entretanto, essa restrição não altera a consequência, a sentença como fonte infinita dos mesmos efeitos.

Com a distinção entre efeitos da sentença e o efeito próprio da coisa julgada como uma qualidade da sentença, embora com algumas ressalvas, principalmente de ordem terminológica²¹⁴, as doutrinas de Liebman e de Carnelutti, em suas consequências no campo prático, passam a coincidir. Essa aproximação é reconhecida pelo próprio professor da Universidade de Milão, haja vista que a divergência existente entre os dois é antes terminológica do que propriamente de fundo²¹⁵. Todavia, no plano teórico, a divergência é significativa, principalmente no que diz respeito ao conteúdo da mesma e à eficácia positiva.

5. ASPECTO LEGISLATIVO

5.1. Coisa julgada e limites do direito positivo

O ponto de partida para a interpretação jurídica hoje, ao menos nos países de tradição da *civil law*, é o texto de lei (objeto de interpretação); ao se debruçar sobre as palavras do texto, o intérprete inicia um diálogo, possibilitando que o texto “fale” com ele e revele o seu sentido^{216,217}. O texto, contudo, estabelece uma moldura, de forma que, mesmo uma interpretação corretiva²¹⁸ deve ficar dentro do quadro²¹⁹.

²¹⁴ Procedentes, no nosso entender, as críticas de Carnelutti a Liebman quanto à utilização do termo “autoridade” com sentido negativo, ou seja, como sinônimo de imutabilidade, quando na verdade esse quer significar exatamente o contrário, algo que se impõe; CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*. p. 205; mesmo sentido, PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 810-812.

²¹⁵ Refere Carnelutti: “[...] quelle idee si collocano assai vicine alle mie, certo più vicine di quelle di qualunque altro studioso della cosa giudicata”; CARNELUTTI, *Bilancio di una polemica*. p. 81-82.

²¹⁶ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*. p. 441. Problema distinto é saber se o intérprete é capaz de manter o diálogo com o texto indagando-o corretamente, ou seja, se possui ou não a “precompreensão” que possibilite esse ir e vir; GADAMER, *Verdade e método*. p. 368 e ss.

²¹⁷ Sobre a linguagem que nasce do diálogo do intérprete interagindo com o texto, ou seja, uma linguagem da linguagem, ou linguagem de sobrenível (metalinguagem); CARVALHO, *Direito tributário, linguagem e método*. p. 30-67.

²¹⁸ ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*. p. 195.

²¹⁹ Embora Kelsen, de uma forma geral, refira que a interpretação/aplicação deva ficar dentro do quadro, afirma que o intérprete autêntico pode decidir, inclusive, fora do quadro: “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”; KELSEN, *Teoria pura do direito*. p. 394.

Dessa forma, o instituto da coisa julgada, mesmo dentro de certos limites²²⁰, está à disposição do legislador para eventuais alterações que esse entenda necessárias. Nesse sentido, poder-se-ia questionar se estaria sujeita também a coisa julgada às famosas palavras de Kirchmann: “*Três palavras de correção do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho*”.

A ciência do direito já demonstrou o desacerto desta proposição. Deve-se ter presente que, mesmo com a alteração legislativa, não desaparece o problema a que o legislador dá nova resposta. Essa, por sua vez, só é compreensível quando se entendem os problemas e as respostas dadas até então²²¹.

Ainda, como referido supra, a correta compreensão dos institutos jurídicos envolve mais que apenas a interpretação da legislação pertinente, sendo de fundamental importância seu aspecto histórico e doutrinário. Nesse sentido, “[...] *o instituto jurídico é pois um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, [...], nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito*”²²². Pode-se afirmar que ele possui um conteúdo que transcende às definições legislativas e, da mesma forma, está a salvo dessas, sob pena de se manter a mesma designação, mas transmutar o instituto.

Dentro dessa concepção, além de limites impostos pela hierarquia normativa do ordenamento²²³, também o próprio instituto, e aqui, a coisa julgada, impõe barreiras ao agir do legislador na sua conformação.

É justamente por esse motivo que Barbosa Moreira, em ensaio dedicado a Giuseppe Tarzia, inicia-o utilizando a advertência secular: “*Omnis definitio in iure civile periculosa est*”²²⁴. E destaca que, enquanto os legisladores dos demais países tentam fugir do tema, o Código de Processo Civil de 1973 intentou consagrar uma verdadeira definição

²²⁰ No direito brasileiro a coisa julgada constitui uma garantia fundamental, art. 5º, XXXVI, da CRFB.

²²¹ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*. p. 337.

²²² LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*. p. 13.

²²³ A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou a coisa julgada em seu art. 5º, XXXVI como garantia constitucional, ao estabelecer que “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Nesse sentido, pode-se afirmar que o constituinte adotou um conceito pré-constitucional do instituto, incorporando, ainda que reflexamente, no texto constitucional. Ao assim proceder, o constituinte garante hierarquia constitucional à coisa julgada, não apenas enquanto instituto em si, mas também em relação ao conteúdo mínimo incorporado pela previsão constitucional. Com isto, impede-se que o legislador ordinário, por meio de lei ordinária, possa alterar ou mesmo esvaziar os conteúdos mínimos de garantias constitucionais. Destarte, é possível perceber que a Constituição Federal elevou a coisa julgada à hierarquia constitucional, ao passo que, seu conteúdo mínimo, é pré-constitucional e supra-legal.

²²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano”. In: *Temas de direito processua (nona série)*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 211.

do que consistiria a coisa julgada²²⁵. Mesmo não desconhecendo o brocado latino²²⁶, o assento de definições e, por extensão, a assunção do risco de fazê-lo, foi, antes, propósito expresso do legislador do Código de Processo Civil que, além da coisa julgada, definiu, da mesma forma, o que seriam a conexão e a litispendência²²⁷.

5.2. A regulamentação da coisa julgada no Código de Processo Civil de 1973 e legislação esparsa vigente

O legislador reservou seção especial no Código de Processo Civil de 1973 para a regulamentação da coisa julgada nos artigos 467 a 475. Diferentemente do Código de 1939, que regulava alguns aspectos da coisa julgada dentro do capítulo destinado à eficácia da sentença, no diploma vigente há capítulos distintos para tratar da sentença e da coisa julgada. Tal fato já demonstra diferencial teórico importante e o encampamento da distinção apregoadá por Liebman.

Os referidos dispositivos presentes no capítulo específico da coisa julgada, contudo, não esgotam o tema. Além de outras normas, dentro do próprio Código de Processo, dispõem sobre o assunto, como, por exemplo, §§ 1º e 3º do artigo 301, ou ainda o art. 485, caput, existe, ainda, texto normativo de caráter geral, bem como de caráter especial, pertinente ao instituto em legislação extravagante.

Norma geral sobre a coisa julgada posta fora do estatuto processual é a constante no art. 6º, §3º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010), Decreto Lei 4.657 de 1942, a qual dá uma definição de coisa julgada, segundo a qual “[...] *chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso*”²²⁸.

²²⁵ No original: “In verità, non poche leggi si riferiscono a tal fenomeno, ma di solito non fanno che indicare i presupposti, o gli effetti, od i limiti oggettivi e soggettivi di questi. Il codice brasiliano há inteso andare oltre, per consacrare una vera e propria definizione”; BARBOSA MOREIRA, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*. p. 211.

²²⁶ A referência é expressa: “À força de ser repetido, passou à categoria de adágio jurídico o conselho das fontes romanas, segundo o qual *omnis definitio in jure civile periculosa esta* (D. 50. 17.202). Sem discutir o valor dessa recomendação, de cujo acerto não pomos dúvida, ousamos, contudo, em vários lugares do projeto, desatendê-la, formulando algumas definições, que reputamos estritamente necessárias” (Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973).

²²⁷ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

²²⁸ Art. 6º; § 3º

Da mesma forma, há normatização especial sobre o tema em diversos estatutos que preveem procedimentos especiais. Destacam-se, aqui, exemplificativamente, (i) os artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que cuidam da coisa julgada na tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos²²⁹, (ii) os artigos 26 e 28, caput, da Lei 9.868 de 1999 que trata do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação direta de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, e (iii), por fim, o art. 15 da Lei 5.478 que trata da revisão da ação de alimento, hipótese de relação continuativa.

Em relação ao tema da coisa julgada na tutela coletiva, seja de direitos coletivos propriamente ditos, seja de direitos individuais homogêneos tutelados de forma coletiva, a doutrina já fez ampla análise do instituto²³⁰ e continua a buscar meios de compatibilizar as características próprias da coisa julgada com essa modalidade de tutela diferenciada^{231,232}. Por sua vez, à análise da coisa julgada nos processos objetivos não é dada a devida atenção.

A dispersão, por si só, de normas gerais sobre a coisa julgada em mais de um diploma normativo já torna mais árdua e trabalhosa a tarefa do intérprete de estabelecer ordem e unidade ao tema²³³. Por sua vez, a compatibilização de normas gerais, elaboradas tendo em vista a resolução de uma categoria específica de conflitos individuais, com normas especiais, criadas com o claro intuito de tutelar os novos direitos (segunda onda), torna-se praticamente impossível²³⁴.

²²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. passim.

²³⁰ ZAVASCKI, *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. p. 79-82 e 193-194; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 258 e ss.; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 421-437.

²³¹ A necessidade de adequação da coisa julgada aos novos direitos já, há décadas, havia sido referida: “[...] outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos direitos difusos”; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 50.

²³² O Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil prevê, em seus arts. 930 e seguintes, a introdução do group litigation no direito brasileiro, ao adotar, com o nome de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o processo modelo do mercado de capitais germânico KapMuG; sobre o tema: CABRAL, Antônio do Passo. «O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas». *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, maio 2007. passim; ROSSONI, Igor Bimkowski. «O “incidente de resolução de demanda repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro avanço ou retrocesso?». Editora Magister. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_1er.php?id=802>.

²³³ Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. p. 12.

²³⁴ Refere Sérgio Gilberto Porto que “[...] o instituto da coisa julgada (tal como classicamente concebido) é absolutamente imprestável para a definição dos litígios nos quais o direito posto em causa tenha caráter coletivo ou difuso, eis que projetado para a pacificação apenas de conflitos individuais”; PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1998. p. 11.

5.3. O que é a coisa julgada?

5.3.1. Conceito provisório de coisa julgada

De uma forma geral, os doutrinadores que trataram do tema da coisa julgada no direito brasileiro, sejam em cursos, manuais e comentários à legislação, sejam em artigos científicos, sejam em trabalhos monográficos sobre o assunto, são quase unânimes em afirmar que a *res iudicata* constitui uma qualidade²³⁵ e, nesse sentido, o legislador teria, dentro de certa medida, adotado a teoria de Liebman em relação ao ponto.

O que ainda se controverte, na doutrina pátria, é a questão de saber qual objeto que o predicado qualifica. Em outras palavras, consiste em uma qualidade do que: ou do conteúdo da sentença²³⁶; ou dos efeitos da sentença; ou das eficácias da sentença; ou, ainda, apenas da eficácia declaratória da sentença²³⁷.

Essa ampla aceitação da coisa julgada como uma qualidade se deve muito ao prestígio das ideias de Chiovenda que Liebman deu prosseguimento e desenvolveu, formulando sua tese sobre o tema, a qual, como já dito, foi amplamente aceita em terras brasileiras. Sem dúvida, os pensamentos dos juristas italianos, principalmente deste último,

²³⁵ CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV: arts. 332 a 475. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 319; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2 : tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 384; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 632; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 446; SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1: processo de conhecimento. p. 458; PORTO, *Coisa julgada civil*. p. 48; SILVA, *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. passim; THEODORO JÚNIOR, *Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação*. passim; TALAMINI, Eduardo. «A coisa julgada no tempo (Os "limites temporais" da coisa julgada)». *Revista Jurídica*, n. 354, abr. 2007. p. 20; MITIDIERO, *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. passim; BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*. passim; BARBOSA MOREIRA, *Coisa julgada e declaração*. passim; BARBOSA MOREIRA, *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. passim; BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. passim; BARBOSA MOREIRA, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*. Passim; MOURÃO, *Coisa julgada*. passim.

²³⁶ CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV: arts. 332 a 475. p. 319.

²³⁷ MARINONI; ARENHART, *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 633; SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1.: processo de conhecimento. p. 468; MITIDIERO, *Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. passim; MARINONI; MITIDIERO, *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. p. 446.

encontraram terreno mais fértil no outro lado do atlântico²³⁸, frutificando com muito mais intensidade do que em terras peninsulares²³⁹.

A começar pela exposição de motivos do Código de Processo Civil, o relator, professor Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça, foi categórico ao referir que o “[...] *projeto tentou solucionar esses problemas*”, no caso, problemas do recurso extraordinário, “[...] *perfilhando conceito de coisa julgada elaborada por LIEBMAN e seguido por vários autores*”²⁴⁰. E, muito embora “[...] *do artigo 507 do anteprojeto ao artigo 467 do Código de Processo Civil o conceito de coisa julgada foi se afastando cada vez mais da doutrina de Liebman*”²⁴¹, a alteração efetuada, em princípio, não negaria as ideias do mestre peninsular²⁴². Fica, em aberto, temporariamente, a seguinte questão: foi, realmente, adotado o conceito de coisa julgada de Enrico Tulio Liebman do projeto, no texto final do Código?

5.4. As decisões acobertadas pela coisa julgada

Ninguém ignora que “*A regra é que a autoridade não protege tôdas as palavras que saem da boca do Juiz: - non vox omnis judicis judicati continet auctoritatem*”²⁴³. Da mesma sorte, das decisões proferidas durante o desenvolver do processo, nem todas são acobertadas pelo manto da *res iudicata*. Deve-se, assim, identificar quais atos jurisdicionais são passíveis de adquirirem o selo da indiscutibilidade, ou ainda, que partes dos atos judiciais recebem este selo.

²³⁸ Liebman chegou ao Brasil em momento oportuno para o desenvolvimento da ciência processual, 1940, um ano após a entrada em vigor do Código unitário de Processo Civil de 1939. GRINOVER, Ada Pellegrini. «L'insegnamento di Enrico Tulio Liebman in Brasile». *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1986. p. 704.

²³⁹ FAZZALARI, Elio. «Il cammino della sentenza e della 'cosa giudicata'». *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1988. p. 589-590.

²⁴⁰ Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

²⁴¹ CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV: arts. 332 a 475. p. 318. Em sentido análogo: “Evoluiu, ou melhor, involuiu o legislador brasileiro da doutrina de Liebman, adotada no Anteprojeto, para a posição clássica apontada no Projeto e transformada em lei”, PIMENTEL, Wellington Moreira. «Os limites objetivos da coisa julgada, no Brasil e em Portugal». In: *Estudo de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*, di Ada Pellegrini Grinover [e a.], 331-347. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 337.

²⁴² O texto original do projeto referia: “[...] art. 507. Chama-se coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

²⁴³ PRADO, A “*res judicata*” no plano das relações interjurisdicionais. p. 25.

Estabelece o art. 162 do Código de Processo Civil que os atos do juiz consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. Por conseguinte, é apenas em relação a estes atos que pode se formar a coisa julgada.

A interpretação conjunta dos artigos 467 e 468 do diploma processual limitam a formação da coisa julgada apenas à sentença de mérito. O primeiro dispositivo, ao definir o conceito de coisa julgada material, refere-se à “*sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”²⁴⁴. Ou seja, interpretado apenas o art. 467 do código processual, qualquer sentença não mais sujeita a recurso – independente do seu conteúdo – transitaria materialmente em julgado. Todavia, o art. 468 estabelece que a “[...] *sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”. Isto é, terá força de lei – a *Rechtskraft* do direito alemão – a sentença que julgar a lide, o mérito da demanda. Dessa forma, tem-se que são acobertadas pela coisa julgada tão-somente as sentenças de mérito, que julgam a lide.

A fim de confirmar este entendimento, pode-se também buscar auxílio no meio de impugnação à coisa julgada. É ponto comum na doutrina que a ação rescisória visa a desconstituir sentença transitada em julgado (juízo rescindente) com eventual rejuízo, a seguir, do caso (juízo rescisório). Nesse compasso, a doutrina refere ser a coisa julgada material pressuposto da rescisão²⁴⁵. Ao tratar do remédio, identificou o objeto atacado e estabeleceu os atos sobre os quais pode recair a coisa julgada.

Assim, previu o legislador brasileiro, por meio do art. 485, caput, do Código de Processo Civil, que “[...] *a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando [...]*”, e especifica as hipóteses nos incisos subsequentes.

Da interpretação conjunta dos dispositivos legais supra referidos, pode-se chegar a duas conclusões evidentes, que, do seu raciocínio em sentido contrário, desdobram-se em outras duas: (i) apenas as sentenças de mérito transitam em julgado e podem ser rescindidas; (ii) não são passíveis de rescisão sentenças que não julguem o mérito da causa, pois destas decorre apenas a coisa julgada formal; (iii) o trânsito em

²⁴⁴ Sobre a ausência de sentido na diferenciação estabelecida pelo Código entre recursos ordinários e extraordinários, ver, MOREIRA BARBOSA, La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano. p. 213

²⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 106.

julgado é requisito expresso para a ação rescisória, e, por fim, (iv) as ações passíveis de recurso, não transitadas em julgado, em regra, não são passíveis de rescisão²⁴⁶.

Os problemas surgem já da análise das duas primeiras afirmativas. Ora, ao afirmar que apenas a sentença de mérito é que passa em julgado materialmente e, por consequência, é passível de rescisão, faz-se necessário, antes, ter como pressupostos dois conceitos: (i) o primeiro, estabelecer no consiste o mérito do processo²⁴⁷, e, (ii) mais problemático, qual ato é, para o Código, que configura “sentença”.

Em relação ao conceito de julgamento de mérito, ainda que haja alguma controvérsia, não há maiores problemas interpretativos, pois o art. 269 do diploma processual serve de parâmetro para a interpretação dos arts. 467, 468 e 485, caput, ainda que peque por prever hipóteses em que não há verdadeiro julgamento²⁴⁸. Aquele estabelece quando há resolução do mérito.

Já em relação ao conceito de sentença, atualmente, não há consenso doutrinário. Após a alteração introduzida pela Lei 11.232/05, que modificou a redação do art. 162, §1º²⁴⁹, do Código de Processo Civil, sentença passou a ser o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 do estatuto processual.

Diferentemente da antiga redação, que escolheu critério topológico para a definição do ato sentencial²⁵⁰, o novo conceito, ao adotar critério em função do conteúdo do ato sentencial, permite interpretações no sentido de que seriam possíveis sentenças parciais de mérito²⁵¹ e, por consequência, coisas julgadas parciais²⁵². Embora não se

²⁴⁶ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a rescisão mesmo de decisões interlocutórias que tratem de mérito. Nesse sentido: REsp 784.799/PR, DJe 02/02/2010; REsp 685.738/PR, DJe 03/12/2009.

²⁴⁷ Sobre o conceito de mérito e as suas variantes, DINAMARCO, Candido Rangel. «O conceito de mérito em processo civil». In: *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. passim. O referido doutrinador, esclarece sua posição, à nota de rodapé 37, à fl. 323, ao referir: “Ovído Baptista da Silva diz que ‘Cândido Dinamarco é claro ao identificar mérito com julgamento’ (ib). Esclareço que esse não é meu pensamento. Ao contrário, empenho-me no presente estudo, como já fiz em suas precedentes edições, em demonstrar a opinião de que o mérito é a pretensão trazida ao juiz, em busca da satisfação”. Cabe referir que Dinamarco emprega a expressão “pretensão”, no trecho citado, em seu sentido processual e não de direito material.

²⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, Comentários ao Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565 p. 109.

²⁴⁹ Art. 162. § 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei. (redação dada pela Lei 11.232/05).

²⁵⁰ Art. 162, §1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

²⁵¹ Este entendimento seria reforçado pela previsão do art. 273, §6, do CPC, o qual permite ao juiz a antecipação de tutela “[...] concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”. Ao analisar a referida previsão, Luiz Guilherme Marinoni, já antes das alterações trazidas pela Lei 11.232/05, observava: “A tutela antecipatória, no caso de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, antecipa o momento (compreendido este momento como o final do processo) do julgamento do pedido. Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julgam com base em probabilidade ou cognição sumária. [...] Sendo assim, é obvio que esta tutela antecipatória

desconheça essa orientação, a fim de se evitar análise de outros problemas que essa implicaria em relação ao tema da coisa julgada, adota-se no trabalho o conceito de sentença como ato que põe fim à fase do processo.

Dessa forma, a coisa julgada incide sobre a sentença de mérito transitada em julgado, ou seja, cobre o ato do juiz que julga total ou parcialmente o mérito (art. 468) e que não está mais sujeito à impugnação, seja por meio de recurso ordinário, seja por meio de recurso extraordinário (art. 467). No fundo, continua persistindo o entendimento de Chiovenda que via na coisa julgada o acolhimento ou rejeição da demanda²⁵³.

Em sentido análogo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao comentar o artigo 467 da legislação processual civil, esclarece que o dispositivo denomina coisa julgada material o efeito do trânsito em julgado da sentença, que a torna imutável²⁵⁴.

Diante desse conceito, pode-se chegar a seguinte conclusão sobre a abrangência da coisa julgada. Esta não acoberta (i) decisões que não constituam sentença (§§2º e 3º do art. 162 do CPC); (ii) as sentenças terminativas (art. 267) e (iii) as decisões sobre questões processuais²⁵⁵, como, por exemplo, sobre a competência²⁵⁶.

5.5. Critérios para identificação da coisa julgada

Uma vez estabelecidos os contornos, mesmo que provisórios, do que consiste a coisa julgada, mostra-se necessário estabelecer quais os critérios utilizados pela ciência do

é fundada em cognição exauriente, e não em cognição sumária”; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: 2002. p. 146.

²⁵² AMORIM, José Roberto Neves. *Coisa julgada parcial no processo civil*. São Paulo: Campus Jurídico, 2010. passim.

²⁵³ CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*. p. 245.

²⁵⁴ CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV: arts. 332 a 475. p. 318.

²⁵⁵ Em sentido contrário, pela existência de coisa julgada de questão processual: MOURÃO, *Coisa julgada*. p. 278-279. No direito italiano: FERRI, Corrado. «Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata». *Rivista di diritto processuale*, Padova, Anno XXI (Serie II) n. 3, jul./set. 1966. p. 437-441; MONTESANO, Luigi. «Questioni preliminari e sentenze parziali di merito». In: *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXIV (II Serie), 1969. p. 597-600.

²⁵⁶ CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*. p. 414. Importante destacar, embora em hipótese excepcional, a possibilidade da questão referente à competência transitar materialmente em julgado, conforme exemplo dado por Barbosa Moreira. De forma geral, reconhece o mestre fluminense que sobre a questão da competência forma-se mera preclusão. Entretanto, “*Ter-se-á coisa julgada material, se a questão da competência formar o próprio meritum causae: v.g. na ação rescisória fundada no art. 485, n.º II, fine do Código de Processo Civil*”; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A competência como questão preliminar e como questão de mérito*. In: *Temas de direito processual (quarta série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 104.

direito e pelo legislador brasileiro para identificar a sua existência. Como refere a doutrina, a escolha por um ou outro implica um diferente ponto de vista sobre o mesmo fenômeno.

Esta alteração de posição em relação ao objeto analisado permite que o estudioso possa enxergar o outro lado, antes fora do alcance de sua análise. Com isso, permitiu-se a solução de alguns problemas ou inconsistências que o outro ponto de vista não permitia. Contudo, a troca de posição, ou mudança do critério empregado para a análise, também acarreta a perda da visão da parcela antes disponível à visão.

Assim, enquanto um enfoque permite a visão e a solução de parte dos problemas em relação a determinado objeto, deixando à sombra outra parcela, a alteração do ponto de observação não permite a visão completa do instituto. Isto é, ao se utilizar diferentes critérios, cada qual permite a visão de parte do instituto estudado, possibilitando-se a resposta a diferentes questões; contudo, nenhum desses permite a visão total e a resposta satisfatória a todos os problemas existentes levantados pelos outros pontos de vista.

Importante, por conseguinte, ter conhecimento dos métodos disponíveis para se individuar a coisa julgada e, ato contínuo, ter presente qual deles foi o escolhido para o legislador, a fim de orientar a interpretação e aplicação do direito brasileiro. Isto não significa, contudo, que as construções realizadas em relação ao outro critério não devam ser estudadas, apenas porque não foram positivas no direito pátrio. Estas, do contrário, podem trazer auxílios de valia para a resolução das questões não satisfatoriamente resolvidas por aquele²⁵⁷.

De mais a mais, pode-se adiantar que existem dois polos metodológicos²⁵⁸ para a identificação da coisa julgada: o primeiro, centrado no conceito de ação, consiste na doutrina da tripla identidade (*tria aedem*), pela qual a coisa julgada é identificada pela comparação entre os três elementos da demanda (partes, causa de pedir e pedido); o segundo enfoque – que consiste em um desenvolvimento do primeiro critério pela doutrina alemã do início do século passado – é o do objeto do processo (*Streitgegenstand*). Passa-se,

²⁵⁷ É expressa a lição de Menchini nesse sentido: “[...] è perciò escluso che si possa ternare a studiare il tema della identificazione dei diritti e del concorso di pretese, recuperando integralmente gli strumenti elaborati dalla dottrina classica e trascurando, invece, la felice intuizione, che è alla base di questi studi sull’oggetto del processo: al contrario di quanto accade per i rapporti reali, la qualificazione giuridica non incide sul contenuto della prestazione, oggetto della obbligazione”; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 55.

²⁵⁸ DINAMARCO, *O conceito de mérito em processo civil*. p. 326 e 334.

a seguir, a uma rápida explanação sobre os dois critérios e os desdobramentos de cada um deles.

5.5.1. Tríplice identidade (tria aedem)

O primeiro e mais antigo critério utilizado para identificar a coisa julgada é o da tripla identidade, o qual tem como pano de fundo o conceito da ação como polo metodológico para o estudo do processo. Esse modo de conceber o processo, segundo doutrina de escol, sem tirar o mérito da construção do objeto litigioso (*Streitgegenstand*), corresponde melhor à realidade de inter-relação entre processo e direito material²⁵⁹. Essa opinião pode explicar, em parte, porque até os dias de hoje os doutrinadores italianos e brasileiros se mantêm apegados ao conceito da ação enquanto instituto central do estudo do processo.

Em linhas de máxima, pode-se afirmar que a coisa julgada é o produto do exercício de uma ação ou demanda. Dessa forma, a identificação dos critérios utilizados para o reconhecimento da *res iudicata* é antes um problema de estabelecer os elementos para a individualização da ação²⁶⁰. Assim, em decorrência do paralelismo entre a demanda, a sentença e a coisa julgada, ao se definir os contornos da primeira, permite-se identificar a última²⁶¹. Contudo, deve-se ter presente, consoante a pena de Liebman, que tão só por comodidade metodológica podem ser considerados separadamente os elementos da ação, haja vista que essa é essencialmente uma²⁶².

²⁵⁹ FAZZALARI, Elio. Note in tema di diritto e processo. Milano: Giuffrè, 1957. p. 121.

²⁶⁰ ARAGÃO, E. D. Moniz de. «Conexão e 'tríplice identidade'». *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 10, n. 28, jul. 1983. p. 78; PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 862. Chiovenda é enfático neste sentido: “[...] sempre abbiamo davanti un solo problema fondamentale, il problema della identificazione delle azioni, [...] Ma la domanda giudiziale è una quantità costante nel processo, e l’analisi dei suoi elementi non può farsi di fronte ad una o ad altra questione, ma di fronte al complesso delle questioni cui essa dà luogo. I quali elementi quelli cioè a cui si riferiscono le tre identità tradizionali nella teoria della cosa giudicata, non sono certo creazioni della dottrina o della legge; essi sono i componenti naturali che l’azione, o la domanda giudiziale che la incorpora, ci rivela riguardata nella sua essenza”; CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azioni. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium’. In: *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937) volume primo. Milano: Giuffrè, 1993. p. 159.

²⁶¹ ROCCO, *La sentenza civile*. p. 113.

²⁶² LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. vol. I. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 251.

No ponto, o legislador positivou no art. 301, §2º, do diploma processual, a doutrina clássica do direito romano da *tria eadem*, ou tríplice identidade, pela qual são idênticas duas demandas quando apresentam as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*)²⁶³. Estabelecem-se, dessa forma, os elementos necessários para a identificação da ação e, desse modo, da coisa julgada. E, quanto ao ponto, refere Chiovenda que “[...] *analizando a demanda, vimos que se resolve em três elementos, necessários e essenciais: sujeitos, objeto e causa. Daí deriva esta primeira proposição: duas ações e duas demandas são idênticas quando têm em comum todos os três elementos. A diversidade de um só elemento acarreta diferença de ação*”²⁶⁴.

A referida norma considera que “[...] *uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido*”. Tais elementos identificadores da ação, segundo Chiovenda, não foram arbitrariamente criados pela doutrina ou postos pelo legislador; antes são componentes naturais da demanda e revelam a sua essência²⁶⁵. Entretanto, deve-se ter presente, conforme já pontuado, que não se trata de critério absoluto²⁶⁶.

Ou seja, para o sistema processual brasileiro, a *exceptio rei iudicata* pode ser invocada quando julgada a lide definitivamente, as mesmas partes voltarem a discutir sobre a mesma causa de pedir e pedido²⁶⁷. Assim, mostra-se necessário analisar, mesmo que brevemente, cada um desses três elementos.

²⁶³ Sobre a origem histórica da *tria eadem* e surgimento decorrente da regra *bis de eadem re si ne sit actio*, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 40 e ss; PUGLIESE, *Giudicato Civile (storia)*. p. 738-740.

²⁶⁴ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 354. No mesmo sentido, ARAGÃO, Conexão e 'tríplice identidade'. p. 72; LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. p. 248-249.

²⁶⁵ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium'*. p. 159

²⁶⁶ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 233.

²⁶⁷ Cogliolo afirma que no princípio da civilização romana, dada a simplicidade das relações jurídicas e a taxatividade das posições subjetivas protegidas, não era difícil o exame, pelo pretor, da existência ou não da tríplice identidade. Se se constatava a identidade de *res, personae e actio* denegava ipso iure a legis actio, não se levando a questão ao juiz privado. Todavia, se na causa estivessem em disputa direitos reais ou a demanda anterior consistia em uma *actio in factum* e não fosse possível, de plano, a identificação da relação deduzida anteriormente deduzida em juízo, o pretor adicionava à fórmula a *exceptio rei in iudicium deductae (si non ea res antea in iudicium venisset)* e se remetia toda a controvérsia ao juiz privado com a exceção como questão prejudicial. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo Il diritto romano e Il código civile italiano*. Volume Primo.. p. 14-19.

5.5.1.1. Partes

Embora tenha importância prática a definição do conceito de partes²⁶⁸, a dificuldade no estabelecimento inicia-se, como refere Ovídio A. Baptista da Silva, pela ambiguidade do termo que pode significar tanto porção ou quinhão de algo como aquele que participa, que faz parte²⁶⁹. Da mesma forma, em relação à última acepção referida do termo, o legislador emprega a expressão “partes” ora no sentido processual, ora no sentido substancial, cabendo ao intérprete identificar o sentido empregado caso a caso²⁷⁰.

Por esses motivos, referem Marinoni e Arenhart que constitui um dos conceitos mais problemáticos do direito processual²⁷¹, pois, ao se estabelecer quem é parte no processo, também se define quem é terceiro e, dessa distinção, decorrem diferentes consequências²⁷². Certo é, contudo, que parte no processo constitui conceito “[...] *puramente processual e totalmente independente do direito material*”²⁷³.

Conforme definição já clássica de Chiovenda, a qual se adota no trabalho, “[...] *parte é aquela que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquela em face de quem essa atuação é demandada*”²⁷⁴. E, interpretando essa passagem, refere Ovídio Baptista, que partes, para Chiovenda, são o sujeito que pede (autor) para si alguma providência judicial e aquele contra quem se pede esta providência (réu)²⁷⁵.

²⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1969. p. 233; mesmo sentido, SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. vol. 1: 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 349.

²⁶⁹ SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1: processo de conhecimento. p. 228.

²⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 149.

²⁷¹ MARINONI; ARENHART. *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 168.

²⁷² PORTO, *Coisa julgada civil*. p. 29-30.

²⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. p. 160. “Partes, no sentido processual, são as pessoas que pedem ou em relação às quais se pede a tutela jurisdicional. Trata-se de conceito puramente formal, que do processo deve ser extraído”, SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. vol. 1. p. 350. Mesmo sentido, SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1: processo de conhecimento. p. 227; MARINONI; ARENHART, *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 169. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3-6.

²⁷⁴ CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. p. 234.

²⁷⁵ SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1: processo de conhecimento.. p. 230.

Já Liebman utiliza-se de conceito mais amplo de parte; para ele “[...] são sujeitos da relação [...], assim também são partes do processo os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz”²⁷⁶. Embora encontre adeptos e defensores²⁷⁷, o referido conceito é considerado demasiado extensivo, incluindo entre as partes a figura do assistente simples²⁷⁸. Por esse motivo, de uma forma geral, a doutrina adere, considerando mais acertada, à definição de Chiovenda, aferindo as partes do pedido formulado na petição inicial²⁷⁹. Da mesma forma, tal conceito é de maior utilidade prática, pois permite melhor definição dos tormentosos limites subjetivos da coisa julgada.

Por fim, vale a lembrança de que a mera identidade física da pessoa nem sempre produz identidade subjetiva de ações (*aeadem conductio personarum*)²⁸⁰. A mesma parte pode apresentar-se no processo com diversas qualidades, assim como pessoas diferentes apresentar uma mesma qualidade. Por conseguinte, há identidade subjetiva nas ações quando as partes se apresentam com mesma qualidade, embora fisicamente diversas²⁸¹, como, v.g., na hipótese de sucessão processual²⁸². Do contrário, a mesma pessoa física pode apresentar-se como titular de direitos diferentes decorrente do mesmo fato jurídico.

Assim, por exemplo, uma mesma pessoa pode ser titular de crédito cambiário e causal decorrente de único negócio jurídico²⁸³. Apesar de, aparentemente, tratar-se de crédito da mesma pessoa (credor) em relação ao mesmo fato (negócio causal), pode não

²⁷⁶ LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. vol. I. p. 123.

²⁷⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 54. Veja-se que, no fundo, a divergência de posições decorre do critério escolhido para a conceituação de parte processual. Enquanto que Chiovenda e seus seguidores utilizam como critério o pedido (quem pede e contra quem é pedido), Liebman se vale da “relação jurídica processual”. Dessa sorte, quem integra a relação jurídica processual é parte no processo. Exatamente por este motivo o referido mestre italiano inclui como parte o assistente, conforme refere Candido Ragel Dinamarco na nota 105 do manual de Liebman, cf. LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. vol. I. nota 105. p. 135.

²⁷⁸ MARINONI; ARENHART, *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 169.

²⁷⁹ SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1.: processo de conhecimento. p. 228; MARINONI; ARENHART, *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 170; ALVARO DE OLIVEIRA, MITIDIERO, *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. p. 160; BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2: tomo I. p. 70; PORTO, *Coisa julgada civil*. p. 32.

²⁸⁰ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi*. Cit. p. 64-65.

²⁸¹ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol. I. p. 355. Mesmo sentido: LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. vol. I. p. 124.

²⁸² CARNEIRO, *Intervenção de terceiros*. p. 6.

²⁸³ Pode-se objetar que o exemplo empregado trata de diferentes causas de pedir e não de diferentes qualidades do sujeito de direito. Sob esse ponto de vista, procede a crítica; todavia, a qualidade do sujeito é sempre analisada sob o ponto de vista da causa de pedir. Assim, é impossível o mesmo sujeito, fundada na mesma relação jurídica afirmada em juízo, apresentar qualidades diversas.

haver identidade de parte. Dessa forma, ao titular do crédito é permitido o ingresso de demanda visando ao recebimento do valor devido com base apenas no direito cambiário ou mesmo com base no negócio causal. Dessa forma, uma vez reconhecida judicialmente a prescrição da pretensão cambiária, pode-se voltar a juízo e cobrar o mesmo crédito com base, agora, no negócio causal²⁸⁴.

5.5.1.2. Causa de Pedir

Conforme doutrina clássica, dentre os três elementos utilizados para a análise da identidade das ações, a causa de pedir é o mais delicado²⁸⁵. A controvérsia inicia já ao se estabelecer o seu conteúdo²⁸⁶.

Dessa forma, não obstante a reconhecida dificuldade em firmar conceito unívoco do que consiste a *causa petendi*, referiu José Rogério Cruz e Tucci, no passo da moderna doutrina processual, que essa “[...] *é locução que indica fato ou conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante: ex facto oritur ius – o fato gera o direito e impõe ao juiz*”²⁸⁷. Mais enxuto, mas não menos correto, é Chiovenda, ao referir que a causa de pedir “[...] *indica o fundamento, a razão duma pretensão*”, ou ainda Liebman, para o qual a “[...] *causa da ação (causa petendi) é o fato jurídico que o autor coloca como fundamento de sua demanda, ou seja – na linguagem da*

²⁸⁴ Direito comercial e processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Embargos à ação monitória. Nota promissória prescrita. Propositura de ação contra o avalista. Necessidade de se demonstrar o locupletamento. Precedentes. Prescrita a ação cambial, desaparece a abstração das relações jurídicas cambiais firmadas, devendo o beneficiário do título demonstrar, como causa de pedir na ação própria, o locupletamento ilícito, seja do emitente ou endossante, seja do avalista. Agravo não provido. (AgRg no Ag 549.924/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2004, DJ 05/04/2004, p. 260).

²⁸⁵ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 358. Mesmo sentido, Cruz e Tucci ao afirmar: “É bem de ver, por outro lado, que a problemática concernente à causa de pedir delinea-se, como é curial, a mais complexa e controvertida dentre aquelas que plasmam a questão da individuação da demanda”. CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 29.

²⁸⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. «A 'causa petendi' nas ações reivindicatórias». *Revista de direito processual civil*, São Paulo, v. 6, jul./dez. 1962. p. 185.

²⁸⁷ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 26. Em sentido, contrário, entendendo que a *causa petendi* constitui categoria de direito material, mais precisamente, ação de direito material, SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. 1.: processo de conhecimento. p. 145.

lei –, o título da ação”²⁸⁸. Esta, entretanto, não se confunde com a norma da lei invocada em juízo²⁸⁹.

Nesse compasso, vale destacar a observação de Ernesto Heinitz. O autor esclarece que por *causa petendi* tanto se pode entender como o fato, em senso próprio, alegado pelo autor para justificar a sua pretensão – tal como conceituado acima por Tucci –, como ainda a relação jurídica sobre a qual ele se baseia, na esteira da doutrina chiovendiana. Pontua ainda o mesmo doutrinador italiano que, da escolha, por uma ou outra das definições, chega-se necessariamente a resultados diferentes²⁹⁰. Nesse sentido, percebe-se que, já pela definição de causa de pedir, pode-se identificar, antecipadamente, a posição do doutrinador acerca da teoria que adota, se da individuação ou se da substanciação.

O direito positivo brasileiro, embora não seja pacífica a afirmativa²⁹¹, ao estabelecer em seu art. 282, inciso III, do Código de Processo Civil a necessidade de indicar não só os fundamentos do pedido, mas também, conjuntamente, o fato que o embasa, adotou a teoria da substanciação, ao invés da individuação²⁹².

²⁸⁸ LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. vol. I. p. 249.

²⁸⁹ E deixa claro que “Excluamos, antes de mais nada, que a causa petendi seja a norma de lei invocada pela parte em juízo”. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 358.

²⁹⁰ HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937. p. 149.

²⁹¹ Contra, Ovídio Baptista: “Ao contrário, porém, do que se possa imaginar, nosso Código não se filia à corrente doutrinária da substanciação, como de resto não acolhe a doutrina contrária, radical, da individualização, mesmo porque, modernamente, as duas posições radicais são rejeitadas”; SILVA, Ovídio A. Baptista da. «Os limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual». In: *Sentença e coisa julgada. ensaios e pareceres*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1979. p. 166. Ainda no Código de Processo Civil de 1939, Botelho de Mesquita se colocava contrário à adoção pura da teoria da substanciação. Dada a similitude entre a redação do art. 158, III, - “A ação terá início por petição escrita, na qual, delimitados os termos do seu objeto, serão indicados: [...] III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, expostos com clareza e precisão, de maneira que o réu possa preparar a defesa”. – deste diploma, com a atual redação do art. 282, III, da legislação processual vigente, é pertinente a lição: “É bem verdade que nossa lei processual exige que conste da petição inicial a indicação dos fatos constitutivos mas isto, a meu ver, não leva à conclusão de que tenhamos aderido àquela corrente doutrinária. [...]. Parece-me que se deva entender por ‘fundamentos jurídicos do pedido’ a relação jurídica controvertida e o direito particular dela decorrente. E não vejo nisto filiação à teoria da substanciação, mas, diversamente, entendo que a lei processual brasileira adotou uma posição de grande equilíbrio entre ambas as correntes conflitantes, dando importância tanto para os fatos constitutivos, como aos elementos de direito, na medida em que sirvam para individuar a pretensão do autor, como resulta da expressão legal ‘de maneira que o réu possa preparar a sua defesa’ empregada no inciso III do art. 158 do Código de Processo Civil”; MESQUITA, A ‘causa petendi’ nas ações reivindicatórias. p. 197. Adotando uma disciplina conciliadora no direito processual pátrio atual, LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. p. 91.

²⁹² CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 153; ALVADO DE OLIVEIRA; MITIDIERO. *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. p. 150;

A diferença entre as duas teorias (Substantiierungstheorie e Individualisierungstheorie), resumidamente, consiste em estabelecer o conteúdo mínimo para a identificação da demanda²⁹³. Para a primeira (substanciação) é necessária a alegação do fato constitutivo da pretensão exercida (*causa agendi remota*), enquanto a segunda identifica a causa de pedir na relação jurídica afirmada pelo autor (*causa agendi proxima*)²⁹⁴.

O valor da contraposição entre ambas as concepções da *causa petendi* ganha em importância nas demandas referentes a direitos pessoais, ou relativos (direitos ou demandas heterodeterminadas), haja vista que, nestas, a pretensão pode ter como causa diversos títulos aquisitivos. Já para as demandas autodeterminadas, as quais são identificadas pelo próprio direito e não pelo título de sua aquisição²⁹⁵, o fato remoto apresenta-se como irrelevante para a identificação do direito. Por isso, cita Liebman, ao tratar do direito de propriedade, que “[...] *não muda a causa petendi pelo simples fato de haver referência a um ou a outro dos possíveis títulos de aquisição*”²⁹⁶. Entre os direitos autodeterminados, a doutrina sempre destaca os direitos reais, conforme exemplo acima, e de *status familiae et civitatis*²⁹⁷.

Conforme Ernesto Heinitz, valendo-se da pena de Rosemberg, a escolha por uma ou por outra implica diferentes respostas para questões como a alteração da demanda e os limites da coisa julgada²⁹⁸. Entretanto, o distanciamento entre as duas concepção foi encurtada pela doutrina. Conforme pontuou Fazzalarri, na realidade, está-se diante das duas faces do mesmo fenômeno, porque propugnar pela alegação dos fatos constitutivos ou pela relação jurídica significa adotar o ponto de vista do suporte fático ou dos efeitos que este produz, dois pontos de vista perfeitamente compatíveis²⁹⁹.

²⁹³ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 93.

²⁹⁴ HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 146; FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*. p. 118. No direito brasileiro, LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. p. 87.

²⁹⁵ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 120.

²⁹⁶ LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. vol. I. p. 250.

²⁹⁷ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 213, 217-218; mesmo sentido, CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 360-361.

²⁹⁸ Conforme pontua o referido autor, “*La controversia fu trattata nella dottrina tedesca sopra tutto riguardo al contenuto necessario della domanda giudiziale, ma l'importanza è, come rileva a ragione il Rosenberg, ben più profonda, sopra tutto per la questione del mutamento della domanda e della estensione della cosa giudicata*”. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 147. No direito brasileiro, SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1.: processo de conhecimento. p. 491.

²⁹⁹ FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*. 118.

Assim, para o direito brasileiro, ao adotar a teoria da substanciação, torna-se “[...] irrelevante para a causa de pedir tanto a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apoia sua pretensão [...], como a norma jurídica aplicável à espécie”³⁰⁰. Conforme referido por Renato Montans de Sá, em decorrência do sistema de preclusões do direito processual brasileiro, se verifica a “[...] supremacia dos fatos sobre a fundamentação jurídica”³⁰¹. Dessa forma, a “[...] simples mudança do ponto de vista jurídico (ou seja, a invocação duma norma diferente no caso de que em fato possa incidir em diferentes normas de lei) não importa diversidade de ações”³⁰², ainda que a fundamentação jurídica tenha uma maior importância nos direitos absolutos³⁰³. Não há qualquer impedimento, dado o aforismo *iura novit curia*, a que se requalifique juridicamente a demanda³⁰⁴, desde que obedecido o princípio da demanda e ao contraditório. Contudo, a qualificação jurídica deve ser feita sempre em relação ao fato constitutivo do direito trazido ao processo pelas partes.

De ordinário, a parte autora no processo delimita o objeto do processo e da sentença com sua petição inicial³⁰⁵. Conforme o princípio dispositivo em sentido material, ou princípio da demanda, artigos 2º, 128 e 262, do Código de Processo Civil, exposta a situação da vida na peça vestibular, e não tendo o réu feito valer defesa que alargue os contornos objetivos da controvérsia, v. g. ação declaratória incidental (art. 5º) e reconvenção (art. 315 a 318), fixa-se o objeto do processo³⁰⁶. Se não houver outros percalços no desenvolvimento do processo, ante o princípio da congruência, coincidirá o objeto do processo, o pronunciamento da decisão e a coisa julgada³⁰⁷: *Sententia debet esser conformis libelo*.

³⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil*: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. p. 151.

³⁰¹ SÁ, Renato Montans de. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86

³⁰² CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 358.

³⁰³ SÁ, *Eficácia preclusiva da coisa julgada*. p. 86.

³⁰⁴ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 208.

³⁰⁵ Conforme refere Rocco, o princípio da correlação entre objeto da ação e objeto da sentença impõe uma dupla obrigação ao juiz; (i) pronunciar sobre toda a demanda das partes e (ii) só sobre a demanda das partes; ROCCO, *La sentenza civile*. p. 113.

³⁰⁶ Em sentido contrário, Heitor Sica; o referido doutrinador, indo de encontro a um processo civil do autor, defende que o réu apresenta verdadeira demanda contra o autor; SICA, *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu. p. 205 e ss.

³⁰⁷ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium'*. p. 158; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 12.

A divisão das tarefas entre partes e juiz no processo permite que este último ator, tendo como limite intransponível o fato jurídico exposto³⁰⁸, examine-o livremente e, caso entenda, altere o ponto de vista jurídico até então discutido. Isto é possível porque, em relação à determinação e aplicação da norma ao caso, não se impõe limites à atividade judicial (*iura novit curia*)³⁰⁹, desde que respeitado o contraditório.

Ao tratar do “*cambio del punto de vista juridico*”, ou seja, da identificação da norma aplicável ao caso, Leonardo Prieto Castro, já em 1956, afirma que tal faculdade do juiz não pode redundar em arbítrio e surpresa às partes. Para ele, a defesa dos litigantes não é garantida se o juiz se restringe a observar na sua integralidade os fatos aportados pelas partes e os seus pedidos. Antes, faz-se necessário e justo um tratamento que evite a “*gran sorpresa*” ao litigante, de modo que, se soubesse, a tempo, a forma de pensar do julgador sobre a qualificação dos fatos e da relação jurídica, alteraria a maneira de conduzir, respectivamente, o seu ataque ou a sua defesa³¹⁰.

Importante é perceber que, mesmo sendo possível a requalificação jurídica dos fatos, ao se adotar a teoria da substanciação, o objeto do litígio é reduzido, dado que esse diz respeito apenas à relação jurídica que tem como fundamento o fato substancial alegado³¹¹. Dessa sorte, a coisa julgada e a eficácia preclusiva da coisa julgada não

³⁰⁸ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. p. 152.

³⁰⁹ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium'*. p. 174.

³¹⁰ No original: “[...] la defensa de los litigantes no es completa ni se observa en toda su integralidad los principios de controversia y dispositivo con sólo indicar al Juez que respete los hechos aportados por las partes y se acomode a los pedimentos (objeto); sino que estiman necesario y justo un tratamiento que evite la gran sorpresa al litigante que, tal vez, si hubiese sabido a tiempo cómo piensa el juzgador sobre la calificación de los hechos y de la relación jurídica, habría también cambiado o completado su ataque o, respectivamente, su defensa”; CASTRO, Leonardo Prieto. «El cambio del punto de vista juridico». *Revista de derecho procesal*, 1956. p. 262. No direito brasileiro, já a clássica lição segundo a qual “[...] a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente da sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia oitiva das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório». *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 59, nov. 1993. p. 316. Também, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. «A garantia do contraditório». In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 236-237.

³¹¹ Contra, defendendo uma “c.d. teoria neosostanziale”, por entender que tal restrição fere a paridade de armas entre autor e réu, haja vista que o autor poderia dosar seus meios de ataque, enquanto o réu, dado o princípio da eventualidade, deveria expor toda sua defesa em única oportunidade, MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 12.

alcançam outros fatos não alegados que poderiam dar azo a um acúmulo de demandas, tendência que se observa atualmente no direito estrangeiro³¹².

Pode-se concluir, nesse compasso, que se exigir a identificação dos fatos constitutivos do direito do autor (art. 282, III, do CPC) na petição inicial, eventual pronunciamento judicial sobre o mérito do direito encontrará limites no próprio fato alegado. Tem-se que, ao se adotar a teoria da substanciação, os limites objetivos da demanda, e, dessa forma, da coisa julgada, são mais restritos e a eficácia preclusiva da coisa julgada tem sua dimensão atenuada.

5.5.1.3. Pedido

A doutrina, de um modo geral, afirma que o pedido consiste no objeto da ação (pretensão processual)³¹³; em outras palavras, o que ele solicita lhe seja assegurado pelo órgão jurisdicional³¹⁴. Ele deve ser individuado tanto com base na tutela jurisdicional pretendida (objeto imediato), como pelo bem jurídico a que o provimento se refere (objeto mediato)³¹⁵. O primeiro diz respeito ao plano processual, identificando qual o tipo de tutela

³¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. «Redimensionamento da coisa julgada». *Res severa verum gaudium*. Revista científica dos estudantes de direito da UFRGS, Porto Alegre, jul. 2009. p. 17-24.

³¹³ Em relação à pretensão processual, interessantes as breves colocações de Santiago Sentís Melendo na apresentação à tradução da obra de Schwab. SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. IX-XII. Vale destacar também o escrito de Guasp sobre a pretensão processual; contudo, a sua definição ganha contorno sociológico, pois, segundo ele, o escopo do processo é a pacificação social e seu objeto (pretensão processual) é influenciado por sua finalidade. GUASP, Jaime. «La pretesa processuale». *Jus - rivista di scienze giuridiche*, Milano, Dicembre 1951. p. 465 e ss. Embora não seja momento, nem local apropriado para se discutir o conceito de pretensão processual, parece-nos que a esta cabem as mesmas críticas que Fazzalari fez à pretensão de direito material, ao conceituá-la como “flatus vocis”. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*. p. 13. Entretanto, as colocações do referido autor, ao menos no direito positivo brasileiro, podem ser admitidas *cum granis salis*, haja vista que o legislador brasileiro encampou a pretensão material no ordenamento pátrio, atribuindo-lhe claros contornos e funções.

³¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. p. 152; SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. vol. 1. p. 165. Mais recentemente, Ricardo Leonel é enfático: “[...] o objeto litigioso do processo civil nada mais é que a pretensão processual, consubstanciada no pedido formulado pelo autor ou pelo réu, [...], considerado tanto o provimento judicial pretendido (pedido imediato) como o bem jurídico (pedido mediato)”. Contudo, o referido autor tempera seu posicionamento, afirmando, em seguida, que a pretensão processual reflete o direito material deduzido em status assertionis; LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. p. 103-104.

³¹⁵ LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. vol. I. p. 251.

pleiteada (declaração, condenação, constituição, execução ou mandamento)³¹⁶, enquanto que o outro informa quanto ao bem do plano do direito material, ou seja, qual o bem da vida pretendido pelo autor.

Tal elemento, importante para a individuação da demanda, não deve, contudo, ser superdimensionado e visto como objeto central do processo³¹⁷, perdendo qualquer ponto de contato com o direito material³¹⁸. Mesmo a doutrina que considerava o objeto litigioso puramente processual e nega a influência dos fatos da vida ou elementos de direito material para sua delimitação, acaba se socorrendo deles para identificar se a pretensão referente a direitos relativos é idêntica³¹⁹. A busca de auxílio nos fatos só demonstra a indissociabilidade, já referida, dos elementos identificadores da demanda³²⁰, e a incorreção de se pensar no objeto do processo como categoria determinada, apenas, por elementos do direito processual.

A regulamentação legal do pedido, arts. 286 a 294 do Código de Processo Civil, não descurou essa imbricação e inter-relação entre o direito substancial e pedido a fim de garantir a instrumentalidade própria do processo. Para isso, bastam ver as minuciosas disposições sobre a configuração do pedido a depender da espécie de direito material posta em causa. Assim, por exemplo, o art. 288 do ordenamento processual permite o pedido alternativo quando, “[...] *pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo*”; também há a possibilidade de feitura de pedido genérico, “*nas ações universais, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados*” (art. 286, I, do CPC), ou ainda “[...] *quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito*” (art. 286, II, do CPC). Vê-se, por conseguinte, que o pedido não pode ser entendido isoladamente em si, sem qualquer mínima relação com elementos do direito material.

Por certo, o pedido é elemento indispensável para a individualização da demanda a partir do critério da tripla identidade, mas não pode ser considerado

³¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 145 e ss.

³¹⁷ SCHWAB, J. *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 5; 20; 101; 104; 123; 187; 208; 215; 243.

³¹⁸ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 38; no direito brasileiro, CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 102-106; contra, excluindo qualquer elemento do direito material, DINAMARCO, *O conceito de mérito em processo civil*. p. 348. O referido processualista é enfático, à nota de rodapé 79, ao afirmar: “*Decididamente, tenho por objeto do processo somente o pedido, repudiando decididamente a inclusão da causa de pedir*”.

³¹⁹ SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 150.

³²⁰ LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. vol. I. p. 251.

isoladamente o objeto do processo³²¹. Aceitar como verdadeira a afirmativa de que o pedido é o objeto do processo implica colocar como questão central de conhecimento do juízo a tutela processual pretendida, bem como o bem da vida buscado com a demanda. Deve-se, antes, diferenciar o objeto buscado através da demanda, do próprio objeto do processo. Caso contrário, ter-se-á como objeto do processo uma categoria processual (pedido – *Begehren*) o que implica o afastamento, para um segundo plano, da instrumentalidade entre processo e direito material.

Em rápida síntese, após analisados sumariamente os três elementos da tripla identidade, pode-se afirmar que há identidade de demandas quando: (i) as mesmas partes (aquele que pediu e aquele contra a qual foi pedido), apresentando a mesma qualidade; (ii) voltam a juízo para discutir a mesma relação jurídica, fundada sob a mesma alegação de fato; (iii) solicitando ao juiz a mesma providência jurisdicional sobre o mesmo bem da vida. Conforme doutrina já clássica, a alteração de um dos elementos acarreta na alteração da demanda³²².

5.5.2. Objeto do processo

Ao lado da ação, o outro polo metodológico de estudo do processo consiste no seu objeto, isto é, no objeto litigioso ou objeto do processo. Consoante anteriormente adiantado, o estudo do objeto do processo, como polo alternativo à ação, decorreu de desdobramento dos estudos sobre a causa de pedir, principalmente da polêmica ocorrida entre defensores da teoria da substanciação e individuação³²³, ante a dificuldade de se

³²¹ Heinitz, analisando o objeto do processo a partir da teoria da *tria eaden*, não o identifica apenas no pedido: “Ci pare quindi attenerci all’insegnamento, secondo cui l’oggetto del processo, la pretesa processuale, si identifica mediante petitum e causa petendi. Fa d’uopo tuttavia mettere in rilievo che due nozioni, sebbene esse possano considerarsi isolatamente, non hanno un’esistenza própria indipendente, ma costituiscono soltanto due lati di una stessa cosa. Il petitum è identificato, non soltanto motivato, dalla causa petendi, e anche la causa petendi è tale soltanto in relazione al petitum”; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 135.

³²² CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 354.

³²³ “L’origine della teoria moderna dell’oggetto del processo va ricercata nella definizione della domanda giudiziale, e, in relazione ad essa, nella polemica fra i seguaci della due teoria, della sostanziazione e della individuazione”; STEFANO, Giuseppe de. «Per una teoria dell’oggetto del processo». In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. volume terzo. Padova: CEDAM, 1958. p. 228. No mesmo escrito, em passagem mais a frente, o referido doutrinador italiano apontou para uma tendência à substituição de conceitos clássicos, por outros; contudo, advertiu para os entraves para a referida substituição: “*Si vede bene la tendenza ad abbandonare molti concetti classici, come azione, rapporto processuale e simili. Ma non si vede quali concetti si vogliano sostituire e soprattutto in quale quadro di categoria scientifiche debba essere pensato il fenomeno di cui si tratta*”; *ibidem*. p. 232.

estabelecer o conteúdo da *causa petendi*³²⁴. Os processualistas alemães, a fim de contornar os problemas enfrentados e responder uma série de questões em aberto, passaram a analisar o processo sob outra perspectiva, abandonando o ponto de vista subjetivo da demanda. Assim, o centro das atenções doutrinárias deixa de ser a demanda, ou a ação, e passa a ser o objeto do processo ou objeto litigioso do processo³²⁵. No fundo, segundo Schwab, a alteração do polo metodológico da ação para o objeto litigioso buscou a construção de conceito unitário, válido para todas as classes de ações e para todas as instituições para as quais o objeto do processo tenha relevância³²⁶.

A noção de objeto litigioso (*Streitgegenstand*), ou simplesmente objeto do processo³²⁷, foi matéria de ampla elaboração pela doutrina alemã³²⁸. Conforme nos informa Schwab, ainda na década de cinquenta do século passado, passados mais de setenta anos da vigência da ZPO, não havia consenso no que este consistia³²⁹. Mas, desde o princípio, dúvidas não pairavam sobre a importância do conceito em relação a três temas fundamentais do direito processual, na linha de estabelecimento de conceito unário do processo: coisa julgada, litispendência e alteração da demanda³³⁰. Vale frisar que há

³²⁴ “[...] della difficoltà di rinvenire criteri d’identificazione dei diritti, specie potestativi e di credito, capaci di riscuotere generale consenso, si è spostata la riflessione sul contenuto dell’Aspruch processuale e si è negata la necessità di qualsiasi riferimento alle figure sostanziali, per la determinazione di esso; si è così teorizzata l’astrazione del processo rispetto al diritto sostanziale”; MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 23.

³²⁵ “Da non pochi anni ormai il pensiero giuridico tedesco manifesta la tendenza ad abbandonare il concetto del diritto di azione per definire in termini diversi l’oggetto della lite e del giudizio”; TARZIA, Giuseppe. «Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo». *Jus rivista di scienze giuridiche*, Milano, vol. 7º, fasc. II, jun. 1956. p. 266.

³²⁶ “La meta de toda teoria del objeto litigioso debe consistir en hallar um concepto unitario, válido par todas las clases de acciones y para las instituciones en las que il objeto litigioso tenga relevância”; SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 99.

³²⁷ No direito brasileiro é clássica a lição de Sydney Sanches o qual diferencia (i) o objeto do processo, conceito mais amplo que engloba toda a matéria que deve ser apreciada pelo juiz, (ii) do objeto litigioso do processo, que constitui apenas em uma parte do objeto do processo: “Por aí se vê que objeto do processo não é apenas o pedido do autor, ou sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo) deva ser decidido pelo juiz. Não é só o objeto do iudicium mas também da simples cognitio. Enfim, todas as questões de fato, ou de direito, relacionadas, ou não, com o mérito, com o início, o desenvolvimento e o fim do processo[...] Enfim, o objeto do processo é gênero a que se filia a espécie objeto litigioso do processo”. SANCHES, Sydney. «Objeto do processo e objeto litigioso do processo». *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 16. jul. 1979. p. 152. Embora não se negue o mérito da distinção, no texto, utiliza-se tanto uma como a outra expressão para se referir ao objeto de controvérsia do processo, ou seja, ao objeto litigioso de Sanches.

³²⁸ Villata passa em revista a ampla bibliografia tedeista sobre o tema; VILLATA, Riccardo. *L’esecuzione delle decisione del consiglio di stato*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 414; STEFANO, *Per una teoria dell’oggetto del processo*. p. 227; TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo*. p. 266; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 19.

³²⁹ SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 99. No mesmo sentido, TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo*. p. 265.

³³⁰ Nesse sentido: Lent: “Nel corso del processo, lo Studio dell’oggetto della controversia acquista significato in ordine a tre importanti questioni che stanno in correlazione tra loro, e cioè l’eccezione di litispendenza, la modificazione dell’azione e i limiti oggettivi della cosa giudicata”; LENT, Friedrich. «Contributo alla

autores, ainda, que incluem a cumulação de ações como conceito dependente ao de objeto do processo, embora, reconhecidamente, com menor importância³³¹.

Ainda, segundo o referido processualista alemão, podiam-se identificar três correntes principais em relação ao tema. A primeira via na pretensão processual a afirmação de um direito material (*Rechtsbehauptung*); a segunda, abandonando qualquer vinculação com o direito material, concebia o objeto do juízo como o estado de coisas (*Sachverhalt*) exposto e o pedido (*Antrag*). A última, também puramente processual, arquitetava o objeto apenas pelo pedido formulado (*Begehren*)³³². Consenso existia apenas em conceber o objeto do processo como conteúdo neutro, como conteúdo hipotético, utilizado apenas para identificar o objeto de discussão e de decisão³³³.

Consoante já adiantado, dada a dificuldade de se encontrar critérios para a identificação dos direitos, principalmente os direitos potestativos e de crédito, passou a doutrina à reflexão sobre o conteúdo da pretensão processual³³⁴. Com a obra de Bötticher, dedicada à análise dos casos de anulação de casamento e divórcio, exclui-se o estado de fatos do objeto litigioso e se identifica a demanda unicamente com pedido, prescindindo do seu fundamento³³⁵; ou seja, o direito material levado a juízo deixa de ter importância para a definição e limitação do objeto do processo. A essa forma de conceber o objeto litigioso, em linha gerias, adere Schwab e desenvolve a construção de Bötticher às últimas consequências³³⁶.

dottrina dell'oggetto del processo». *Jus Rivista di scienze giuridiche*, Milano, Anno V – Fasc. IV Dicembre 1953. p. 431; Heinitz: “La questione fondamentale resta sempre quale sia l’oggetto del processo e tale problema è il medesimo per la cosa giudicata, la litispendenza e il mutamento della domanda”; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 135. A importância que Schwab dá a esses três elementos pode ser observada na forma como estrutura a sua obra. Ao passar em revista a doutrina alemã sobre o objeto litigioso, analisa-as sobre quatro perspectivas: cumulação de ações, alteração da demanda, litispendência e coisa julgada. SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. passim. TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*. p. 267.

³³¹ Para Giuseppe de Stefano são quatro os grupos principais a que se refere o objeto do processo: nova demanda, litispendência, cumulação objetiva e limites objetivos da coisa julgada; STEFANO, *Per una teoria dell'oggetto del processo*. p. 233.

³³² SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 6-7. Em sentido um pouco diverso, afirma Villata: “Da questa è quindi necessaria partire per acquistare una sufficiente coscienza dei termini del problema. Due, como è noto, sono gli insegnamenti principali e contrapposti sull’oggetto del giudizio: secondo il primo (e forse di nuovo prevalente), esso va definito come affermazione giuridica (*Rechtsbehauptung*), secondo l’altro come richiesta (*Begehren*), mentre invece tutti convengono attualmente sul punto di escludere che tale oggetto sia la pretesa di diritto sostanziale, vuoi perchè essa, anche se dedotta dall’attore, può in concreto non sussistere, se la domanda è infondata, [...]; VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. p. 415-416.

³³³ STEFANO, *Per una teoria dell'oggetto del processo*. cit. p. 231.

³³⁴ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. cit. p. 23-24.

³³⁵ VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. cit. p. 317.

³³⁶ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 103; TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*. p. 269.

Schwab coloca como ponto central do *Streitgegenstand* o pedido formulado na demanda, pois a partir dele se pode responder a todas as questões referentes aos limites do objeto³³⁷. O objeto de decisão – a pretensão processual – do juiz é o *petitum* formulado com a demanda³³⁸. Por sua vez, a *causa petendi* apenas em alguns casos serve para individuar o *Streitgegenstand*, mas nunca se converte em elemento deste³³⁹. Constrói, destarte, uma teoria puramente processual do objeto litigioso, sem qualquer ponto de contato com o direito substancial.

Tal teoria processual, em curto espaço de tempo, passa a receber adesão quase unânime da doutrina alemã, chegando ao ponto de só Lent ainda defender a conexão com o direito material³⁴⁰. O resgate da relevância do fato constitutivo dá-se com a obra de Habscheid³⁴¹ e, logo, a teoria puramente processual de Schwab, baseada exclusivamente no pedido (*Begehren*), começa a sofrer críticas. Ao se debruçar de forma mais atenta sobre a construção do objeto do processo puramente processual, como concebido por Schwab, são apontados equívocos insuperáveis a esta; duas questões principais são levantadas: a contradição em que a mesma cai ao explicar os limites da coisa julgada e a inaceitável ruptura com o direito material³⁴².

A escolha pelo objeto do processo em substituição à ação visava a estabelecer um conceito unitário com o escopo de responder, de forma idêntica, a todos os institutos aos quais o *Streitgegenstand* fosse relevante (coisa julgada, litispendência, alteração e cumulação de ações). Assim, esperava-se que, ao fixar o pedido (pretensão processual) como critério para identificar o objeto do processo, conforme preconizado, esse fosse

³³⁷ Leciona: “Objetivamente, sin embargo, la solicitud no deja de ser punto central del litigio y puede dar respuesta a todas las cuestiones para las cuales el alcance del objeto litigioso reviste importancia”; SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 244.

³³⁸ Nesse sentido: “El tribunal no dicta sentencia sobre la resolución peticionada, sino sobre la solicitud del actor, mediante la cual éste peticiona una resolución determinada”; SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 243.

³³⁹ Refere: “Sólo en algunos pocos casos el estado de cosas expuesto con fines de fundamentación sirve para individualizar, pero nunca con la consecuencia de convertir el estado de cosas en elemento del objeto litigioso”; SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 251.

³⁴⁰ MENCHINI. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Cit. p. 25. Lent defende a imprescindibilidade da relação entre direito material e processo. O referido entendimento pode ser visto na seguinte passagem: “Per i diritto assoluti, che possono essere oggetto di un’azione di accertamento, la deduzione del loro contenuto e del loro oggetto è sufficiente per distinguerli univocamente da tutti gli altri diritti pensabili. [...] Invece ciò non basta per le ‘pretese’ e così per tutte le azioni di condanna ad una prestazione, [...]. Perchì una univoca determinazione delle pretese sostanziale affermata richiede la deduzione del motivo, [...]. Così il diritto alla costituzione di una situazione giuridica deve essere motivato affinché sia chiaro di quale diritto di costituzione si tratti”; LENT, *Contributo alla dottrina dell’oggetto del processo*. p. 434.

³⁴¹ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 106; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 45.

³⁴² VILLATA, *L’esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. p. 419. Ainda poderiam ser lembrados os problemas do acúmulo de ações, muito bem observado por Tarzia; TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all’oggetto del processo*. p. 270.

utilizado coerentemente para responder todas as questões levantadas. E, assim, procedeu Schwab em relação à litispendência, à cumulação e à alteração de demandas, conforme reconhecem Tarzia³⁴³ e Stefano³⁴⁴. Todavia, ao definir os limites objetivos da coisa julgada, Schwab abandona o pedido como elemento central do objeto do processo e, por conseguinte, também a unidade buscada. Para delimitar a coisa julgada, socorre-se de elementos do direito material expressamente excluídos do objeto do processo. Por conseguinte, verifica-se uma ruptura na unidade preconcebida ao objeto do processo.

Para Schwab, o que passa em julgado não é o pedido, objeto do processo, como era de se esperar, mas a conclusão de subsunção resultante da constatação dos fatos e aplicação do direito³⁴⁵. A referência aos acontecimentos do mundo é expressa nos limites da coisa julgada. Reintroduz, a propósito dos limites do julgado, elemento – a *causa petendi* – que excluiu do objeto do Streitgegenstand³⁴⁶. O pedido (*Begehren*) não é mais capaz de limitar a demanda, sendo possível uma ação única do ponto de vista externo, mas fundada sobre várias relações de direito material.

Conforme refere Menchini, Schwab dilata demasiadamente o objeto do juízo, não se preocupando, contudo, em manter uma análoga extensão dos limites objetivos da *res iudicata*, ao possibilitar ao autor dosar as alegações de fato. O processo possui um objeto amplíssimo, mas um julgado diminuto. Ao comentar os resultados da teoria de Schwab, em relação à extensão da coisa julgada, Menchini afirma, valendo-se de uma metáfora, que no final o “elefante pariu um rato”³⁴⁷.

A confirmar o equívoco da construção do referido autor germânico em relação aos limites objetivos do julgado, destaca Tarzia a incongruência entre a sua construção em torno do pedido e a eficácia preclusiva da coisa julgada³⁴⁸. Ao analisar a *res iudicata* diante de nova ação, com mesmo pedido, mas fundada em outros fatos existentes à época da ação

³⁴³ “Le conclusioni, che lo Schwab formula in ordine ai tre problemi sinora esaminati, sono indubbiamente, come nota lo Heinitz, coerenti e prive di contraddizione”. TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*. p. 271

³⁴⁴ “Di questa concezione l'Autore dà una applicazione esatta e coerente in materia di mutamento della domanda e di litispendenza (per non parlare, come si è detto, del cumulo oggettivo), ma quando egli passa ad occuparsi dei limiti oggettivi del giudicato, la conclusione è diversa. Il rilievo esclusivo dato al ‘petitum’ menerebbe a ritenere preclusa dal giudicato una nuova domanda contenente la medesima richiesta, quali che siano le premesse che la sottendono”; STEFANO, *Per una teoria dell'oggetto del processo*. p. 233

³⁴⁵ No original: “La conclusión de subsunción resultante de la constatación de los hechos y de la aplicación del derecho es, pues, lo que pasa en autoridad de cosa juzgada”; SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 195.

³⁴⁶ VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. p. 420.

³⁴⁷ No original: ““l'elefante partorisce il topolino””; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 41.

³⁴⁸ TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*. p. 272.

precedente, mas não postos em juízo, Schwab afirma a possibilidade de três respostas: pela primeira, todos os fatos estariam excluídos, mesmo os não deduzidos; de acordo com a segunda alternativa, estariam excluídos os fatos relacionados à primeira demanda, permitindo-se a utilização de fatos outros com aqueles não relacionados; por fim, pela última via, estaria vedada nova ação apenas em relação aos fatos que o autor, pelo seu conhecimento, poderia deduzir em juízo, mas não o fez³⁴⁹.

Para ser coerente com sua construção, ainda que limitado pelas normas da ZPO, deveria Schwab escolher a primeira alternativa, haja vista que o pedido delimita o objeto litigioso e, em decorrência do princípio da congruência, a sentença e a coisa julgada. Contudo, contrariando a sua própria elaboração doutrinária, adota a segunda, possibilitando a proposição de nova demanda fundada em fatos diversos³⁵⁰. Ao fim, constata Tarzia que, no fundo, o resultado alcançado é idêntico ao da teoria tradicional que Schwab combateu em sua monografia³⁵¹.

A segunda ressalva feita pela doutrina com relação ao objeto do processo centrado exclusivamente no pedido (*Begehren*) diz respeito à impossibilidade de se prescindir de qualquer ligação com o direito material para a delimitação do objeto de conhecimento do juízo³⁵². Ao se conceber o processo tendo como objeto uma questão estritamente processual (pretensão processual) não é possível explicar satisfatoriamente a relação de instrumentalidade entre processo e direito substancial³⁵³. O processo teria como elemento de análise uma pretensão processual, ou seja, o próprio objeto do processo é uma categoria de ordem processual, acarretando uma visão cíclica do fenômeno. Neste caso, fica a indagação: onde estaria a relação com o direito material?

Vistos acima os principais argumentos a favor da improcedência da corrente que via no objeto do processo o *petitum* formulado, retorna-se a concepção de objeto litigioso como afirmação jurídica (*Rechtsbehauptung*) de uma situação subjetiva³⁵⁴. Em

³⁴⁹ SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 220.

³⁵⁰ Expressamente nesse sentido o autor: “La segunda solución es la que mejor se amolda al regimen existente”; SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 221.

³⁵¹ TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*. p. 273.

³⁵² VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. p. 424-425. Interessante notar já estar presente em Heinitz a ideia de imprescindibilidade do nexo do processo com o direito material. A justificar sua preferência pela teoria da individuação em contraposição à substanciação, refere quanto a esta: “Il peccato originario di tutta questa teoria sta, a nostro parere, nel distacco esagerato dal diritto sostanziale”; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 159.

³⁵³ Vale destacar que mesmo Dinamarco, um dos precursores da instrumentalidade do processo no direito brasileiro, concebe o objeto do processo no âmbito estritamente processual, sem qualquer ponto de contato com o direito material; DINAMARCO, *O conceito de mérito em processo civil*. p. 348. nota. 79.

³⁵⁴ Pontua Villasa que apenas em uma primeira aproximação pode-se conceber o objeto litigioso como afirmação jurídica como um ensinamento unitário. Na realidade, há duas tendências principais, uma que

relação a essa concepção, Betti, já em 1929, afirmava que o único conceito que explicava satisfatoriamente a coordenação entre direito material e processo era da “*ragione proposta a giudizio*”³⁵⁵, a qual, dentro de certos limites, pode ser equiparada com a afirmação de um direito.

Primeiramente, mostra-se importante destacar que a afirmação jurídica de uma situação subjetiva não pode ser confundida com o próprio direito material afirmado. Tal distinção ganha contornos mais claros ao se analisar a consequência da improcedência da ação caso se tenha o próprio direito material como objeto do juízo; neste caso, ao julgar improcedente a demanda, negar-se-ia a própria existência do objeto do processo. Condicionar-se-ia, dessa forma, a existência do processo à procedência da ação, o que não pode ser aceito.

Isto já não se passa ao se colocar como centro de análise a afirmação jurídica de uma relação substancial. Assim concebido o objeto do processo, seja julgada procedente, seja julgada improcedente a demanda, a afirmação do direito continuou sendo o objeto de conhecimento; o fato de ser fundada ou infundada a afirmação é irrelevante para a fixação do objeto^{356,357}.

Ao se adotar o objeto do processo como um direito subjetivo hipotético afirmado, deve-se fazer a importante distinção entre afirmação do direito subjetivo e qualificação jurídica da mesma afirmação³⁵⁸. Segundo Lent, essa distinção traz consequências de três ordens: (i) na divisão de tarefa das partes e juiz; (ii) na necessidade

entende que a afirmação é genérica e abstrata e a outra compreende a afirmação como específica e determinada; VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. p. 429.

³⁵⁵ “[...] il solo concetto che, secondo noi, valga a spiegare il nesso di coordinazione intercedente fra diritto sostanziale e processo e a render conto di quello che è l'oggetto del processo: il concetto di ‘ragione proposta a giudizio’ [...] Ma l'importanza del concetto si manifesta anche altrove, a particolarmente nella identificazione della domanda e della cosa giudicata e nella disciplina di taluni negozi processuali [...]”; (BETTI, Emilio. Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*. Milano, Volume XXVII, Prima Parte, 1929. p. 544).

³⁵⁶ Anoto Lent: “L'effettiva sussistenza della pretesa affermata non costituisce presupposto per l'individuazione della deduzione giuridica e dell'oggetto del processo, nè costituisce presupposto per una sentenza sul merito, ma semplicemente per il risultato dell'azione, per una sentenza di merito favorevole all'attore”; LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 438

³⁵⁷ Respondendo às críticas levantadas sobre essa forma de ver o objeto do processo é pontual Villata em suas conclusões: “Quando si parla di affermazione del diritto (e non del diritto stesso) come oggetto del giudizio, si intende, secondo la prospettiva preferibile, che questo consiste nella verifica dell'affermazione dell'attore, il quale dichiara di avere un diritto; tale elemento non può mancare, mentre se la sentenza respinge la domanda cio significa che il diritto non esisteva: si evita così il pericolo di un processo senza oggetto, qualora esso sia concluso con una pronuncia di infondatezza della situazione sostanziale dedotta”; VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. p. 448; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. cit. p. 54.

³⁵⁸ VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. p. 442-443.

(obrigatoriedade) de individuação e (iii) na alteração do ponto de vista, mais conhecida como qualificação jurídica da demanda³⁵⁹.

Em relação aos papéis atribuídos ao juiz e às partes, a individuação do direito, como decorrência do princípio da demanda, é tarefa atribuída às partes³⁶⁰, enquanto a qualificação é obra do juiz³⁶¹. A dedução da situação subjetiva presta-se à unívoca determinação do direito concreto feito valer em juízo, ao passo que a qualificação diz quanto à determinação da forma, ao tipo de direito ao qual pertence a pretensão posta em causa³⁶².

Nesse sentido, pode o autor ingressar com demanda buscando a satisfação do direito afirmado com base em determinado fundamento jurídico. Ao decidir o caso levado ao seu conhecimento, nada impede que o juiz acolha a demanda, contudo, sob fundamento diverso. É nesse contexto que se aplica o brocardo latino “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, desde que dentro dos limites do próprio objeto de discussão e respeitado o contraditório, evitando-se a surpresa na decisão.

Ao prosseguir na distinção, afirma Lent que, enquanto a individuação do direito afirmado em juízo é tarefa obrigatória das partes em todos os processos, nem sempre o juiz procederá à qualificação da demanda, apenas quando necessária³⁶³. Essa segunda afirmação, ao se analisar o exemplo empregado, não pode ser aceita sem ressalvas. Para sustentá-la aduz ser irrelevante para a procedência da demanda se o direito é fundado em contrato de aluguel ou de arrendamento³⁶⁴; ou seja, por ter natureza contratual o direito

³⁵⁹ LENT, *Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 338-339

³⁶⁰ “La stessa struttura del processo civile impone alla parte che prende l’iniziativa della lite l’onere e il rischio di formulare la ragione che intende far valere, o (nelle cause d’accertamento negativo) quella che intende contestare, di fronte all’altra parte: le impone, cioè, di *individuare* la ‘volontà di legge’ ch’ella afferma divenuta concreta nel caso, o che, rispettivamente, asserisce insussistente”; BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*. p. 546; LENT, *Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 432

³⁶¹ VILLATA, *L'esecuzione delle decisione del consiglio di stato*. p. 442-443.

³⁶² Nesse sentido é significativa a lição de Lent: “L’univoca determinazione del concreto diritto affermato e, quando si tratti di pretese, anche del suo fondamento costitutivo, è compito esclusivo della parte, mentre il giudice non può influirvi in nulla, poichè con la modificazione dell’individuazione, l’oggetto del processo diverrebbe già un altro. [...]. La classificazione giuridica invece significa un’applicazione di norme di diritto oggettivo, presuppone delle cognizione giuridiche, e poichè queste ultime non sono richieste alle parti, non è loro compito, ma compito del giudice. Questo può assumere la classificazione giuridica secondo la sua opinione, senza essere legatto alla valutazione delle parti”; LENT, *Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 438.

³⁶³ “La classificazione non deve neppure essere presa in esame dal giudice se non è essenziale ai fine della decisione”, LENT, *Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 439.

³⁶⁴ “E così la classificazione giuridica non è necessaria anche quando viceversa risulti che la concreta pretesa – per esempio la pretesa di pagamento – sussiste, sia il contratto di affitto oppure di appalto. Invece l’individuazione deve essere sempre compiuta; prima di ogni decisione sul merito bisogna che risulti di quale diritto si tratta nel processo, poichè è da escludere che una sentenza possa lasciare dubbi su quale concreto diritto abbia deciso”; LENT, *Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo*. p.439

postulado, não seria necessária a qualificação/classificação do tipo de contrato, se de aluguel ou se de arrendamento. Ocorre que a identificação do “tipo” contratual (qualificação) pelo juiz pode determinar a procedência ou a improcedência da ação. Toda a vez que o autor, na esteira de Betti, faz valer uma razão em juízo, ele não só individua a pretensão exercitada, mas também atribui uma qualificação, mesmo que provisória, a essa. Pode-se dizer que a petição inicial é um projeto de sentença. E, ao decidir, o juiz deverá não só examinar o direito individualizado trazido a juízo, mas se a qualificação que a própria parte autora efetuou corresponde ao direito afirmado; o fato de o autor ter qualificado erroneamente o direito afirmado, não exime o juízo de o fazer corretamente. Voltando-se ao exemplo empregado, ainda que a distinção entre contrato de aluguel e contrato de arrendamento possa ser incluída em uma subclassificação, ainda sim consiste na qualificação do direito feito valer em juízo. E, dado que diferentes tipos de contrato possuem regras diversas, ou mesmo regime jurídico diverso, é necessário que toda individuação seja seguida de uma qualificação pelo juiz.

Por fim, como consequência da própria diferenciação entre individuação e qualificação jurídica, afirma Lent que uma simples alteração da qualificação jurídica não implica em alteração do objeto do processo³⁶⁵.

A guisa de encerramento, é lícito afirmar que após uma verdadeira ruptura com o direito material, concebendo-se o objeto do processo em termos estritamente processuais, essa posição foi atenuada, mesmo no direito alemão³⁶⁶, ou mesmo abandonada. Conclui-se, por conseguinte, a nosso ver, que o objeto litigioso consiste em um direito subjetivo concreto afirmado com a demanda inicial³⁶⁷. Ainda que não tenha sido o critério adotado pelo legislado pátrio, nem constitui o polo metodológico empregado pela doutrina brasileira para o estudo do processo, a identificação do objeto do processo auxilia sobremaneira na análise dos limites objetivos da coisa julgada, da alteração da demanda e a da litispendência³⁶⁸.

Vê-se, dessa forma, que o conceito de objeto do processo foi desenvolvido, principalmente pela doutrina alemã, com o intuito de responder, de forma uniforme, a uma série de problemas que o estudo do processo sob o enfoque da ação acarretava. Com a

³⁶⁵ LENT, *Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 439-440

³⁶⁶ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 111.

³⁶⁷ Conforme Lent: “Così in ogni domande giudiziale sussiste l’affermazione di um diritto da parte dell’attore, mentre la causa si svolge proprio per verificare se esso sussiste o meno. Qui sta il nucleo dell’oggetto del processo”; LENT, *Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 434.

³⁶⁸ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 54.

alteração do polo metodológico buscou-se migrar de uma concepção subjetiva do processo, calcada na *tria eadem*, para um ponto de vista objetivo e neutro do fenômeno processual. Tal forma de conceber o processo será de extrema valia principalmente para a análise dos processos ditos objetivos, conforme se verá no capítulo seguinte.

5.6. Limites subjetivos da sentença e da coisa julgada (para quem?)

Dentre os temas que mais tem tirado o sono dos processualistas, certamente os limites subjetivos da coisa julgada estão dentre eles³⁶⁹. A situação hoje se mostra agravada em decorrência de dois fenômenos. O primeiro diz quanto a chegada ao judiciário de demandas que envolvem os novos direitos – direito coletivos ou transindividuais³⁷⁰ –, enquanto o outro se refere ao enfoque constitucional que se tem dado ao tema (art. 5º, LV, da CRFB)³⁷¹.

O problema da importância dos limites subjetivos, ou como preferia Allorio, da coisa julgada em respeito a terceiros, surge do fato de que as relações jurídicas não são entidades com vida autônoma e independente umas das outras. Da mesma forma que os homens, as relações jurídicas criadas por eles vivem intensamente uma dinâmica de inter-relações, aproximam-se, entrelaçam-se e se combinam³⁷². E, com o passar do tempo e desenvolvimento da sociedade, verificou-se uma “[...] *progressiva dilatação dos nexos de prejudicialidade-dependência*”, resultando um alargamento da extensão subjetiva dos julgados³⁷³.

De mais a mais, tem-se um dogma base, oriundo do direito romano, que pretende ter validade absoluta. Segundo o consagrado entendimento, a coisa julgada tem

³⁶⁹ O dimensionamento do problema e a ausência de consenso são postos na última frase, em tom revelador, da obra de Estellita sobre o tema: “*Em summa: á face das profundas divergencias doutrinarias sobre a natureza da extensão da coisa julgada aos terceiros, bem como dos limites dessa extensão, pode-se dizer constituem esses problemas ainda a resolver pelo Direito Processual Civil*”; ESTELLITA, *Da coisa julgada: fundamento Juridico e Extensão aos Terceiros*. p. 232.

³⁷⁰ CAPPELLETTI; GARTH., *Acesso à Justiça*. p. 67.

³⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: revista dos tribunais, 2006. p. 18.

³⁷² ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ao terzi - ristampa*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 67.

³⁷³ CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. p. 17-18.

valor apenas entre as partes e aos quais são equiparados a elas³⁷⁴: “*res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*”. Mas a doutrina já demonstrou que, mesmo no direito romano, tal assertiva não era verdadeira³⁷⁵; e o direito de raízes germânicas, antes, se contrapunha a tal tradição³⁷⁶.

O legislador brasileiro estabeleceu, seguindo a tradição do direito lusitano – Ordenações Filipinas, Livro III, tit. 81, pr; “*A sentença não aproveita nem empece mais que às pessoas entre que é dada*” – no art. 472, primeira parte, do Código de Processo Civil, que “[...] *a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros*”. Uma leitura apressada e descontextualizada da redação da norma levaria o intérprete a afirmar que no direito brasileiro atual se consagrou a limitação subjetiva da coisa julgada às partes como regra, e a sujeição dos terceiros ao julgado como exceção³⁷⁷ segundo a concepção romana. Contudo, conforme se verá, a colocação do problema implica em distinções de monta.

Se o direito pátrio adotou a doutrina de Liebman sobre a coisa julgada – questão que será mais à frente debatida –, por uma questão de coerência, adotou-a em todos os seus aspectos, incluindo-se, por conseguinte, os limites subjetivos da coisa julgada. Mesmo os doutrinadores que não aderiram à teoria do professor de Parma em relação à *res iudicata*, reconhecem que o aspecto mais interessante de sua construção é, justamente, sua explicação sobre a eficácia perante terceiros³⁷⁸. Foi tão impactante a teoria de Liebman em relação aos limites subjetivos da coisa julgada que José Maria Tesheiner, ao analisar criticamente a teoria do mestre italiano, afirma que cabe “[...] *dividir-se a*

³⁷⁴ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)* p. 874; ESTELLITA, *Da cosa julgada: fundamento Juridico e Extensão aos Terceiros*. p. 153.

³⁷⁵ “Notiamo così che Macro, prendendo le mosse dal suddetto principio ‘Res inter alios iudicatar aliis non praeiudicant’, osserva che esso non vale sempre”; PUGLIESE, *Giudicato Civile (storia)*. p. 750. No direito brasileiro: “[...] *o próprio direito romano conhecia diversos casos em que a coisa julgada era eficaz sem que as pessoas dos litigantes da primeira e da segunda demanda fossem exactamente as mesmas*”; ESTELLITA, *Da cosa julgada: fundamento Juridico e Extensão aos Terceiros*. p. 154; e, mais recentemente, CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. p. 20.

³⁷⁶ “Mesmo nisso nada há de absoluto: segundo o direito romano, a relação processual é considerada uma relação ‘singular’, isto é, restrita às partes em causa; no direito primitivo alemão, ao contrário, o juízo é ‘universal’, prejudica todos os presentes à assembleia judiciária, ou quem quer que tenha notícia da sentença” CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 414; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ao terzi*. p. 43. Sobre a natureza legislativa da *Urteil* no direito germânico; CALAMANDREI, *La Cassazione Civile Vol I*. p. 91; 101.

³⁷⁷ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ao terzi*. p. 46.

³⁷⁸ Escreve Pugliese: “Bisogna in realtà osservare incidentalmente che questo degli effetti verso i terzi è certamente il punto in cui, fondata o no, la teoria del Liebman si palesa più interessante”; PUGLIESE, “Giudicato Civile (diritto vigente)” p. 810.

*história em dois períodos, antes e depois de Liebman, sem estarmos com isso a sugerir que o depois seja melhor que o antes*³⁷⁹.

Ao estabelecer que a coisa julgada é fenômeno distinto da eficácia da sentença, coloca-se um “[...] *problema distinto e logicamente anterior ao dos limites subjetivos da coisa julgada: o problema da extensão subjetiva dos efeitos da sentença*”³⁸⁰. Ou seja, distingue-se a eficácia subjetiva da coisa julgada da eficácia subjetiva da sentença.

Destarte, para Liebman, enquanto a imutabilidade própria da coisa julgada vale apenas para as partes³⁸¹, os terceiros, “[...] *todos, sem distinção, se encontram potencialmente em pé de igualdade de sujeição a respeito dos efeitos da sentença*”³⁸². Tal entendimento consistiria em um meio termo entre as doutrinas elaboradas, pois “[...] *porque estende a coisa julgada só às partes, mas aos terceiros só os efeitos da sentença*”³⁸³.

Com essa distinção, consegue-se conjugar harmonicamente o princípio de que a coisa julgada não beneficia nem prejudica terceiros, com as hipóteses em que a sentença, ou sua eficácia, atinge outras relações que possuem nexo de prejudicialidade-dependência com a relação decidida³⁸⁴. No que tange aos terceiros, entretanto, a eficácia natural da sentença jamais se torna imutável, haja vista que esses não participaram do processo e podem se valer de remédio processual (oposição de terceiro revocatória, no caso do ordenamento jurídico italiano) para atacar a decisão transitado em julgado³⁸⁵.

Passa a ser importante, então, saber, em que hipóteses os terceiros são atingidos pela eficácia da sentença. Com isso, valendo-se da lição de Chiovenda e, principalmente, de Betti³⁸⁶, Liebman faz a distinção entre terceiros juridicamente

³⁷⁹ TESHEINER, José Maria. «Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman». *Revista dos Tribunais*, São Paulo, abr. 2000. v. 774. p. 66.

³⁸⁰ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 93, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 121.

³⁸¹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 41; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 52.

³⁸² LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 95; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 123.

³⁸³ ESTELLITA, *Da cosa julgada: fundamento Jurídico e Extensão aos Terceiros*. p. 227.

³⁸⁴ Contra, TESHEINER, *Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman*. p. 92.

³⁸⁵ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 100-101; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 127. Comentando a doutrina do referido autor; CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. p. 87.

³⁸⁶ BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*. p. 555. “Siffatta differenza di atteggiamento del principio in parola induce a distinguere i terzi non soggetti all’eccezione della cosa giudicata siccome estranei alla ragione decisa, nelle due seguenti categorie: a) terzi giuridicamente indifferenti, che non

indiferentes dos terceiros juridicamente interessados³⁸⁷. Enquanto aos últimos existiria interesse jurídico na decisão proferida, pois seriam reflexamente atingidos pela decisão, os terceiros juridicamente indiferentes sofreriam mero prejuízo de fato. Admite, por fim, que os terceiros podem se voltar contra a eficácia da sentença ao demonstrar a injustiça da mesma³⁸⁸.

Guardadas certas ressalvas³⁸⁹, pode-se encontrar em Allorio a sistematização das hipóteses em que o efeito natural da sentença da teoria de Liebman atinge terceiros de forma indireta. A grande contribuição do referido jurista foi, justamente, a elaboração do conceito de nexo de prejudicialidade-dependência como elemento central da construção dogmática da eficácia reflexa da sentença³⁹⁰.

Allorio desenvolve doutrina que recebeu grande prestígio na Itália no final do século XIX e início do século XX, tendo como um dos seus expoentes Chiovenda³⁹¹. Segundo ela não existem limites subjetivos, mas apenas limites objetivos da coisa julgada; ou, em outras palavras, que ambos os limites, tanto objetivo, quanto subjetivo, são limites do objeto do julgado³⁹². Assim, afirma ele que aos limites subjetivos da coisa julgada se podem dar uma função e importância mais modesta do que normalmente lhe é atribuída, sendo, antes, um reflexo dos limites objetivos do julgado^{393,394}.

possono essere pregiudicati in un loro diritto, nè quindi possono neppure disconoscere il valore della decisione come cosa giudicata fra le parti; b) terzi giuridicamente interessati, che non debbono esser pregiudicati dalla decisione, e quindi possono disconoscere l'efficacia, anche come cosa giudicata fra le parti". Contudo, deve-se ter presente que enquanto Liebman estende a apenas eficácia natural da sentença aos terceiros, Betti afirma que é a própria coisa julgada que os atinge, conforme passagem acima transcrita. Em decorrência desta distinção, percebe-se que Betti afirma que os terceiros podem desconhecer a eficácia da decisão dada entre as partes do processo, no passo que Liebman afirma que estes estariam vinculados à eficácia da sentença, mas não à coisa julgada.

³⁸⁷ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 117; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 142-143.

³⁸⁸ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 119; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 144.

³⁸⁹ Importante ter presente que Allorio não faz a distinção entre coisa julgada e eficácia da sentença igualmente a Liebman; CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. p. 77.

³⁹⁰ TROCKER, "Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi". *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 56. n. 2, 2001. p. 355-356.

³⁹¹ Escreveu Chiovenda: "Não convém, por conseguinte, firmar como princípio geral (e isso se faz ordinariamente) que a sentença só prevalece entre as partes; na verdade é o contrário"; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 414.

³⁹² PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 877.

³⁹³ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. p. 52.

³⁹⁴ No direito brasileiro, há muito Estellita já se colocava contra a identificação dos limites subjetivos nos limites objetivos da coisa julgada: "[...] si se tomar a identidade objectiva como criterio da extensão aos terceiros da coisa julgada, deixar-se-á sem explicação, constituindo em verdadeiro enigma, a diferença existente entre a efficacia que a coisa julgada produz junto aos terceiros juridicamente indiferentes e a

Dessa forma, se a relação havida entre A e B é julgada, “[...] *a sentenza entre A e B vale com relação a todos, enquanto é sentenza entre A e B*”³⁹⁵. Se essa relação não se imbrica com outras, ou seja, não guarda vinculação direta com outras relações jurídicas, o problema dos limites subjetivos está resolvido, pois não haverá terceiros a qual ela interesse. Sua autoridade subjetivamente limitada decorre do seu próprio conteúdo objetivo³⁹⁶.

A regra que justifica a influência da sentença proferida entre A e B para outros sujeitos estranhos ao processo decorre do nexo de prejudicialidade-dependência entre as relações, “[...] *a influência que a solução de uma exerce sobre a de outra*”³⁹⁷. Assim, se a relação entre A e B constituir suporte fático de outras relações jurídicas, por exemplo, entre C e D, esses sujeitos, por ilação lógica, sofrerão uma eficácia indireta do julgado entre A e B. Dessa forma, ao se decidir pela invalidade da relação jurídica entre A e B, como essa consistia, hipoteticamente, em elemento do suporte fático da relação entre C e D, estes sujeitos serão atingidos pela decisão entre A e B. Essa extensão da sentença constitui, na realidade, manifestação do princípio que o julgamento da relação condicionante beneficia ou prejudica o terceiro titular da relação condicionada³⁹⁸.

Trocker esclarece que entre os méritos da monografia de Allorio está a procura, com base no direito material, dos nexos de dependência existentes entre as relações jurídicas. Com isso, põe em foco a importância na noção de prejudicialidade-dependência em relação à noção de suporte fático e identifica, com base nos pontos destacados, uma categoria unitária de terceiros titulares de relações estranhas àquela sobre a qual a sentença decidiu, mas que são atingidos pela decisão prolatada³⁹⁹. E, nesse contexto, as contribuições de Allorio podem, perfeitamente, ser utilizadas para a identificação e determinação dos limites subjetivos da eficácia natural da sentença, conforme pretendeu Liebman.

que exerce junto aos terceiros juridicamente interessados sujeita á respectiva excepção. [...] Em summa, a identidade objectiva como criterio para resolver o problema dos limites subjectivos não é acceitavel, porque insufficiente”; ESTELLITA, *Da cosa julgada: fundamento Juridico e Extensão aos Terceiros*. p. 157.

³⁹⁵ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 414; no mesmo sentido, Allorio; “[...] il giudicato su quella relazione personale, come giudicato su quella relazione personale, investe tutti: tutti lo devono riconoscere, e se ne possono avvantaggiare”; ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. cit. p. 63.

³⁹⁶ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. p. 63.

³⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967. p. 43; MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963. p. 45 e ss..

³⁹⁸ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. p. 78.

³⁹⁹ TROCKER, *Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi*. p. 257.

Dessa forma, segundo a teoria de Liebman, interpretada com as contribuições de Allorio, podem-se imaginar duas situações. Na primeira, a relação de direito material posta em causa entre A e B não constitui elemento do suporte fático de qualquer outra relação. Pense-se no exemplo em que João solicita a condenação de José em decorrência de ilícito extracontratual. Em princípio, a relação existente entre os dois, decorrentes do ilícito, não guarda relação de prejudicialidade-dependência com qualquer outra relação jurídica. Uma vez condenado José ao ressarcimento do dano, esta decisão não atingirá a terceiros, ainda que haja diminuição do patrimônio de José. Assim, não se verifica o nexo de prejudicialidade-dependência e a sentença proferida entre A e B, embora não possa ser ignorada por terceiros, só tem importância entre A e B. Aqui há coincidência entre os limites subjetivos da coisa julgada com os limites subjetivos da sentença. Todos os demais são terceiros juridicamente indiferentes.

Na segunda situação a solução se altera; não se verifica mais, por conseguinte, a coincidência dos limites subjetivos da eficácia da sentença com a da coisa julgada. A relação de direito material posta em causa entre A e B constitui elemento do suporte fático de outra relação jurídica. Nesse compasso, dado o liame de prejudicialidade-dependência, a relação jurídica condicionada, e, por consequência, seus sujeitos (terceiros), são atingidos indiretamente, seja beneficiando, seja prejudicando, pela decisão acerca da relação jurídica condicionante⁴⁰⁰. Nessa hipótese, segundo a construção doutrinária empreendida por Liebman, enquanto a imutabilidade da sentença (coisa julgada) se limitaria às partes, a eficácia da sentença não se restringe às mesmas, mas alcança, também, terceiros titulares da relação jurídica subordinada. Os limites subjetivos da eficácia da sentença são mais amplos que os limites subjetivos da coisa julgada.

A fim de melhor se esclarecer a hipótese tratada, pode-se utilizar como exemplo a expansão da eficácia da sentença entre credor e devedor com relação ao fiador⁴⁰¹. A fiança, como é de conhecimento geral, constitui contrato unilateral, de caráter acessório – pois pressupõe necessariamente a obrigação principal – pelo qual o garante

⁴⁰⁰ É clara a lição de Chiovenda: “[...] *pode ocorrer que, por direito substancial, uma relação entre B e C sòmente possa subsistir enquanto subsista uma relação entre A e B; sem que, ao contrário, a subsistência da relação entre A e B implique necessariamente a subsistência da relação entre B e C. Em tais hipóteses, acontecerá que a sentença que declara a inexistência da relação entre A e B, justamente porque essa relação não pode mais ser afirmada como existente por ninguém, e isto prevalece também para C, impedirá que B possa jamais alegar sua pretensão contra C; [...]*”; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 418.

⁴⁰¹ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 418.

satisfaz ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra (Código Civil, art. 818)⁴⁰².

Analizando a referida hipótese, indaga José Rogério Cruz e Tucci se “[...] *aquela (relação de crédito e débito entre credor e afiançado) é declarada inexistente, o credor poderá demandar o garante em sucessivo processo?*”⁴⁰³. No ponto, a doutrina é pacífica ao referir que, uma vez declarada inexistente a relação principal entre credor e afiançado, não poderá o credor ingressar com demanda a fim de cobrar do fiador-garante o débito reconhecido como inexistente. O motivo é simples; como o contrato de fiança é acessório e dependente da relação jurídica principal, uma vez declarada inexistente esta, a relação subordinada não mais subsiste. Todavia, o contrário – declaração de existência, validade e eficácia da relação de crédito e débito – não implica a imediata subordinação do garante ao pagamento da dívida. Ele, quando demandado em juízo, ou mesmo em ação própria na qualidade de autor, poderá fazer valer *ex novo* todas as defesas existentes, levantando fatos extintivos da obrigação principal (art. 837, caput, do Código Civil), como questões atinentes à própria existência, validade ou eficácia da relação principal⁴⁰⁴. Ainda que o juízo anterior tenha se pronunciado sobre questão idêntica do segundo processo, não está o juízo vinculado à decisão. Nessas hipóteses, ainda que a Lei se esforce, estar-se-á diante de conflitos, não só teóricos, mas conflitos práticos de julgados⁴⁰⁵.

Na primeira hipótese, como a eficácia da sentença se limita às partes, terceiros não são legitimados a atacar a injustiça da decisão, pois não possuem interesse processual por lhes acarretar mero prejuízo de fato⁴⁰⁶. Transitada em julgada a decisão, a eficácia da sentença e a coisa julgada só podem ser questionadas pelas partes através do meio processual adequado: a ação rescisória (art. 485 do Código de Processo Civil). Do contrário, em relação à segunda hipótese, o terceiro tem interesse processual na reapreciação da questão, não estando submetido à coisa julgada entre as partes⁴⁰⁷. Contudo, deve-se esclarecer que ele, enquanto terceiro, ao se insurgir judicialmente, não visa à desconstituição da coisa julgada entre às partes, mas tão somente à restrição da eficácia

⁴⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V.3 Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 493.

⁴⁰³ CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. p. 195.

⁴⁰⁴ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 418; CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. p. 195

⁴⁰⁵ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 412.

⁴⁰⁶ BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*. p. 558.

⁴⁰⁷ CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. p. 209.

natural da sentença em relação a sua pessoa, ou seja, visa à limitação da eficácia subjetiva da sentença⁴⁰⁸. Isso porque, conforme referido no início do capítulo, com base na doutrina de Chiovenda, não pode o terceiro desconhecer a sentença havida entre A e B, como sentença havida entre A e B.

Em relação a essa possibilidade de insurgência de terceiro contra a eficácia natural da sentença, mostra-se oportuno pontuar dois aspectos. Primeiramente, deve-se destacar que oposição de terceiro ao julgado que lhe atinge pode resultar na inutilidade prática da própria decisão proferida. Um vez proferida sentença, transitada em julgado, entre A e B, a qual constitui relação jurídica prejudicial em relação ao terceiro, caso o terceiro possa obstar a eficácia da decisão, no fundo, a sentença proferida é “*inutiliter datum*”. Aqui, pode-se utilizar como exemplo a posição do sublocador em face de sentença proferida entre locador e locatário-sublocador, no caso do sublocador não ser informado da demanda (art. 59, §2º, da Lei 8.245/91)⁴⁰⁹. Ainda que a sentença tenha extinguido a relação de locação, a qual constitui pressuposto necessário para a sublocação, “[...] o locador terá de ajuizar nova ação de despejo em face do sublocatário (art. 59, §1º, V)”⁴¹⁰. Dessa forma, ainda que o locador tenha judicialmente desconstituído a relação jurídica de locação (relação jurídica condicionante) no plano normativo e, por consequência lógica, a de sublocação, tal decisão, no mundo dos fatos, de nada lhe beneficiará se não puder ser executada em face do sublocatário.

O segundo aspecto da oposição diz quanto à viabilidade prática da discussão da justiça da decisão por parte do terceiro. É que, segundo Liebman, “[...] a eficácia da sentença, quando for considerada independentemente da autoridade da coisa julgada, está subordinada à sua conformidade com o direito”⁴¹¹; ou seja, possibilita-se o seu questionamento posterior. E, pontua Liebman que “[...] pode a sentença ser contrária à lei quanto ao conteúdo, o que produz a sua injustiça”⁴¹². Segundo o referido doutrinador, é possível que a injustiça decorra tanto de erros de direito como erros de fato, chamando a

⁴⁰⁸ Não se desconhece a legitimidade de terceiro para a propositura de ação rescisória, art. 487, II, do Cpodigo de Processo Civil.

⁴⁰⁹ Art. 59, §2º “Qualquer que seja o fundamento da ação dar-se-á ciência do pedido aos sublocatários, que poderão intervir no processo como assistentes”.

⁴¹⁰ CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. p. 201.

⁴¹¹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 112; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 138.

⁴¹² LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 113; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 139.

baila ensinamento clássico de Chiovenda⁴¹³. Assim, ter-se-ia para os terceiros uma presunção relativa (*iuris tantum*) de legitimidade do ato sentencial ou de simples prova⁴¹⁴, o que acarretaria uma inversão do ônus probatório em relação ao oponente. Assim, ter-se-ia, a princípio, como correta a decisão proferida e caberia ao terceiro, que contra ela se insurge, o ônus argumentativo de demonstrar a sua “injustiça”.

A primeira objeção que se pode levantar contra tal entendimento diz quanto aos limites da eficácia probatória da sentença; isto, pois, “[...] a chamada eficácia probatória da sentença, enquanto se considere esta como ato jurisdicional típico, tem que ser repelida”⁴¹⁵. Conforme ensinamento de Calamandrei, a eficácia probatória da sentença é restrita; ela documenta a existência do juízo enquanto fato, mas não documenta a sua exatidão ou a sua intrínseca fiabilidade ao caso⁴¹⁶. Segundo o citado autor, consiste em grave erro examinar a questão dos efeitos reflexos ou indiretos do julgado sob o ângulo da eficácia probatória da sentença; o que se discute unicamente é a eficácia decisória do provimento⁴¹⁷. O outro aspecto concerne à possibilidade prática de discussão da justiça da decisão. Segundo afirma Cruz e Tucci, “[...] a extensão ultra partes geralmente ocorre porque o terceiro, no plano do direito material, situa-se na mesma posição jurídica de um dos demandantes, ou então é titular de relação jurídica conexa com a res de qua agitur”⁴¹⁸. Entretanto, conforme bem pontuado por Tesheine, em muitas dessas hipóteses

⁴¹³ CHIOVENDA, Principii, cit. p. 896: “L’ingiustizia riguarda dunque la sentenza come giudizio: essa quindi può dipendere da un errore del giudice circa la questione di diritto o circa la questione di fatto [...]”

⁴¹⁴ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 114; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 140.

⁴¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. «Eficácias da sentença e coisa julgada». In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. re. e ampliada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1979. p. 120.

⁴¹⁶ CALAMANDREI, Piero. «La sentenza civile come mezzo di prova». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, 1938. p. 122.

⁴¹⁷ CALAMANDREI, La sentenza civile come mezzo di prova. p. 114. Ainda que não seja o local adequado para a análise da questão, vale a transcrição da passagem: “[...] basta ricordare che, secondo alcuni autori, il ‘pregiudizio’ che legittima l’opposizione di terzo non sarebbe altro che un aspetto di quella efficacia probatoria che la sentenza spiegherebbe anche contro i terzi, e che farebbe sorgere anche nei loro confronti una praesumptio iuris tantum, colla conseguente inversione dell’onere della prova a carico dell’opponente”. Veja-se que Calamandrei refere-se exatamente à doutrina que Liebman se vale para justificar a possibilidade de oposição à eficácia da sentença. E arremata, na sequência: “In verità, quando si disputa quale ripercussione giuridica possa avere la decisione di un rapporto controverso su altri rapporti che non sono stati oggetto diretto della decisione, ma che sono connessi con quello deciso da ragioni di diritto sostanziale, non si mette con ciò in questione l’efficacia strettamente probatoria (rappresentativa) della sentenza considerata come documento, ma si discute unicamente sui limiti della efficacia decisoria del provvedimento rappresentato. Vedere in questo caso una questione di prova, vuol dire cader nella stessa improprietà di chi qualificasse questione di prova quella attinente agli effetti sostanziali che può averer nei confronti dei terzi non contraenti un contratto, regolarmente documentato in una scrittura di cui nessuno metta in dubbio la perfetta efficacia documentatrice”.

⁴¹⁸ CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. p. 209.

será praticamente impossível ao terceiro discutir a justiça da decisão, estendendo-se a ele verdadeiramente a coisa julgada e não apenas a eficácia da decisão⁴¹⁹.

O direito positivo brasileiro, ao contrário de legislações de países além-mar, como Itália (*oposizione di terzo* ordinária)⁴²⁰ e França (*tierce opposition*)⁴²¹, não possui remédio específico para o terceiro se opor à eficácia da sentença proferida *inter alios*. Por esse motivo, a doutrina e, mesmo, a jurisprudência têm aceitado o uso dos embargos de terceiros, recurso de terceiro prejudicado e mandado de segurança para fazer valer seu direito frente à sentença⁴²².

Em comparação com o ordenamento jurídico de países estrangeiros, a possibilidade de insurgência eficaz do terceiro contra o efeito natural da sentença é em muito reduzida. A advertência decorre da constatação de que, à exceção do recurso de terceiro prejudicado que ingressa na lide e posteriormente não poderá afirmar que a decisão se deu *inter alios* (art. 499, caput, do CPC), não se vislumbra outro remédio processual que possibilite ao terceiro, estranho ao processo, controverter a justiça ou a injustiça da decisão⁴²³, esta entendida como o mérito da causa.

Sabe-se que o mérito dos embargos de terceiro (art. 1046 a 1054 do CPC), outro instrumento apontado pela doutrina como meio de se opor ao julgado, diz apenas quando validade ou invalidade da constrição judicial⁴²⁴; isto é, por meio dele o terceiro não discute a injustiça da decisão, mas apenas a validade/eficácia do ato de constrição. Da mesma forma em relação ao Mandado de Segurança. O que se verifica da prática do foro é a procedência da *writ* de terceiro, excepcionalmente, quando o ato judicial é ilegal ou

⁴¹⁹ No ponto, há de se concordar com as críticas de Tesheiner. O referido processualista gaúcho refere que “[...] em muitos casos, tão difícil é, ao terceiro, demonstrar a injustiça da sentença alheia que, na prática, o que a ele se pretende estender não é a eficácia natural da sentença, mas a própria coisa julgada”; TESHEINER, *Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman*. p. 93.

⁴²⁰ Codice di procedura civile, art. 404: “Un terzo puo' fare opposizione contro la sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva pronunciata tra altre persone quando pregiudica i suoi diritti. Gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando e' l'effetto di dolo o collusione a loro danno”.

⁴²¹ Code de procédure civile, art. 582 : “La tierce opposition tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit”; ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*. passim.

⁴²² CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. p. 178-186.

⁴²³ CHIOVENDA, *Princippii di diritto processuale civile*. p. 896.

⁴²⁴ CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. p. 178.

abusivo⁴²⁵. Não se admite que, por meio do *mandamus*, ele discuta a injustiça da decisão (erro de fato ou erro de direito)⁴²⁶, ainda que se possa enquadrar a ilegalidade ou abusividade do ato dentro dessa categoria. Como visto acima, nenhum deles é meio apto e adequado a que o terceiro discuta a justiça da decisão, reforçando-se a crítica formulada por Tesheiner. Vê-se, assim, na prática a frágil posição de terceiro em face da eficácia natural da sentença. A mesma constatação se chega ao analisar as hipóteses para propositura de ação rescisória por parte de terceiro interessado (art. 487, II, do CPC).

Por fim, há ainda que se referir, como bem coloca a doutrina, casos em que terceiros, dada a alteração subjetiva na relação jurídica processual ou em decorrência de peculiaridades do direito material, são atingidos tanto pela coisa julgada como pela eficácia da sentença⁴²⁷. Temos, nesses casos, a sucessão da parte, a substituição processual, litisconsórcio necessário unitário, etc.

Por conseguinte, afora situações excepcionais, de acordo com o art. 472 do Código de Processo Civil, temos que a coisa julgada, entendida como a qualidade que torna imutável a decisão, consoante a pena de Liebman, limita-se às partes. Isso, não quer dizer, contudo, que a eficácia da sentença não possa atingir terceiros estranhos à relação processual e que essa eficácia, em tese, não possa ser controvertida por eles. Tal constatação é de grande importância ao se analisar os limites subjetivos da coisa julgada nas ações que controvertem questão constitucional.

5.7. Limites objetivos da coisa julgada (sobre o quê?)

Conforme doutrina de escol, a aplicação da coisa julgada pode-se operar tanto no sentido objetivo, quanto no sentido subjetivo. Neste último sentido, como já visto acima, diz respeito aos sujeitos atingidos por ela. Já no aspecto objetivo “[...] *estudam-se quaes as relações jurídicas que devem ser consideradas definitivamente decididas pela*

⁴²⁵ RMS 10.209/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 16/05/2012.

⁴²⁶ “Isto porque, a escolha, nesta hipótese, é faculdade do interessado que, na maioria das vezes, não pretende discutir os méritos da lide, mas apenas livrar-se dos efeitos do ato judicial que lhe prejudicou e atingiu seus direitos. (RMS 14.995/PR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 06/12/2004. p. 312).

⁴²⁷ CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. p. 308 e ss.

sentença e sobre as quaes, em virtude da coisa julgada assim formada, não é mais possível provocar uma outra decisão”⁴²⁸.

Contudo, a tarefa de identificar as relações decididas consiste em outra tormentosa disputa travada na doutrina. Segundo Liebman, é “[...] *a questão dos limites objetivos da coisa julgada uma das mais controvertidas no direito brasileiro*”⁴²⁹. A dificuldade de delimitar a relação decidida reside, conforme assevera Ovídio Baptista, no fato de que “[...] *a determinação deste resultado importa delimitar, com rigor, os contornos da própria lide, de modo a distingui-la de outras*”⁴³⁰. A colocação de Ernesto Heinitz resume bem este problema; ou seja, a questão fundamental do ponto de vista científico consiste em identificar o objeto do processo sobre o qual o juiz é chamado a decidir⁴³¹.

Ainda dentro dos limites objetivos da coisa julgada, outro ponto também discutido, mas hoje de menor importância, consiste em saber sobre o que recai a coisa julgada dentro dos limites da relação jurídica discutida. Sob este aspecto, duas questões merecem ser destacadas: (i) as relações jurídicas prejudiciais decididas no iter lógico da sentença⁴³² e (ii) “[...] *se a coisa julgada abrange também a motivação, ou fundamentação, ou apenas o dispositivo, ou conclusão*”⁴³³.

Porquanto, de mais a mais, a problemática em torno dos limites objetivos pode ser resumida em dois temas principais: primeiramente, a determinação do objeto da decisão com força de coisa julgada e, dentro deste aspecto, o que foi coberto pela coisa julgada; em segundo lugar, uma vez estabelecida as balizas do primeiro julgado, é necessário individuar o objeto de sucessivo processo e averiguar o nexo existente entre este

⁴²⁸ ESTELLITA, *Da coisa julgada: fundamento Jurídico e Extensão aos Terceiros*. p. 153. No mesmo sentido, Chiovenda: “A essência da coisa julgada, do ponto de vista objetivo, consiste em não se admitir que o juiz, num futuro processo, possa, de qualquer maneira, desconhecer ou diminuir o bem reconhecido no julgado anterior”; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 409.

⁴²⁹ LIEBMAN, Enrico Tulio. «Limites objetivos da coisa julgada». In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 159.

⁴³⁰ SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1.: processo de conhecimento. p. 488.

⁴³¹ HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 129. A doutrina italiana atual continua colocando esse problema como questão central dos limites objetivos; “L’oggetto del giudicato corrisponde al contenuto della pronuncia e questo, a sua volta, all’oggetto della controversia; su che cosa, infatti, il giudice dovrebbe decidere, se non su ciò che ha costituito l’oggetto del contrasto tra le parti?”; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 9.

⁴³² MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*. passim.

⁴³³ SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. vol. 1. p. 61.

último e o conteúdo da decisão proferida no primeiro processo⁴³⁴. Isto é necessário, pois a conexão entre o processo precedente e o sucessivo pode possuir diversos graus, a começar pelos mais brandos até chegar-se aos mais elevados. Verificam-se, destarte, processos nos quais não há afinidade de suporte fático ou pretensões, e a sentença proferida pode ser utilizada como mero modelo para a seguinte. Do contrário, podem-se constatar também graus mais elevados de vinculação, pelos quais a decisão do primeiro processo constitui parte integrante e determinante do êxito da lide sucessiva⁴³⁵. No presente tópico, interessamos apenas o primeiro aspecto⁴³⁶.

No estabelecimento dos limites objetivos do caso julgado, conforme bem destacado por Wellington Moreira Pimentel, o legislador possui duas opções de política legislativa: ou considera incluídas as questões a que o juiz foi chamado a conhecer para compor a lide, ou restringe a qualidade da coisa julgada à conclusão da sentença (dispositivo)⁴³⁷. Ao se adotar a primeira alternativa, ampliam-se as balizas do julgado; ao se adotar a segunda, por óbvio, restringe-se o seu campo de atuação.

O legislador pátrio entendeu por bem, quando da redação do Código, seguir a teoria restritiva, tida, à época, como mais certada. Apenas a título ilustrativo, cabe referir que, não obstante o peso dos doutrinadores que ainda defendem a restrição do julgado, hoje se percebe uma inversão na tendência. A Espanha, por exemplo, por meio de alteração legislativa, e a Itália, por construção jurisprudencial, já passaram a alargar os contornos dos limites objetivos da coisa julgada, verificando-se inclusive tal tendência no âmbito do Supremo Tribunal Federal⁴³⁸. No âmbito legislativo, o Projeto de Novo Código de Processo Civil (PL 166/2010) também segue tal orientação. Nele, o art. 491, o qual

⁴³⁴ Em relação à segunda órbita de questões, esclarece Menchini que “[...] è infatti innegabile che, per un verso, soltanto in presenza di una regolazione giuridica tra i diritti soggettivi dedotti nei due giudizi si può ipotizzare la produzione di effetti della sentenza resa nel primo all’interno del secondo; e, per altro verso, soltanto dopo avere esattamente individuato l’oggetto dell’accertamento autoritativo è possibile verificare l’isistenza o meno di un nesso giuridico tra questo ed il diritto soggettivo fatto valere nel processo posteriore”; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 43-44.

⁴³⁵ MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*. p. 1.

⁴³⁶ Ainda que a influência de um julgado sobre outro seja um dos pontos mais controvertidos e delicados dos limites objetivos da coisa julgada, no presente tópico esta não será tratada, sendo suficiente, para o presente trabalho, as observações feitas anteriormente em relação aos limites subjetivos da coisa julgada.

⁴³⁷ PIMENTEL, *Os limites objetivos da coisa julgada, no Brasil e em Portugal*. p. 337.

⁴³⁸ THEODORO JÚNIOR, *Redimensionamento da coisa julgada*. p. 17-24. Em relação ao direito italiano, corroborando tal lição de Theodoro Jr., afirma Pugliese ser pacífica a jurisprudência da Corte de Cassação estendendo o julgado sobre a parte da motivação que decide a questão que constitui pressuposto lógico e necessário da pronúncia; PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 864; PROTO PISANI, Andre, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 2, 1990. p. 397.

estabelece sobre o que recai a coisa julgada, excluiu a referência à “[...] *apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo*” constante no inciso III do atual art. 469 do Código de Processo Civil⁴³⁹. Tais fatos só demonstram não se tratar de erro a escolha por uma e outra orientação, mas sim de política legislativa⁴⁴⁰.

O direito brasileiro regulou o tema dos limites objetivos da coisa julgada nos artigos 468 e 469, podendo-se incluir os artigos 470 e 474, do diploma processual. Ainda, como norma de apoio, não se deve esquecer o artigo 128 que estabelece o princípio dispositivo em sentido material, ou princípio da demanda, indispensável para a correta interpretação do tema no sistema do código⁴⁴¹.

No artigo 468 é estabelecido que “[...] *a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas*”^{442,443}. Tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com a norma posta no artigo 128 do diploma processual, segundo a qual “[...] *o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte*”. Assim, tem-se que o juiz decide a lide com força de lei (art. 468) nos limites em que essa foi proposta (art. 128). Apesar de verdadeira a assertiva,

⁴³⁹ Importante referir que a única, mas importante diferença entre o atual art. 469 e o art. 491 do PL210/2010 consiste na supressão do inciso III. “Art. 491: Art. 469. Não fazem coisa julgada: 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;”. Vale por fim destacar que tal alteração foi objeto de emenda por parte do Senador Francisco Dornelles (Emenda n.º 58), a qual visava a preservar a sistemática atual do Código. Todavia, foi rejeitada, por se vislumbrar significativos avanços com a nova sistemática.

⁴⁴⁰ Contra, Liebman que considera duplamente errada a doutrina que vê a extensão da coisa julgada às questões debatidas na causa; LIEBMAN, *Limites objetivos da coisa julgada*. p. 161.

⁴⁴¹ Sobre a interpretação dos referidos dispositivos, vale destacar a advertência de Ovídio Baptista: “Ao disciplinar os chamados limites objetivos da coisa julgada, o legislador de 73 utilizou-se, fundamentalmente, dos dispositivos contidos nos artigos 468 e 469 do Código de Processo Civil; contudo, o correto entendimento desses dispositivos legais não pode prescindir da análise e compreensão de muitos outros artigos disseminados pelo Código, que no mesmo capítulo onde o legislador trata da coisa julgada, como ocorre com os artigos 471, 473 e 474; quer se situem essas normas em capítulos muito diversos e que, aparentemente, nada teriam a ver com o assunto que nos ocupa, como é o caso eloquente a disposição contida no art. 128 do Código”; (SILVA, Ovídio A. Baptista da. «Os limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual». In: *Sentença e coisa julgada. ensaios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1979. p. 134).

⁴⁴² Cf. Moacyr Amaral Santos, “O texto reproduz disposição do projeto Mortara, elaborado por Carnelutti”; SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. vol. 1. p. 62.

⁴⁴³ Embora prevalente a doutrina de Liebman em relação à coisa julgada, o art. 468 bem demonstra toda a influência da lide carneluttiana teve sobre o legislador, SILVA, *Os limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual*. p. 155 e ss. Ainda, sobre a influência do Projeto Carnelutti na legislação de 1973 e especialmente sobre a coisa julgada, consulte-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos “*Il progetto Carnelutti e il codice di procedura civile brasiliano*.” In: *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 208.

mostra-se incompleta, pois não se disse como a lide é introduzida e individuada no processo. Tal tarefa é desempenhada pelo autor com pedido formulado ao juiz⁴⁴⁴ ao se afirmar um dado direito como devido.

Tem-se, destarte, um ciclo que se fecha. No direito brasileiro vige o princípio dispositivo em sentido material (artigos 2º, 128 e 262, primeira parte), segundo o qual incumbe à parte não só requisitar a intervenção do Estado para a resolução da controvérsia (*nemo iudex sine actor, e ne procedat iudex ex officio*)⁴⁴⁵, mas também delimitar sobre qual objeto, ou seja, qual relação, esse irá se pronunciar⁴⁴⁶.

Impõe-se, da mesma forma, a correlação (princípio da congruência) entre *petitio* e *sententia*, pois o juiz deve decidir a lide nos termos em que foi proposta, *sententia debet esser conformis libello* (art. 128)⁴⁴⁷. Tal regramento implica uma dupla obrigação ao juiz: ele tem o dever de julgar toda a demanda posta, toda a “lide” segundo o artigo 468, e julgar só a demanda posta, só a lide (art. 460): *Ne eat iudex ultra petita partium*⁴⁴⁸.

Dessa sorte, a partir do polo metodológico da ação, os pedidos formulados pelas partes ao juiz, iluminados pela causa de pedir, delimitam o objeto de sua decisão⁴⁴⁹;

⁴⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil». In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 91. No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos: “A sentença se prende ao pedido e ao pedido se liga a coisa julgada que da sentença dimana”; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. vol. 1: 12. ed. p. 64.

⁴⁴⁵ ROCCO, *La sentenza civile*. p. 111.

⁴⁴⁶ Lent é enfático ao destacar a importância do princípio dispositivo para fixação do objeto do processo: “Il punto di vista per la determinazione di ciò che concettualmente è l’oggetto del processo è fornito dal rilievo che codesto oggetto del processo è determinato dall’attore. È questa una delle più importanti conseguenze del principio di disposizione”; LENT, *Contributto alla dottrina dell’oggetto del processo*. p. 432.

⁴⁴⁷ MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 44.

⁴⁴⁸ ROCCO, *La sentenza civile*. p. 113; CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola ‘ne eat iudex ultra petita partium’*. p. 157-158. É interessantíssimo o exemplo do Mercador de Veneza de Shakespeare empregado por Barbosa Moreira para explicar o conjunto de princípios da necessidade de determinação do pedido, da interpretação obrigatoriamente restritiva do pedido e da correlação entre sentença e o pedido, o que levou Shylock a desistir da libra de carne de Antônio e se contentar com as perdas e danos; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «Correlação entre o pedido e sentença». *Revista de processo*, São Paulo, n. 86. jul./set., 1996. p. 207.

⁴⁴⁹ Não se deve ver contradição entre a afirmação que o pedido em conjunto com a causa de pedir delimita o objeto do processo com a assertiva de que deste é um direito subjetivo meramente hipotético. O próprio Lent, como visto, defensor da segunda orientação, reconheceu a importância do pedido na delimitação do objeto do juízo; LENT, *Contributto alla dottrina dell’oggetto del processo*. p. 446. A diferença é antes de perspectiva, vendo-se o mesmo fenômeno por ângulos distintos.

Mesmo Chiovenda utiliza-se dos dois sentidos conjuntamente corroborando a ausência de contradição. Refere o autor peninsular: “A demanda judicial, [...], é o ato pelo qual a parte, afirmando existente uma vontade concreta da lei, que lhe garante um bem, declara querer que essa vontade se atue, e invoca para esse fim a autoridade do órgão jurisdicional”; ao passo que, ao tratar do conteúdo da demanda afirma: “A declaração de querer atuada uma vontade concreta da lei compreende a designação do bem a que se aspira

ou seja, os pedidos, juntamente com os fatos trazidos a juízo, determinam os contornos da lide e, sobre esses dois elementos em conjunto que a sentença tem força de lei (art. 468), faz coisa julgada⁴⁵⁰.

Ao se identificar o âmbito de atuação da coisa julgada (art. 468), por um raciocínio a contrário senso, é possível estabelecer sobre o que essa não recai. Entretanto, conforme refere Barbosa Moreira, o legislador, a fim de não gerar dúvidas acerca do tema, não se contentou em delimitar sobre quais relações incide a coisa julgada.

Regulamentou, também, expressamente no artigo seguinte, artigo 469, “[...] *ainda que incidindo em redundância*” com tal disposição⁴⁵¹, as matérias excluídas aos limites objetivos; isto é, as matérias ou questões que não se submetem à *res iudicata*⁴⁵². Dadas as controvérsias vivenciadas no diploma anterior, preferiu deixar claro quais questões tornam-se imutáveis e quais não.

De acordo com tal norma, não fazem coisa julgada “*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 incidentemente no processo*”⁴⁵³.

O mestre fluminense, da análise dos incisos do artigo 469 do Código de Processo, destaca mais uma vez a redundância do legislador, pois bastaria fazer alusão aos “motivos” (inc. I) para que os demais dispositivos (verdade dos fatos (inc. II) e questões prejudiciais (inc. III)) estivessem nele compreendidos⁴⁵⁴. Todavia, conforme menciona Humberto Theodoro Júnior, com a norma ensaiou-se antiga doutrina que distinguia entre razões e motivos, mas essa não recebeu acolhimento da doutrina e jurisprudência⁴⁵⁵. Dessa forma, esvaziou-se de conteúdo a distinção entre os motivos e fundamentos da sentença empregada pelo legislador.

e das razões pelas quais se pretende tal bem garantido pela lei”; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 297 e 299.

⁴⁵⁰ Cf. Cintra, “[...] força de lei traduz uma clara noção da função prática da coisa julgada substancial”; CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV: arts. 332 a 475. p. 321.

⁴⁵¹ No mesmo sentido; CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV: arts. 332 a 475. p. 322.

⁴⁵² BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 91-92.

⁴⁵³ Em sentido contrário, em interpretação contrária ao exposto dispositivo legal, afirmando que os motivos da sentença também transitariam em julgado; MOURÃO, *Coisa julgada*. p. 206-210.

⁴⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 92.

⁴⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, *Redimensionamento da coisa julgada*. p. 19.

Também mereceu atenção especial, por parte do legislador, o aspecto relativo às relações prejudiciais decididas pelo juiz no “caminho da sentença”⁴⁵⁶. Destaca-se que a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo não recebe o selo de imutabilidade na atual regulamentação do Código de Processo Civil (art. 469, III).

Resumidamente, por questões prejudiciais se entendem “[...] *aquelas que, além de constituírem premissas lógicas da sentença, reúnam condições suficientes para ser objeto de ação autônoma*”⁴⁵⁷. Mesmo que sem destaque, a definição referida pontua os dois elementos da prejudicialidade jurídica no direito processual civil: o primeiro é que a questão prejudicial seja elemento lógico da decisão final e o segundo consiste que ela consista em juízo não final; ou seja, possuir a mesma natureza que o juízo final, contudo não encerrar o processo⁴⁵⁸.

Não obstante o dispositivo do art. 469 do Código de Processo Civil se refira à “decisão”, a questão prejudicial não é decidida, mas apenas conhecida⁴⁵⁹. O juiz a resolve enquanto etapa necessária no encadeamento lógico que se lhe impõe para chegar ao resultado final, mas de modo algum a julga⁴⁶⁰, pois não lhe foi pedido expressamente se pronunciar sobre ela.

A reforçar o entendimento de que a coisa julgada se limita ao direito afirmado por meio da demanda, o artigo 470 estabelece que “[...] *faz, todavia, coisa julgada a*

⁴⁵⁶ A expressão é de FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della 'cosa giudicata*. passim.

⁴⁵⁷ SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*: adaptadas ao novo Código de Processo Civil. vol. 1. p. 67.

⁴⁵⁸ A equiparação, ao menos de natureza, entre a questão prejudicial e a decisão final é clara na doutrina de Menestrina: “*Concettualmente la nozione logica di pregiudizialità potrebbe senza alcuna modificazione usarsi anche dal giurista; ma ne nascerebbe un aggruppamento infecondo e senza valore scientifico. Accanto alla concezione logica giova dunque porre una concezione giuridica della pregiudizialità. La pregiudizialità giuridica nasce dall'unirsi un nuovo elemento alla pregiudizialità: e il nuovo elemento è l'eguale natura del giudizio pregiudiziale e del finale. Da ciò segue che tutto quello che è giuridicamente pregiudiziale è tale anche logicamente, ma non viceversa*”; MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*. p. 103. No direito brasileiro é clássica a lição de Barbosa Moreira: “*À melhor doutrina, porém, não escapou a compreensão de que o fenômeno constituído mero corolário da existência de uma relação de subordinação ou dependência: as questões prévias são tais por causa da influência que a sua solução exerce sobre a de outras questões. Por isso mesmo convém frisar que se trata de ordem mais lógica do que cronológica: [...]*”; BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*. p. 11.

⁴⁵⁹ LIEBMAN, *Limites objetivos da coisa julgada*. p. 161. No mesmo sentido, Chiovenda: “*Delle questioni che si presentano in giudizio e che pure è necessario risolvere per pronunciare sulla domanda, il giudice conosce ma sommariamente, cioè senza pronunciare su di esse; e la cognizione incidentale sullo stato, sulla proprietà ecc. non pregiudica la futura domanda per la dichiarazione dello stato, per la rivendicazione ecc. I limiti della petitui e della res iudicata coincidono: la pronuncia sulle *usuræ petitæ* non pregiudica la *sortis petitio**” (grifos no original); CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*. p. 261.

⁴⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 93. PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 866.

*resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325)” por meio de ação declaratória incidental. Com tal previsão consagrou-se a doutrina de Chiovenda sobre o ponto*⁴⁶¹. Ao se permitir a ampliação dos limites da *causa decidenda*, por meio da inclusão de nova ação⁴⁶², e, por consequência, os limites objetivos da coisa julgada, atenuam-se os rigores do princípio da estabilidade da instância, próprios da herança processual romana (*litisconstestatio*), que ainda hoje predomina no sistema brasileiro. Tal princípio, como concebido pelo legislador pátrio, proíbe a modificação da demanda após a citação do réu (art. 264 do CPC) e a formulação de novos pedidos que poderiam ter sido cumulados com a petição inicial, mas não o foram (art. 294 do CPC)⁴⁶³.

A sentença passa a ser necessariamente complexa, com dois objetos distintos, questão subordinante e questão subordinada⁴⁶⁴. A relação subordinante, que antes era conhecida como mero percurso lógico para julgamento da questão subordinada, passa igualmente à questão principal, sendo acobertada pela coisa julgada⁴⁶⁵. O juiz conhece e decide ambas as relações jurídicas de forma definitiva, ou seja, com formação de coisa julgada material.

Tem-se, como visto, que os limites objetivos da coisa julgada, no direito brasileiro, são delimitados pelo pedido formulado ao juiz pelas partes (art. 468), tendo os fatos alegados como fonte de sua individuação; ou, por outro prisma, pelo direito subjetivo concreto afirmado na demanda proposta. Sob o outro polo metodológico, este também pode ser compreendido como o objeto do processo. Em relação ao juiz, embora conheça de outras questões (relações jurídicas) logicamente condicionantes do mérito da demanda, não

⁴⁶¹ Refere Chiovenda: “Quando, portanto, em torno dum ponto prejudicial surge uma questão prejudicial, uma das partes, seja o autor, seja o réu, pode exigir, em regra, que sobre o ponto proceda logo uma declaração, isto é, uma decisão com efeitos de coisa julgada”; CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 396. Em relação à questão prejudicial, Sérgio Menchini coloca a disputa ocorrida no direito italiano entre a teoria de Chiovenda de declaração incidental e a teoria de Mortara de exceção reconvenicional. Segundo esta “[...] il mero esercizio, da parte del convenuto, dello ius excipiendi, cui pure non abbia fatto seguito alcuna richiesta di accertamento sotto forma di domanda, ove riguardi un’autonoma situazione soggettiva, provoca un automatico ampliamento dell’oggetto dell’efficacia della sentenza”; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 69. Tal teoria volta a ter importância para o direito brasileiro haja vista o Projeto de Novo Código de Processo Civil prever, expressamente, a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada à questão prejudicial decidida.

⁴⁶² BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 94.

⁴⁶³ SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1.: processo de conhecimento. p. 309-310.

⁴⁶⁴ Sobre o tema, CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*. p. 117; no direito brasileiro, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, «Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade». *Revista de processo*, São Paulo, v. 141, nov. 2006. *passim*.

⁴⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 94

as decide (art. 469, III), salvo na hipótese de pedido expresso de uma das partes em tal sentido (art. 470).

Da mesma forma, a sentença decide, com força de coisa julgada, apenas em relação a um dado direito afirmado na demanda, não incluindo outros direitos concorrentes fundados em outras relações de direito material⁴⁶⁶. Contudo, em relação a outros fatos relacionados com a mesma relação de direito material, não mais é possível trazer ao judiciário o seu conhecimento. Essa impossibilidade é resultante da eficácia preclusiva da coisa julgada, analisada a seguir.

5.7.1. Eficácia preclusiva da coisa julgada

Conforme já referido anteriormente no presente trabalho, compete às partes determinar o objeto do processo (princípio da demanda em sentido material). Com a petição inicial, o autor traz os fatos e fundamentos de sua demanda (art. 282, III e IV, do CPC), ao passo que ao réu, ante o princípio da eventualidade, cabe trazer toda a matéria de defesa para a improcedência da ação na contestação (art. 300 do CPC)⁴⁶⁷. Estabelecido o *thema decidendum*, o qual engloba tanto os fatos da causa quanto seus fundamentos jurídicos, o Estado-juiz prolatará sua decisão autoritativa, a qual vincula as partes em relação ao resultado em qualquer eventual processo subsequente.

Entretanto, pode ocorrer que as partes não trouxeram todos os fatos ou os fundamentos jurídicos relevantes para a apreciação do magistrado, os quais, se enfrentados, poderiam acarretar um desfecho diferente para a resolução da lide. Da mesma forma, pode-se imaginar um caso em que, mesmo trazendo os fatos ou os fundamentos importantes, o juízo foi omissivo na sua apreciação e as partes não se valeram dos meios de impugnação aptos a provocar sua manifestação, findando o processo sem que o magistrado se

⁴⁶⁶ Sobre a celeuma em torno da questão da diferenciação entre concorrência de direitos ou concurso de normas a fundar o mesmo direito, a qual, no fundo, consiste em um problema de direito material, ver: MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 232 e ss. e PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 402-405.

⁴⁶⁷ Importante frisar que a ônus do réu de alegar e provar, em decorrência do princípio da eventualidade, é significativamente acentuado do que o do autor e em decorrência disto, a eficácia preclusiva da coisa julgada o alcança com mais intensidade. Enquanto a ele se impõe trazer todos os fundamentos de defesa em uma única oportunidade, pode o autor dosar seus meios de ataque, possibilitando que reserve alguns para outro processo; nesse sentido: MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. cit. p. 13-14.

manifestasse sobre as questões suscitadas. Nessas hipóteses, poder-se-ia admitir a possibilidade da rediscussão judicial do caso que já chegou ao seu fim?

Ainda que o processo seja epistemologicamente voltado à verdade e, por consequência, tendencialmente voltado ao justo⁴⁶⁸, sua finalidade prática impõe aceitar a cristalização de injustiças, garantindo a segurança da vida social⁴⁶⁹. Assim sendo, no caso da repropositura da mesma demanda, nos seus exatos termos e contornos (art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC), maiores inconvenientes não existiriam em negar a possibilidade de rediscussão da causa, pois esta já foi decidida; acode, por conseguinte, a essas hipóteses a exceção de coisa julgada.

A única hesitação que poderia surgir seria, justamente, nos casos em que a matéria agora trazida ao conhecimento judicial seria “nova” em relação ao processo anterior, ainda que a relação jurídica discutida seja a mesma; desse modo, por exemplo, o devedor condenado ao pagamento de quantia, em novo processo, apresenta o recibo de pagamento (art. 333, II, do CPC) que não havia encontrado em tempo hábil no primeiro processo, fato esse que acarretou sua condenação. Todavia, tal perplexidade não pode persistir. A segurança, conforme conceitua Tercio Sampaio Ferraz Júnior, “[...] *tem a ver com a consistência de duração, isto é, com o evitar que um evento passado (o estabelecimento de uma norma ou o advento de situação normada), de repente, se torne algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto*”⁴⁷⁰. Dentro desse espírito, uma vez decidida a controvérsia com a formação de coisa julgada, possibilitar-se a reabertura da controvérsia em torno da mesma relação, haja vista uma parte afirmar que existem questões que não foram apreciadas ainda que relevantes, seria reduzir a bem pouco a garantia da coisa julgada, de certeza e de segurança jurídica⁴⁷¹.

Para evitar tal problema e não se ver frustrada a finalidade prática do instituto da coisa julgada de estabelecer certeza jurídica nas relações decididas, adotou-se o princípio que a *res iudicata* cobre tanto o deduzido quanto o dedutível, ou conforme o clássico brocardo latino a *res iudicata* cobre “*tantum judicatum quantum disputatum vel*

⁴⁶⁸ TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*. p. 319

⁴⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro». In: *Temas de direito processual*, 97-109. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 99.

⁴⁷⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Segurança jurídica, coisa julgada e justiça”. In: *Revista de Hermenêutica Jurídica*. p. 265.

⁴⁷¹ BARBOSA MOREIRA, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. p. 98.

disputari debet”⁴⁷². Aceita-se, por conseguinte, reabertura da discussão apenas respeitadas certas condições e em situações excepcionais⁴⁷³.

Em relação à determinada ação (art. 301, §2º, do CPC), julgado o seu mérito e uma vez alcançado o trânsito em julgado, o que se verifica é a vedação da possibilidade de se levantar alegações de fato ou trazer novos argumentos jurídicos relacionados a mesma ação de forma a atingir a *auctorita res iudicata* formada, mesmo que eles não tenham sido enfrentados quando da decisão. Tem-se, assim, em relação aos limites objetivos da demanda julgada, um verdadeiro efeito de preclusão⁴⁷⁴, o qual depende “[...] *não da autoridade inerente ao despacho do juiz, [...], mas razões de utilidade prática, pois é necessário estabelecer um limite à possibilidade de discutir*”⁴⁷⁵. A eficácia preclusiva possui, assim, a função instrumental de preservar a imutabilidade do julgado⁴⁷⁶. Nesse mesmo sentido, afirma Menchini que a preclusão das questões representa, por um lado, o meio a impedir atentados à integralidade da precedente decisão em um processo futuro, e, por outro lado, ela se resolve em um vínculo negativo indireto e mediato a fim de garantir ao vencedor o gozo do resultado do processo⁴⁷⁷, ou seja, impede que o próximo juiz reanalise as questões deduzidas ou dedutíveis no primeiro processo⁴⁷⁸. Cria-se, dessa forma, a ficção de que a causa foi decidida levando-se em consideração todas as questões dedutíveis⁴⁷⁹ já ocorridas⁴⁸⁰, mesmo as questões não propostas e não examinadas⁴⁸¹.

⁴⁷² PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 864; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 230; CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 67-69.

⁴⁷³ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 865.

⁴⁷⁴ FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 209.

⁴⁷⁵ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 380

⁴⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. p. 101.

⁴⁷⁷ No original: “*Rimandando alla parte dedicata ai limiti oggettivi del giudicato per la determinazione, rispetto ai vari tipi di domanda, dell'ambito di operatività della preclusione delle questioni [...], qui basta chiarire che, da un lato, l'efficacia preclusiva rappresenta lo strumento indispensabile per impedire attentati all'integralità della precedente decisione in futuri processi, e, dall'altro lato, essa non si risolve in un vincolo positivo, che colpisce direttamente la questione, impedendone il riesame ad ogni effetto, ma in un vincolo negativo indiretto, che la investe in via soltanto mediata 'al fine di farantire al vincitore il godimento del risultato del processo'*”; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 25.

⁴⁷⁸ De acordo com o ponto de vista de Menchini supra referido, fica sobremaneira difícil diferenciar o efeito negativo próprio da coisa julgada do efeito negativo indireto da eficácia preclusiva.

⁴⁷⁹ São questões dedutíveis: “‘Deducibili’ erano tuttel le ragioni derivanti da fatti che si erano verificati prima che fosse chiusa la possibilita di allegarli nel processo, [...]. Non è decisivo se le parti o i loro rappresentanti legali ne abbiano avuto conoscenza”; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 231.

⁴⁸⁰ Conforme refere Barbosa Moreira a eficácia preclusiva não apanha fatos supervenientes; BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 107. Pode-se, contudo, alargar-se os limites da assertiva, pois casos há que fatos supervenientes alteram a própria relação material, dando azo a nova demanda, haja vista que a toda a coisa julgada tem a cláusula rebus sic stantibus implicitamente.

Como bem coloca Remo Caponi, o princípio segundo o qual o julgado cobre o deduzido e dedutível apenas confirma que a decisão se refere a um momento determinado de tempo e justifica a produção de duas consequências iguais e contrárias: (i) a potencial relevância de efeitos jurídicos “novos” e (ii) a perda de relevâncias de efeitos jurídicos “velhos” não deduzidos⁴⁸². A esse fenômeno que impossibilita trazerem novas alegações de fatos ou razões de direito em relação ao direito objeto do processo decidido, deu-se o nome, no direito pátrio, de eficácia preclusiva da coisa julgada e, na doutrina europeia, de uma forma geral, utiliza-se a expressão julgado implícito⁴⁸³.

Dessa maneira, estabeleceu o legislador no artigo 474 do diploma processual que “[...] *passada em julgado a sentenza de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as allegazioni e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição da domanda*”. Em relação às normas contidas neste dispositivo, é importante fazer alguns esclarecimentos.

Primeiramente, como refere Barbosa Moreira, “[...] *não há que se confundir coisa julgada e preclusão*”⁴⁸⁴, como preconizou Chiovenda ao iniciar os estudos sobre o instituto, inclusive atribuindo-lhe o nome⁴⁸⁵. A eficácia preclusiva, ou efeito de preclusão,

⁴⁸¹ BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 99; No mesmo sentido: “Ogni questione, anche non proposta e quindi non decisa, rimane preclusa dopo deciso definitivamente il punto a cui essa si riferisce”; (CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*. p. 271).

⁴⁸² CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 68-69.

⁴⁸³ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 864; Nesse sentido, Fazzalari: “L’unico fenomeno apprezzabile è che per effetto del passaggio in giudicato del ‘giudizio’, vuoi le questioni di merito risolte, vuoi anche quelle che potevano porsi e non sono state né poste né risolte diventano irretrattabili (sempre soltanto ai fini del dispositivo emanato). Per cui il c.d. giudicato implicito si riduce, a volerne ancora parlare, alla irretrattabilità interna del dedotto e del deducibile. Senza contare, però, che non poche delle questioni non dedotte sono precluse nel corso del processo, prima che sopravvenga quella ‘preclusione ultima e massima’ ch’è il passaggio in giudicato”; FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della ‘cosa giudicata’*. p. 597. Não se pode confundir, contudo, o julgado implícito com o julgado interno, o qual também, em certo sentido, está relacionado com a preclusão de questões, mas internas ao mesmo processo: “Il giudicato interno concerne tutte le questione astrattamente idonee a definire il giudizio, di rito o di merito, rilevabili d’ufficio o solo su istanza di parte, che possono insorgere nel corso del processo e che possono dare luogo a sentenze non definitive ovvero possono costituire oggetto di esame preliminare che definisca il giudizio [...]” PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 413. Contra o emprego desta expressão, CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I.. p. 382.

⁴⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 100. Interessante a ponderação de Schwab ao referir à controvérsia existente em relação à fonte do efeito de exclusão de outros fatos não feitos valer em juízo; indaga ele se esse efeito consumativo decorre da própria coisa julgada ou se é um efeito de anexo a ela; SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. p. 216.

⁴⁸⁵ CHIOVENDA, *Cose giudicata e preclusione*. p. 232.

é um instituto geral do direito⁴⁸⁶, não restrito ao plano processual, e que apresenta inclusive variações de graus.

Ela, em conformidade com a doutrina de Falzae, constitui, ao lado dos efeitos declaratórios e efeitos constitutivos, um dos possíveis efeitos dos atos jurídicos⁴⁸⁷. Como o próprio nome indica, a eficácia preclusiva decorre da coisa julgada, ou seja, a coisa julgada é um dos atos jurídicos que produz (fonte) uma determinada modalidade de preclusão e sobre ela se sustenta⁴⁸⁸. O que não significa que outros atos jurídicos, diferentes da coisa julgada, não produzam o mesmo efeito de preclusão⁴⁸⁹ com graus de intensidade distintos. Assim, por exemplo, entre os atos jurídicos que também são atos produtores de eficácia preclusiva temos o negócio jurídico da novação no qual se verifica nítido efeito preclusivo em relação à situação anteriormente regulada.

A característica própria do efeito de preclusão decorre de sua finalidade. Com o objetivo de trazer certeza jurídica, ele estabiliza o ato jurídico (fonte) que lhe deu origem, de forma que o ato que o produz passa a ser independente da conformidade ou não com a situação jurídica preexistente⁴⁹⁰. Em outras palavras, ao ato dotado de efeito preclusivo é irrelevante a correspondência ou não da situação real com a estabelecida com o ato; com isto, “[...] *as questões perdem, por assim, dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada*”⁴⁹¹.

Um aspecto relevante, expressamente referido no art. 474 do diploma processual, é a necessidade de sentença de mérito passada em julgado para a verificação da eficácia preclusiva. Tal condição, entretanto, nem precisaria ser referida pelo legislador. No caso de sentenças terminativas, apenas se extingue a relação jurídica processual em causa, sendo lícito às partes voltarem a rediscutir o direito substancial afirmado na demanda. Como não houve verdadeira resolução da lide, não se poderia cogitar de um efeito de preclusão próprio em relação ao mérito da demanda. Isso não significa que

⁴⁸⁶ É clara a lição de Chiovenda neste sentido: “A preclusão é um instituto geral com frequentes aplicações no processo [...]”; (CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 372).

⁴⁸⁷ FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 209.

⁴⁸⁸ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 237.

⁴⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 100.

⁴⁹⁰ FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 209. Contra, entendendo equivocado o pressuposto metodológico de que parte Falzea, ver Remo Caponi: CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 66-67.

⁴⁹¹ BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 100.

mesmo a sentença terminativa, como outros atos jurídicos, não possua alguma eficácia preclusiva, ainda que de uma intensidade menor e mais restrita no concernente ao seu alcance. Assim, por exemplo, caso o juiz prolate sentença terminativa por entender que não está presente algum dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC), uma vez transitado em julgado tal decisão (coisa julgada formal), eventuais alegações de fato ou de direito que poderiam implicar na regularização do processo e seu normal desenvolvimento restam preclusas. Não se ignora que a utilidade prática da preclusão das sentenças terminativas é, no fundo, inexistente, haja vista a possibilidade do reingresso em juízo com a mesma demanda. Todavia, ainda que praticamente inútil, há, a nosso ver, eficácia preclusiva mesmo que nas sentenças terminativas, embora com âmbito de incidência reconhecidamente mais restrito e com menor intensidade.

Outro ponto importante é ter presente que a eficácia preclusiva fica restrita aos limites objetivos da coisa julgada (art. 469), ou seja, ela só se verifica em relação ao julgamento de determinado direito afirmado em juízo (objeto do processo). E, justamente por atuar nos limites do objeto decidido, a eficácia preclusiva também não aumenta ou diminui os contornos dos seus limites⁴⁹².

Conforme visto, como a eficácia preclusiva tem por objetivo resguardar a própria coisa julgada material formada com a decisão judicial final, caso a nova demanda não seja idêntica à anterior (*tria eadem*, art. 301, §2º, do CPC), a subsequente sentença não implicará em afronta ao decidido no primeiro processo. Por conseguinte, ainda que na nova demanda se controvertam questões que foram ou poderiam ter sido objeto de discussão no primeiro processo, caso não se verifique a identidade das ações, não há problemas na existência de novo juízo, pois estará a salvo a *res iudicata* formada anteriormente⁴⁹³.

Imagine-se a hipótese em que A propõe demanda contra B, fundado no inadimplemento contratual, requerendo do juízo a imposição de ordem para que o réu

⁴⁹² Refere o professor da Universidade de Firenze que “Questo principio, se inteso in modo corretto [...], non influisce in modo alcuno nel senso di restringere o ampliare i limiti oggettivi del giudicato: [...]”; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 391.

⁴⁹³ Contra tal posicionamento é a pena de Proto Pisani. A divergência decorre do fato de que no direito italiano, conforme pontuado quando da análise dos limites objetos da coisa julgada, os limites objetivos da coisa julgada, principalmente a partir de uma construção jurisprudencial são mais abrangentes e, nesse sentido, a coisa julgada inclui as relações jurídicas prejudiciais do direito posto em discussão. Dessa sorte, evita-se graves inconvenientes práticos, pois “[...] l’oggetto del processo e del giudicato non sai costituito solo dal diritto dedotto in giudizio dall’attore ma anche dall’intero rapporto contrattuale”. PROTO PISANI. *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 397.

cumpra a obrigação de fazer X. Após o desenvolvimento regular do processo, é prolatada decisão acolhendo o pedido formulado e rejeitando-se a alegação de invalidade do contrato formulada por B. Passado algum tempo, A volta a juízo contra B agora formulando novo pedido Y de pagamento de quantia, também baseado no pacto contratual firmado entre as partes.

Conforme ensinamento de Chiovenda, “[...] *duas ações e duas demandas são idênticas quando têm em comum todos os três elementos. A diversidade de um só elemento acarreta diferença de ação*”⁴⁹⁴. No caso em análise, os pedidos formulados são distintos, o que, por si só, já acarreta a diferença entre as ações; ainda, pode-se cogitar também de diferentes causas de pedir para cada uma das ações, dado que o inadimplemento decorreria de fatos distintos e sucessivos, ainda que a relação jurídica subjacente em ambos os processos seja o mesmo pacto contratual, o que confirma a advertência de Caponi em relação a potencial relevância dos fatos novos⁴⁹⁵.

Assim sendo, ainda que no primeiro processo tenha sido decidida e repelida questão prejudicial em relação à obrigação contratual – qual seja, a invalidade do contrato –, na segunda ação proposta é lícito ao réu novamente levantar tal questão⁴⁹⁶. E, mesmo que acarrete contradição prática entre os julgados, poderá o juízo da segunda causa analisar e decidir a questão da invalidade contratual livremente. Dessa forma, ainda que o novo juízo se controverta sobre questão já resolvida em outro processo, a eficácia preclusiva da coisa julgada não impede o seu conhecimento e decisão, pois (i) em relação a outro objeto (diferente ação ou demanda) ela não se verifica e (ii) a nova decisão não acarretará prejuízo para a coisa julgada formada anteriormente. Portanto, uma vez que se altera o objeto do processo, não se pode cogitar no efeito de preclusão em relação à nova demanda.

Em síntese, a eficácia preclusiva derivada da coisa julgada impossibilita que as partes voltem ao juízo trazendo questões de fato e de direito não apreciadas anteriormente (art. 474 do CPC) em relação à mesma demanda (art. 301, §2º, e art. 469 do CPC). Com o trânsito em julgado da sentença de mérito, todas as questões, mesmo as não deduzidas, passam a ser irrelevantes para o ato sentencial. Alterado o objeto do processo, ainda que o

⁴⁹⁴ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 354. No mesmo sentido, ARAGÃO, Conexão e 'tríplice identidade'. p. 72; LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*. vol. I. p. 248-249.

⁴⁹⁵ CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 68-69.

⁴⁹⁶ Em sentido contrário, defendendo uma ampliação dos limites objetivos da demanda quando procedente a demanda em comparação aos limites objetivos quando improcedente a ação proposta. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 406.

enfrentamento de questões possa implicar a contradição lógica com outra decisão, é lícito às partes controverter sobre ela e permitido ao juízo a analisar livremente. Importante destacar que a eficácia preclusiva engloba, inclusive, todos os fundamentos jurídicos que envolvam o objeto da causa, o que será devidamente pontuado quando da análise da eficácia preclusiva no controle de constitucionalidade.

5.8. Coisa julgada formal e coisa julgada material

É corriqueiro na literatura jurídica hodierna, ao tratar do tema da *res iudicata*, fazer a distinção entre coisa julgada formal⁴⁹⁷ e coisa julgada material⁴⁹⁸. Essa diferenciação, desenvolvida inicialmente na literatura germânica, logrou obter espaço e a adesão de prestigiosa doutrina europeia, sendo recepcionada pela legislação nacional de diversos países, entre os de maior influência para o direito pátrio⁴⁹⁹, Alemanha (ZPO, §§ 322 e 705) e Itália (CPC, art. 324). E a encampação de tais conceitos na legislação levou a doutrina a debruçar-se sobre eles, comprovando a recíproca influência da ciência do direito sobre a legislação e da legislação sobre a ciência do direito.

Tradicionalmente, a coisa julgada forma é compreendida como “[...] *a preclusão definitiva das questões propostas (ou proponíveis) quando no processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações*”⁵⁰⁰, ou, também conhecida como preclusão máxima, como preferem outros. A coisa julgada material, por sua vez, é

⁴⁹⁷ Sobre a origem germânica da coisa julgada formal (*das Principals der Formalkraf des Urteils*): PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 800; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*. p. 404; CALAMANDREI, *La Cassazione Civile Vol I*. p. 100.

⁴⁹⁸ Contra a distinção, ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. p. 7; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*. p. 235; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*. p. 1326.

⁴⁹⁹ Sobre o surgimento da distinção entre coisa julgada forma e material, PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*. p. 800-801.

⁵⁰⁰ CHIOVENDA, *Instituições de Direito Processual Civil*. vol I. p. 373. Interessante é a colocação de Ernesto Heintz : “Il divieto al giudice di revocare una propria sentenza, non ha teoricamente a che fare con la cosa giudicata; esso esiste già prima del passaggio in giudicato, cioè prima della decorrenza dei termini stabiliti dalla legge per l’esperimento della impugnativa. Ogni sentenza , non appena emanata dal giudice, è subito irrevocabile da parte del giudice stesso, mentre il passaggio in giudicato si verifica in un momento posteriore”; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 3.

entendida como a indiscutibilidade ou a imutabilidade da decisão de mérito⁵⁰¹, ou, conforme referia Liebman, consistia na própria autoridade da coisa julgada⁵⁰².

Nesse compasso, fala-se, de uma forma geral, que a coisa julgada formal teria eficácia endoprocessual, ou seja, eficácia apenas ao processo no qual foi tomada a decisão⁵⁰³, enquanto que a coisa julgada material produziria efeitos para fora do processo, isto é, seria fonte de uma eficácia que atingiria outros processos presentes ou futuros (extraprocessual)⁵⁰⁴. Nesse mesmo sentido, é ponto comum na maior parte da doutrina nacional e estrangeira condicionar o surgimento da coisa julgada material à prévia formação da coisa julgada formal, ou seja, ao trânsito em julgado da decisão⁵⁰⁵. Daí porque se afirma que, enquanto todas as sentenças são suscetíveis de passarem em julgado formalmente, apenas algumas, que acolhem ou rejeitam o mérito da demanda, podem formar coisa julgada material⁵⁰⁶.

Embora essas distinções sejam clássicas, estando consagradas na legislação⁵⁰⁷ e sendo reproduzidas inadvertidamente na doutrina brasileira e estrangeira⁵⁰⁸, pode-se tê-las como verdadeiras? As advertências referidas a seguir demonstrarão que a resposta deve ser negativa, seja para a corrente que vê na coisa julgada formal e material, respectivamente,

⁵⁰¹ É clássica a lição de Chiovenda: “*La cosa giudicata in senso sostanziale consiste nell’indiscutibilità della esistenza della volontà concreta di legge affermata nella sentenza*”; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*. p. 906.

⁵⁰² LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

⁵⁰³ PORTO, *Coisa julgada civil*. p. 52; MARINONI; ARENHART, *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 627-628; BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2 : tomo I. p. 386. Em sentido diverso, com posição um tanto peculiar, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão. Esse diferencia preclusão, coisa julgada formal e coisa julgada material, aceitando, por conseguinte, que tanto a coisa julgada formal, quanto a material sejam passíveis de efeitos extraprocessuais; MOURÃO, *Coisa julgada*. p. 167-169.

⁵⁰⁴ HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*.. p. 6. No direito brasileiro: MARINONI; ARENHART, *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 628; BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2: tomo I. 2007. p 387.

⁵⁰⁵ PORTO, op. cit. p. 53; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, volume 1: processo de conhecimento. 7. ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 457; MARINONI; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. p. 628.

⁵⁰⁶ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55. Em sentido contrário é a pena de Leonardo Greco; o referido processualista entende que “[...] não há formação de coisa julgada formal nas sentenças que não apreciam o mérito, porque a coisa julgada está vinculada aos limites do pedido. A coisa (julgada), a res (judicata) é o pedido. Se não houve apreciação do mérito, o pedido (a coisa, a res) não foi julgado. Penso, então, que somente há coisa julgada, formal ou material, se a sentença acolher ou rejeitar o pedido – objeto da jurisdição, isto é, se ela for uma sentença de mérito [...]” GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. volume II: processo de conhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 300-301.

⁵⁰⁷ Basta lembrar os artigos 467 do Código de Processo Civil o qual refere “*Denomina-se coisa julgada material [...]*” e art. 6, §3º, da Lei de introdução às normas de direito brasileiro, que se refere à coisa julgada formal.

⁵⁰⁸ Pode-se mencionar entre os trabalhos mais recentes que abordam o tema, na doutrina estrangeira, por exemplo, MENCHINI, *Il giudicato civile*. cit. p. 13-16;

preclusão dos meios impugnativos e imutabilidade da decisão, seja para quem identifique a coisa julgada formal como pressuposto lógico da material. Para confirmar o equívoco de ambas as concepções bastaria demonstrar que a coisa julgada, na realidade, é somente uma⁵⁰⁹. Não obstante, passa-se a análise dos seus desdobramentos.

A primeira questão que se coloca é saber se, realmente, é correto afirmar a existência de duas coisas julgadas dentro do mesmo processo e em momentos diferentes⁵¹⁰. Ugo Rocco, já ao início de seu trabalho, coloca-se frontalmente contra a distinção efetuada pela doutrina e jurisprudência italianas. Para ele, “[...] *a distinção entre coisa julgada formal e substancial não é só inútil, mas antes danosa, pois pode, muitas vezes, ocasionar confusões*”⁵¹¹.

Tanto o referido autor, como Pugliese, identificam a contraposição dos dois tipos de *res iudicata*, como ponto de chegada de um processo de evolução histórico⁵¹². Esse fenômeno teria como eventos antecedentes (i) a introdução da apelação e outros meios de impugnação no sistema processual, desconhecidos até então, (ii) a consagração do princípio de que a apelação e outros meios impugnativos impedem a formação da *res iudicata*, e, por fim, (iii) a distinção entre meios de impugnação ordinários e extraordinários^{513,514}. Dessa forma, enquanto discutida ou a justiça da decisão (causas de impugnação), ou a validade da sentença (causas de invalidação), não se formaria a coisa julgada⁵¹⁵.

⁵⁰⁹ Vale destacar a perplexidade de Pugliese com a transformação do trânsito em julgado de requisito/condição (*Bedingungen der Rechtskraft*) à espécie da coisa julgada: “*Il passaggio in giudicato fu dunque considerato – del tutto correttamente – un requisito formale della Rechtskraft; ma non ci volle perché l’aggettivo ‘formale’ da qualifica di una specie o di un aspetto della Rechtskraft e perché si distinguesse quindi una formelle da una materielle Rechtskraft*”; PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*. p. 800.

⁵¹⁰ Ao se afirmar que a coisa julgada formal é pressuposto da material, há que se reconhecer que o surgimento de cada uma se dá, logicamente, em momentos distintos.

⁵¹¹ No original: ““La distinzione tra cosa giudicata formale e sostanziale non è perciò soltanto inutile ma anche dannosa, perché può, troppo spesso, generar confusione”; ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. p. 7.

⁵¹² ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. p. 8; PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 802.

⁵¹³ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 802.

⁵¹⁴ No direito brasileiro, pela atual inutilidade da distinção efetuada entre recursos ordinários e extraordinários no art. 467 do Código de Processo Civil entre BARBOSA MOREIRA, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*. p. 213. Nem com a tramitação da intitulada PEC dos recursos, que pretender alterar os arts. 102 e 103 da CRFB, transformando os hoje recursos extraordinário e especial em verdadeiras ações rescisórias se passa a dar conteúdo à distinção feita pelo legislador.

⁵¹⁵ GIUDICEANDREA, Nicola. «Impugnazioni (diritto processuale civile)». In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VIII, di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Vnione Tipografico - Editrice Torinese, 1968. p. 390 e ss.

Ugo Rocco, com argumento convincente, demonstrou, dentro de certos limites, o erro em associar a coisa julgada ao sistema recursal. Como bem referido pelo autor italiano, o conceito de coisa julgada é logicamente independente do sistema recursal⁵¹⁶. A história processual civil confirma tal inferência, haja vista o sistema recursal ter surgido apenas no principado, em 27 a.C.⁵¹⁷ – ainda no *ordo iudiciorum privatorum*, final do período formulário e início da cognição extraordinária –, enquanto que a coisa julgada é princípio já conhecido no período das *legis actiones*⁵¹⁸.

Em relação à segunda afirmação, de que a coisa julgada formal é pressuposto necessário da coisa julgada substancial, não são poucas às vozes de estudiosos de renome de outros países que se opõem a esse condicionamento. Ernesto Heinitz, embora dê como correta a diferenciação tal como referido supra entre as duas categorias, é enfático ao afirmar a inexistência de conexão entre essas⁵¹⁹. Para esse jurista é possível que o legislador faça surgir a eficácia da coisa julgada material (autoridade da coisa julgada) em momento anterior ao trânsito em julgado formal, não o fazendo no direito italiano por motivos práticos⁵²⁰. É bem verdade, contudo, que o referido autor não emprega a distinção entre efeitos da sentença e efeitos da coisa julgada, o que lhe permite, de forma mais fácil, sustentar a distinção e independência entre ambas.

No mesmo sentido é o pensamento de Pugliese. Ele, após afirmar a ausência de relação lógica entre a imutabilidade e a imperatividade, confirma sua assertiva analisando norma específica do Código de Processo Civil Italiano (art. 337) que trata do agir do juiz diante da relação de prejudicialidade entre sentenças de diferentes processos⁵²¹. E conclui,

⁵¹⁶ No original: “La verità, [...], è che il concetto di autorità di cosa giudicata della sentenza è logicamente distinto dal concetto dei gravami. [...]; e, storicamente, i due concetti sono distinti tra loro, tanto è vero che nella storia del processo civile, il sistema dei gravami è sorto molto dopo l’attuazione del principio dell’autorità di cosa giudicata”; ROCCO, *L’autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. p. 9.

⁵¹⁷ ORESTANO, Ricardo. *L’appello civile in diritto romano. corso di diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1953. p. 432-433.

⁵¹⁸ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 728-732.

⁵¹⁹ HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 7. Em relação à posição de Heinitz, deve-se fazer a ressalva que este não efetuava a diferenciação desenvolvida por Carnelutti e consagrada na doutrina de Liebman entre eficácia da sentença e eficácia da coisa julgada, de forma que é mais fácil sustentar a inexistência de relação entre as duas “espécies” de coisa julgada.

⁵²⁰ HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 7.

⁵²¹ As quatro hipóteses consistiriam: (i) no primeiro processo a sentença transita em julgada e é impugnada por meio extraordinário, enquanto em outro se discute lide conexa, mas não prejudicial; (ii) no processo a sentença transita em julgada e é impugnada por meio extraordinário, enquanto no outro se discute lide prejudicial; (iii) a sentença não passou em julgado e está sendo impugnada por meios ordinários, enquanto que a outra lide é conexa, mas não prejudicial; e, finalmente, (iv) a sentença não passada em julgado é impugnada por meios ordinários e mantém relação de prejudicialidade com outro processo; PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 807.

à luz do direito italiano, que não se subordina a autoridade do julgado a um certo grau de imutabilidade ou a passagem em julgado⁵²².

Diante disso, afirma Pugliese que coisa julgada (“giudicato”) é, na realidade, uma só⁵²³. Para o referido jurista, a *res iudicata* consistiria na decisão final não mais impugnável com meios ordinários, ao passo que a imperatividade da coisa julgada seria a “*autorità della cosa giudicata*”⁵²⁴.

Ressalvada a distância entre os conceitos de *res iudicata* de Pugliese e Liebman⁵²⁵, o último doutrinador já havia chegado à mesma conclusão, reconhecendo que “[...] *tem na realidade a própria distinção importância bem menor do que a que comumente se lhe atribui*”⁵²⁶. Em ensaio posterior à sua monografia, intitulado “*Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*”, no qual reconhece a insuficiência da coisa julgada formal, afirma que a *res iudicata* constitui conceito único com função dúplice⁵²⁷. E, consoante a doutrina de Liebman, não poderia ser diferente, embora os doutrinadores que se valem da sua construção teórica em relação à coisa julgada, em boa parte, ignorem a expressa advertência do referido processualista.

Para se sustentar a inexistência de duas coisas julgadas, uma formal e outra material, além dos argumentos já referidos acima, basta analisar os três critérios empregados para explicar a diferenciação entre ambas: (i) o primeiro diz quanto aos efeitos que cada uma produz; (ii) o segundo se refere ao momento em que cada uma se verifica e, por fim, (iii) o último concerne ao objeto sobre o qual cada uma incide, se a decisão é ou não de mérito.

Em primeiro lugar, ao se justificar a diferenciação, sustenta-se que a coisa julgada formal consiste na a imutabilidade da sentença como ato processual e “[...] *a coisa*

⁵²² PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 808.

⁵²³ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 803.

⁵²⁴ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 803. Ao que tudo indica, a terminologia utilizada por Pugliese se aproxima em muito dos conceitos utilizado por Carnelutti que via na coisa julgada forma a imutabilidade e na coisa julgada material o efeito positivo de vinculação.

⁵²⁵ Em última análise, a distinção entre as teorias dos dois autores consiste em que para o professor da Universidade de Parma inexistente uma eficácia propriamente positiva (eficácia de vinculação) na coisa julgada, enquanto Pugliese concebe tanto a imutabilidade quanto a autoridade, na esteira de Carnelutti.

⁵²⁶ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

⁵²⁷ “Unico è dunque il concetto della cosa giudicata, sebbene sai duplice la sua funzione”; LIEBMAN, *Ancora sulle sentenza e sulla cosa giudicata*. p. 250. No direito brasileiro, tal posição é sustentada, por exemplo, por Humberto Theodoro Júnior: “Na verdade a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno”; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento - vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 558.

*julgada substancial indica a mesma imutabilidade, em relação ao seu conteúdo e mormente aos seus efeitos*⁵²⁸. E, quanto a isso, não difere a doutrina nacional⁵²⁹.

Entretanto, ao assim se sustentar a diferença, mais evidente fica a sua insubsistência, pois a “imutabilidade”, ou a qualidade de tornar imutável o ato ou seu conteúdo, nada agrega ao objeto que qualifica, a não ser a própria qualidade do imutável. Vale dizer: não é possível amparar a diferenciação entre coisa julgada formal e material com base no elemento que se adiciona à sentença, a imutabilidade, porque ela produz os mesmos efeitos, independente do ato sobre a qual recai.

O outro critério empregado refere-se ao aspecto temporal e diz respeito ao momento do surgimento de cada um dos tipos de coisa julgada. Nesse compasso, ainda que se afirme que a coisa julgada formal preceda a coisa julgada material, porquanto primeiro a decisão se torna imutável dentro do próprio processo a decisão (coisa julgada formal), para, posteriormente, se tornar imutável fora do processo (coisa julgada material), o que se verifica, na prática, é a coincidência dos fenômenos. Isto porque com o trânsito em julgado da decisão, de uma só vez, torna-se imutável a decisão, seja internamente, seja externamente. Outro fenômeno bem diferente, e que não tem relação com a imutabilidade, é o fato de a decisão que se tornou imutável ter aptidão ou não de produzir efeitos para fora do processo em que foi prolatada. Tal fenômeno, como advertiu Liebman, ao menos dentro de sua elaboração, é independente da coisa julgada e com ela não se confunde⁵³⁰. Vê-se, destarte, que sustentar a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material, com base em um critério temporal, do momento em que cada uma se verifica, mostra-se infundado.

O último critério para se sustentar a diferença nem precisaria ser analisado, haja vista que a refutação do primeiro critério (diferentes efeitos) implica, por consequência lógica, também a do último. Isso porque, como visto, a qualidade da imutabilidade não agrega nenhum outro efeito sobre o objeto que incide a não ser a própria imutabilidade. Volta-se a repetir, a imutabilidade da coisa julgada age de forma idêntica sobre qualquer sentença sobre a qual recai, seja de mérito (condenatória, constitutiva, mandamental, executiva e declaratória), seja terminativa. Assim, por mais que se altere o

⁵²⁸ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

⁵²⁹ SILVA, *Curso de processo civil, volume I*. p. 457; MARINONI; ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*. p. 627; THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. p. 558; GRECO, *Instituições de processo civil*. volume II. p. 300; MOURÃO, *Coisa julgada*. p. 124.

⁵³⁰ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

conteúdo sentencial, a qualidade própria da coisa julgada, segundo a concepção de Liebman, será sempre a “*mesma imutabilidade*”⁵³¹.

Sobre a referida distinção, o mestre italiano já havia, com todas as letras, afastava a sua utilidade. Ao analisar a imutabilidade que recai sobre a decisão que decide o mérito e sobre a que julgar os pressupostos processuais, admissibilidade de meios de prova, ou despacho em geral sobre o processo pontua que não se obtém uma coisa julgada diferente para cada decisão, mas que “[...] *a diferença está toda no comando contido na sentença e nos seus efeitos, não na coisa julgada, que permanece sempre a mesma*”⁵³². Vê-se, por conseguinte, que o próprio mestre italiano diminui, senão, refuta a distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal⁵³³.

Ainda que tais conceitos estejam de tal forma arraigados na cultura processual brasileira e, mesmo, na legislação pátria, o que o legitima pela força da tradição e da lei, no sentido weberiano, ao analisar-se seus pressupostos, percebe-se que a distinção não se sustenta. Todavia, não há como se negar que, uma vez positivados, é necessário estabelecer-lhes o conteúdo e lhes dar o contorno indispensáveis para a correta aplicação do direito. Entretanto, tal fato não alterara a natureza das coisas, pois a coisa julgada é uma e una, sendo incorreto referir a existência da coisa julgada em sentido formal e material. Da mesma forma, condicionar o surgimento da vinculatividade ao da imutabilidade é uma afirmativa que não encontra amparo lógico. É bem verdade, também, que, a depender do conceito de *res iudicata* que se utilize e da terminologia que se empregue para expressar os seus vários fenômenos, essa unidade do instituto torna-se mais ou menos clara. O entendimento que concebe duas coisas julgadas, com características distintas, incorre em notáveis perplexidades⁵³⁴.

⁵³¹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

⁵³² No original: “*Ma la differenza è tutta del comando contenuto nella sentenza e dei suoi effetti, non della cosa giudicata, che è sempre la stessa*”; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 45; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 56.

⁵³³ Na edição brasileira, a Ada Pellegrini Grinover, às notas do §3º, n.º 6, fl. 68, refere: “*A distinção entre coisa julgada formal e material, reestruturada por LIEBMAN no n.º 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*”; LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 68. Ainda que respeitável a opinião da referida doutrinadora e não se possa negar que a doutrina brasileira acolha a diferenciação, praticamente, de forma unânime, não há como se concordar com a afirmação que Liebman tenha reestruturado a distinção e a aceitação se dê com base nos ensinamentos do referido autor; como visto acima, ele próprio, antes, nega a distinção aduzindo que a coisa julgada permanece sempre a mesma.

⁵³⁴ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 802.

5.9. Conceito de coisa julgada no Código de Processo Civil

Visto, em breves notas, os elementos componentes da coisa julgada, pode-se retornar a atenção ao seu conceito. A grande dificuldade que se observa no seu estabelecimento é, sem sombra de dúvidas, sistematizar uma série de fenômenos e efeitos heterogêneos que decorrem de único instituto.

Conforme já mencionado anteriormente, prepondera, de forma quase pacífica, no direito processual civil brasileiro o entendimento de que a coisa julgada consiste em uma qualidade que se agrega à sentença de mérito com o trânsito em julgado. Referida construção foi concebida por Liebman e encampada, a princípio, no Código de Processo Civil Brasileiro em seu art. 467, consoante exposição de motivos do referido diploma legislativo.

Mesmo ciente dos eventuais inconvenientes de se pôr não apenas um conceito, mas verdadeira definição da coisa julgada, o legislador pátrio estabeleceu o que é a coisa julgada material no artigo 467 do Código de Processo Civil. Para ele “[...] *denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”.

As dificuldades na interpretação da norma começam pela falta de clareza do texto, que emprega, ao que tudo indica, a expressão eficácia “[...] *(que é a qualidade daquilo que é eficaz ou a aptidão para produzir efeitos)* com o sentido de efeito *(que é o resultado ou consequência de um ato ou causa)* [...]” e deixa “[...] *de expressar a fonte da eficácia a que se refere*”⁵³⁵. Contudo, de acordo com a letra do dispositivo, pode-se identificar que o núcleo essencial do conceito de coisa julgada consistiria em uma “eficácia”⁵³⁶; vale dizer: uma eficácia que tornaria imutável e indiscutível a sentença. Mas,

⁵³⁵ CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV: arts. 332 a 475. p. 318. Vale destacar que conteúdo, eficácia e efeitos da sentença são conceitos que não se confundem: “Conteúdo e efeitos são verdadeiramente entidas inconfundíveis. Aquilo que integra o ato não resulta dele: aquilo que dele resulta não o integra”; BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. «Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema». In: *Temas de direito processual*: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 177.

⁵³⁶ BARBOSA MOREIRA, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*. p. 211.

fica a pergunta, eficácia (como aptidão para produzir efeitos)⁵³⁷ do que, ou proveniente do quê⁵³⁸?

Do texto do artigo 467 do Código de Processo Civil, Barbosa Moreira observa que duas respostas seriam possíveis à pergunta anterior: ou (a) a eficácia seria da sentença; ou (b) seria consequência da preclusão dos meios impugnativos⁵³⁹.

A primeira alternativa não é correta. A coisa julgada não poderia consistir em uma eficácia da sentença, pois se ela torna a sentença imutável e indiscutível, a fonte da eficácia é, necessariamente, anterior a ela⁵⁴⁰. É impossível a sentença ser, ao mesmo tempo, fonte da eficácia e objeto sobre o qual essa incide, ou, utilizando-se de metáfora empregada por Ovídio A. Baptista, a eficácia do medicamento não incide sobre o próprio medicamento⁵⁴¹, mas sobre outro objeto, no caso, o enfermo. Ainda, ao adotar essa alternativa como correta, ter-se-ia de aceitar que a coisa julgada consistiria no efeito de declaração da sentença, conclusão que o próprio Liebman afasta em sua obra⁵⁴², e que, segundo o processualista fluminense, não seria correta⁵⁴³.

Assim, a fonte da “eficácia” deve ser encontrada na preclusão dos meios impugnativos. Ainda que se deva buscar o fundamento na segunda hipótese, segundo Barbosa Moreira, ela não é uma fórmula completa, pois ainda há casos que mesmo preclusos os meios de impugnação, não se torna imutável a decisão prolatada (v. g. reexame necessário, art. 475 do CPC)⁵⁴⁴. Há, assim, que se reconhecer a imprecisão terminológica do conceito e lembrar o brocardo que o legislador ousou desafiar: “*Omnis definitio in iure civile periculosa est*”. Porém, não se pode exigir que um único dispositivo esgote um dos institutos mais delicados do direito processual⁵⁴⁵.

Diante do impasse, a doutrina, de mais a mais, costuma conceituar a coisa julgada sem enfrentar os problemas interpretativos existentes no art. 467 do Código de

⁵³⁷ BARBOSA MOREIRA, *Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema*. p. 7; SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. 1: processo de conhecimento. p. 462.

⁵³⁸ BARBOSA MOREIRA, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*. p. 212.

⁵³⁹ BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 107.

⁵⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*. p. 212.

⁵⁴¹ SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. 1.: processo de conhecimento. p. 460.

⁵⁴² Nesse sentido: “Identificare l’accertamento prodotto dalla sentenza con la cosa giudicata significar dunque confondere l’effetto con un suo (possibile) carattere”; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 14; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 23.

⁵⁴³ BARBOSA MOREIRA, op. cit. p. 108.

⁵⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*. p. 212; *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 108.

⁵⁴⁵ LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*. p. 13.

Processo Civil em relação à imutabilidade e à indiscutibilidade da sentença. Todavia, os problemas técnicos da redação do referido dispositivo nada tem a ver com a doutrina de Liebman⁵⁴⁶.

Como referido anteriormente, a questão principal, ao que se parece, é que os efeitos dos atos jurídicos podem não ocorrer todos ao mesmo tempo. Da mesma forma, é possível, inclusive, que o mesmo ato ou fato jurídico produza efeitos de natureza distinta, como ocorre com a coisa julgada, conforme defende Menchini⁵⁴⁷. A insuficiência do dispositivo é evidente para explicar o fenômeno da coisa julgada. E justamente pelo fato da imprecisão da norma legal, mais importante se mostra a elaboração doutrinária que o legislador buscou inspiração, pois é nela que a ciência do direito e a jurisprudência vão se socorrer para enfrentar os problemas da aplicação da norma. Entretanto, a própria teoria de Liebman não consegue responder, de forma satisfatória, a alguns dos problemas levantados.

Mesmo que equívoca e imprecisa a redação do dispositivo, uma constatação, a qual a teoria liebmaniana se adéqua, pode-se fazer: pelo teor do referido texto normativo, torna-se imutável e indiscutível a sentença, ou o seu conteúdo, e não seus efeitos ou sua eficácia ou apenas a eficácia declaratória⁵⁴⁸, ainda que haja opiniões de respeitáveis doutrinadores em sentidos diversos⁵⁴⁹.

Tem-se como ponto pacífico na doutrina que a *res iudicata* tem o escopo de assegurar a certeza da relação decidida por meio de um ato formal. Dessa forma, julgada a lide, veda-se nova ação que vise a rediscutir a mesma relação jurídica de direito material ou mesmo que *ius superveniens* retroativo implique alteração da decisão transitada em

⁵⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, *La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano*. p. 219.

⁵⁴⁷ Refere Menchini, quando examina o conteúdo e os efeitos da autoridade da coisa julgada e trata da disputa ocorrida entre teoria processual e substancial: “Anzi, questa alternativa, sembra non correttamente formulata, non potendosi negare che il giudicato possiede l’una e l’altra natura; esso infatti, per un verso, dà certezza alle relazioni intersoggettive delle parti, ponendo fine, mediante la dichiarazione autoritativa della volontà di legge che regola il caso concreto, alla crisi verificatasi nel mondo sostanziale; e, per l’altro verso, esplica i propri effetti sul piano processuale, facendo sì che nessun giudice rimette in discussione quanto è stato precedentemente deciso [...]”; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 26-27.

⁵⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 108.

⁵⁴⁹ Assim, por exemplo, Ovídio Baptista da Silva: “Pelas considerações precedentes, cremos que se pode concluir, com LIEBMAN, que a coisa julgada não é efeito, mas uma qualidade que se ajunta não, como ele afirma, ao conteúdo e a todos os efeitos da sentença, tornando-a imutável, e sim apenas ao efeito declaratório, tornando-a indiscutível (que é o meio de a declaração tornar-se imutável) nos futuros julgamento”; SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1: processo de conhecimento. p. 468. Referido posicionamento é compartilhado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada”; MARINONI; ARENHART, *Manual do processo de conhecimento*. p. 633.

julgado, pois, a coisa julgada, por sua natureza, resiste à nova lei⁵⁵⁰. Não obstante a correção das afirmações anteriores, uma questão precedente deve ser respondida: em que momento se torna indiscutível o comando judicial, isto é, qual o ato/fato jurídico de que decorre a “[...] *eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença*”?

A essa pergunta pode-se responder sem dúvidas. O julgado adquire estabilidade quanto falta às partes e ao juiz poderes para, respectivamente, levar questões ao conhecimento do juízo e este conhecer questões⁵⁵¹. A consumação dos poderes dos atores do processo se dá com o fato jurídico do trânsito em julgado da decisão. O selo de indiscutibilidade, principal atributo da coisa julgada ao lado da vinculatividade⁵⁵², decorre do trânsito em julgado, ou seja, do esaurimento da possibilidade de controverter a relação, e não da “coisa julgada material”. Essa, se realmente existe e se adiciona alguma qualidade à sentença, é logicamente posterior à impossibilidade de rediscussão. Tal conclusão não implica afirmar que a coisa julgada se restrinja à esfera processual.

Barbosa Moreira, autor que, sem dúvida, mais contribuiu no direito brasileiro para o desenvolvimento da teoria em torno da coisa julgada, é claro em sua lição. Refere o processualista fluminense: “[...] *não é a coisa julgada material, em nosso modo de ver, que torna imutável e indiscutível a sentença, como se entre ‘coisa julgada material’, de um lado, e ‘imutabilidade e indiscutibilidade’, de outro, houvesse relação de causa e efeito*”. E arremata: “[...] *se algo torna imutável e indiscutível a sentença, no sentido de que a faz passar a semelhante condição, será antes o trânsito em julgado [...] do que propriamente a coisa julgada material. Quanto a esta, só começa a existir no mesmo instante em que a*

⁵⁵⁰ CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 220-221. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 389; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 30. Tal grau de imutabilidade é um dos critérios empregados por Chiovenda para a distinção da coisa julgada da preclusão: “La cosa giudicata resiste per sua natura alla legge nuova, perché questa trova una situazione definitivamente fissata circa il godimento d'un bene, che in omaggio all'assicurezza delle relazioni giuridiche non può essere rimesso in discussione [...]”; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*. p. 275.

⁵⁵¹ Nesse sentido Fazzalari vê a imutabilidade própria da coisa julgada decorrer da ausência de poderes processuais das partes e do juiz: “Ora, a me pare che la stabilità della quale si va in cerca discenda tout court dall'esaurimento dei poteri processuali dei legittimi contraddittori e del giudice (nemo iudex sine actore) in relazione al dato rapporto controverso: esaurimento che, secondo il diritto positivo (art. 324 c.p.c), si verifica, per via di consumazione o di preclusione, nel processo di formazione della pronuncia[...]; e, per converso, non è necessario, per garantire l'incontestabilità (dalle parti) e irretratabilità (da ogni giudice), che la legge ponga un apposito divieto, ma basta che essa non dia alle parti e ad alcun giudice nuovi poteri”; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*. p. 1324. Em sentido análogo Carnelutti que concebia a imutabilidade como a ausência de poderes do juiz; CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*. vol. I. p. 142; CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 4.

⁵⁵² MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 1.

sentença deixa de ser mutável e discutível, de modo que logicamente – repita-se – não há como atribuir-lhe a virtude de torná-la tal”⁵⁵³.

De acordo com a opinião do referido mestre, o elemento de estabilidade do comando estatal não está na coisa julgada material, mas no trânsito em julgado. Com isso, seu pensamento aproxima-se dos ensinamentos de Fazzalari⁵⁵⁴ e de Carnelutti, vendo o último na coisa julgada formal o elemento de estabilidade do julgado decorrente do fim dos poderes processuais das partes e juiz de continuar a demanda⁵⁵⁵. No mesmo sentido, embora com terminologia distinta, Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao comentar o artigo 467 da legislação processual civil, esclarece que o dispositivo denomina coisa julgada material o efeito do trânsito em julgado da sentença, que torna esta imutável⁵⁵⁶.

Todavia, poder-se-ia objetar que as constatações levantadas até agora em nada contrariariam a construção de Liebman. Ele reconhecia na coisa julgada formal (preclusão dos recursos), em certo sentido, o trânsito em julgado antes referido. Contudo, o referido processualista não se contenta apenas com a preclusão dos meios de recurso e formação da coisa julgada formal para a garantia da estabilidade da relação decidida. Já em escrito de 1936, Liebman começa a dar sinais da insuficiência da coisa julgada como apenas uma qualidade que se atribui aos seus efeitos. Segundo ele, “[...] *a segurança do direito e a pacificação social querem algo mais*”⁵⁵⁷. Assim, para evitar o surgimento de decisões contrárias, a coisa julgada deve garantir não só o respeito à sentença, como também dos seus efeitos⁵⁵⁸. Isso implica o dever do juiz conhecer, de ofício, a existência de coisa julgada anterior (*exceptio res iudicata*), pois, antes que o interesse das partes, tal dever visa a tutelar o ordenamento jurídico⁵⁵⁹. No entanto, mesmo que já refira a necessidade de “um algo a mais”, ainda conceitua coisa julgada como uma qualidade própria dos efeitos da sentença⁵⁶⁰, qualquer que seja o conteúdo⁵⁶¹.

⁵⁵³ BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 107.

⁵⁵⁴ FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*. p. 1324.

⁵⁵⁵ CARNELUTTI, *Instituciones del precesso civil*. vol. I. p. 142.

⁵⁵⁶ CINTRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. IV: arts. 332 a 475. p. 318.

⁵⁵⁷ No original: “Questo risultato si raggiunge quando si precludono i mezzi d’impugnazione, la sentenza non può più essere mutata e il processo è chiuso: si forma la cosa giudicata formale. Ma la sicurezza del diritto e la pacificazione sociale vogliono qualche cosa di più”; LIEBMAN, *Ancora sulle sentenza e sulla cosa giudicata*. p. 249. Tal opinião foi mantida no último escrito sobre o tema: “La cosa giudicata formale, ponendo la sentenza al sicuro dell’attacco delle impugnazioni, non è ancora sufficiente a garantire il risultato del processo”; LIEBMAN, *Giudicato I*. p. 4.

⁵⁵⁸ LIEBMAN, *Ancora sulle sentenza e sulla cosa giudicata*. p. 249.

⁵⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. «Sulla rilevabilità d’ufficio dell’eccezione di cosa giudicata». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Anno I, 1947. p. 359.

⁵⁶⁰ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 6; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 6; LIEBMAN, *Ancora sulle sentenza e sulla cosa giudicata*. p. 249.

Vê-se, já aqui, que a solução encontrada por Liebman acaba implicando contradição com sua própria teoria que não vê, pelo critério escolhido para conceituar a coisa julgada (imutabilidade), diferença entre coisa julgada formal e coisa julgada material, conforme pontuado. Ora, se a imutabilidade é igual, independente do seu conteúdo, por que motivo precisaria de algo a mais a justificar a coisa julgada material?

Não nos parece, contudo, que um jogo de palavras em torno da *res iudicata*, distinguindo-se coisa julgada em sentido formal e substancial ora a partir de critério relacionado ao objeto que essas qualificam⁵⁶², ora a partir de um critério quantitativo (grau de imutabilidade)⁵⁶³, que o próprio autor refuta, possa explicar o que realmente se passa com *res iudicata*. Conforme já pontuado, ainda que seja tradicional a referida diferenciação entre coisa julgada formal e coisa julgada material, ela não se sustenta. Mesmo sem examinar o conteúdo da coisa julgada na teoria de Liebman, Barbosa Moreira já havia constatado que, no fundo, não “[...] *se amolda bem à realidade, [...], a concepção da coisa julgada como uma qualidade dos efeitos sentenciasais, ou mesmo da própria sentença*”⁵⁶⁴.

Além do aspecto temporal da coisa julgada, ou seja, em que momento que essa se verifica, uma outra questão, talvez até de maior importância dogmática, consiste em saber qual o conteúdo da coisa julgada. Antes de analisar esse outro aspecto, vale lembrar que Liebman, quando da elaboração de sua doutrina, estava preocupado em se afastar do embate doutrinário, então existente, de situar a coisa julgada no plano processual (teoria processual) ou no plano material (teoria material). E, para isso, defendeu que a coisa julgada consistiria apenas um “[...] *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*”⁵⁶⁵ e que “[...] *coisa julgada, por si só, não é nem ‘processual’ nem ‘material’*”⁵⁶⁶.

⁵⁶¹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 45; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 56; *Unità del giudicato, Rivista di diritto processuale*, Padova, 1986. p. 236; *Giudicato I*. p. 2.

⁵⁶² “Non vi è, si può dire, contrasto tra gli scritti sul punto di distinzione tra cosa giudicata in senso formale e in senso sostanziale (o materiale). La prima è una qualità della sentenza, in quanto essa non è più impugnabile a causa della avventua preclusione dei gravami; la seconda sarebbe invece la sua specifica efficacia,[...]”, e mais a frente admite: “Infatti anche la cosa giudicata sostanziale non è un effetto della sentenza, ma solo un particolare aspetto di quella qualità che essa acquista con l’avvenuta preclusione delle impugnative”; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55

⁵⁶³ LIEBMAN, *Ancora sulle sentenza e sulla cosa giudicata*. p. 249.

⁵⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 113.

⁵⁶⁵ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 28; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 41.

⁵⁶⁶ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 32; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 45.

Assim, para a indagação de qual o conteúdo da coisa julgada segundo a doutrina de Liebman, pode-se responder a mesma pergunta de duas formas, sob pontos de vista diversos. Por um lado, pode-se afirmar que a teoria de Liebman é clara ao estabelecer como conteúdo da coisa julgada a “qualidade”, um elemento formal que se agrega à sentença garantindo-lhe a imutabilidade e indiscutibilidade; por outro lado, todavia, é igualmente lícito afirmar que a teoria elaborada pelo patrono da escola processual de São Paulo não possui conteúdo material, mas apenas conteúdo formal, ou seja, que, ao conceber a coisa julgada como mero elemento formal (adeto, adjetivo), o instituto é carente de substância. O elemento formal – coisa julgada ou mesmo a autoridade da coisa julgada – sempre será dependente do elemento material, o qual será determinado pela sentença, haja vista que essa é a fonte dos efeitos sobre os quais recai a qualidade de ser imutável.

No fundo, o grande problema que Liebman enfrenta e não conseguiu solucionar, ao conceber a coisa julgada enquanto qualidade “[...] *neutra e incolor em seu conteúdo*”⁵⁶⁷, é não atribuir conteúdo próprio à coisa julgada, sendo ela mero adjetivo da sentença. Ao assim se conceituar a *res iudicata*, não é possível igualmente lhe conferir uma eficácia positiva (função positiva) ou uma vinculatividade, justamente o “algo a mais” que seria necessário para garantir a sua observância.

Vale destacar que, originalmente e de forma inteiramente coerente com sua construção, Liebman negava a existência de qualquer efeito positivo à coisa julgada, sendo ela apenas a eficácia natural da sentença⁵⁶⁸. Assim, para ele o escopo da coisa julgada é puramente negativo e “[...] *sua função é unicamente a de impedir todo juízo diferente que contradiga ou contraste os efeitos produzidos pela precedente sentença*”⁵⁶⁹. Entretanto, o mestre italiano, em seu último escrito, muda de entendimento especificamente em relação à função positiva da coisa julgada.

Ao analisar a hipótese de reproposição de mesma lide, afirma o autor italiano que a função negativa é suficiente para garantir a intangibilidade da *res iudicata*. Todavia,

⁵⁶⁷ LIEBMAN, *Efeitos da sentença e coisa julgada*. p. 278.

⁵⁶⁸ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

⁵⁶⁹ No original: “Ma in tutt’altro senso si deve dire che l’autorità della cosa giudicata ha una funzione meramente negativa. Se si ammette infatti (come ho cercato di dimostrare) che gli effetti che spiega la sentenza sono del tutto indipendenti dalla cosa giudicata, e che questa serve solo a renderli immutabili, è chiaro che la sua funzione è unicamente quella di impedire ogni giudizio difforme che contraddica o contrasti gli effetti prodotti dalla precedente sentenza”; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

ao tratar de lide diversa, mas logicamente dependente da decisão precedente, conclui pela insuficiência da função negativa. Para Liebman, nesse caso, o juiz deve não apenas se omitir de decidir novamente o direito já deduzido em processo anterior (função negativa), mas assumir como incontestável a situação passada em julgada e pô-la como premissa lógica necessária de sua decisão em relação à nova demanda (função positiva)⁵⁷⁰. Ao assim proceder, Liebman contradiz o que anteriormente havia defendido, pondo em xeque, inclusive, o fundamento central de sua teoria, qual seja, que a coisa julgada é a qualidade de tornar indiscutível os efeitos da sentença. Da mesma forma, também não explica como poderia ser possível dita função positiva se a coisa julgada é apenas uma qualidade “*neutra e incolor em seu conteúdo*”⁵⁷¹. Como visto, para se sustentar a existência de uma função positiva à sentença transitada em julgado ou se atribui conteúdo material à coisa julgada; ou não é possível se falar em função positiva da mesma.

Com isso, pode-se chegar às seguintes conclusões: (i) a elaboração doutrinária originária empreendida por Liebman pode ser classificada como uma teoria restritiva da coisa julgada, pois limita o conceito a um elemento formal bem determinado; (ii) ao se conceber a coisa julgada enquanto qualidade que se agrega à sentença, seja ao seu conteúdo, seja aos seus efeitos, reduz-se a bem pouco seu papel e sua importância, haja vista que ela fica inteiramente subordinada à sentença; (iii) se a coisa julgada é uma qualidade “*neutra e incolor em seu conteúdo*”⁵⁷² que apenas qualifica a sentença e decorre de um fato processual (transito em julgado), essa pode exercer apenas uma função negativa e nunca uma função positiva; (iv) ao se conferir, além da função negativa, uma função positiva à *res iudicata* é preciso, necessariamente, atribuir à mesma conteúdo material, deixando ela, conseqüentemente, de ser mera qualidade e (v) , por fim, ainda em relação à elaboração original da coisa julgada como qualidade que torna imutável os efeitos da sentença, também é possível enquadrá-la entre as teoria processuais, ainda que Liebman

⁵⁷⁰ No original: “Se invece il problema sorge di fronte ad una lite diversa, ma logicamente dipendente dalla decisione precedente, e si vuole trarre da questa le conseguenze che ne derivano, allora la funzione negativa non è sufficiente: il giudice deve in questo caso non soltanto omettere di giudicare su quel che fu già deiso, quanto piuttosto assumere come incontestabile la statuizione contenuta nella sentenza passata in giudicato e porla come le premessa certa del suo giudizio sulla diversa lite, dipendente dalla prima: ed allora la funzione dell’autorità del giudicato ha un rilievo positivo e non semplicemente negativo”; LIEBMAN, *Giudicato I (Diritto processuale civile)*. p. 4.

⁵⁷¹ LIEBMAN, *Efeitos da sentença e coisa julgada*. p. 278.

⁵⁷² LIEBMAN, *Efeitos da sentença e coisa julgada*. p. 278.

afirme que ela não pertence nem ao plano processual, nem ao plano material, mas ao plano do ordenamento jurídico geral⁵⁷³.

Um outro problema que a concepção de coisa julgada traz, enquanto qualidade que se agrega à sentença, é em relação ao seu meio de impugnação, a ação rescisória. Isto porque, é pacífico na doutrina a possibilidade tanto do juízo puramente rescindente, para os casos de *error in procedente*, e juízo rescisório, para os casos de *error in iudicando*, o qual engloba tanto o juízo rescindente quanto a prolação de nova decisão (substituição)⁵⁷⁴. Assim, no caso de juízo puramente rescindente, se a ação rescisória apenas rescindir a coisa julgada, enquanto qualidade que torna imutável a decisão, permaneceria intacta o objeto que esta qualifica, efeitos ou conteúdo da sentença. A única saída para essa hipótese seria de incluir entre os efeitos do juízo rescindente, além da desconstituição da coisa julgada, também da própria sentença.

Dessa forma, se corretas as afirmações acima, com mais razão deve-se negar a correção da coisa julgada da *res iudicata*, instituto uno, em duas. Nesse caso, ou se adota a lição de Carnelutti, que compreende o aspecto formal como a imutabilidade (plano processual) e o material como a imperatividade (plano material)⁵⁷⁵, ou, seguindo a doutrina de Liebman, que não reconhecia qualquer função positiva à coisa julgada⁵⁷⁶, abandona-se a distinção.

⁵⁷³ Primeiramente, vale deixar claro que, com essa afirmação, não se quer dizer que se inclua a elaboração doutrinária de Liebman dentro das teorias processuais as quais o referido mestre combateu. Todavia, há que se reconhecer que, se a coisa julgada é uma qualidade incolor que se agrega à sentença, a qual decorre de um fato jurídico processual (transito em julgado) um mínimo de efeitos processuais ela possui. A corroborar este entendimento vale transcrever o trecho no qual Liebman sustenta não pertencer a coisa julgada nem ao plano processual ou mesmo material: “Questa è l’autorità della cosa giudicata, la cui obbligatorietà non appartengono né al piano processuale, né a quello sostanziale, bensì al piano dell’ordinamento giuridico generale, nel punto in cui processo e diritto sostanziale entrano in contatto e celebrano la loro fusione, con un risultato sul piano costituzionale, poichè esprime la configurazione che l’ordinamento giuridico ha dato al rapporto controverso”; LIEBMAN, *Giudicato Civile I*. p. 8; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 32; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 45. Nos parece que Liebman se valeu de afirmação infundada para sustentar que a coisa julgada não pertence nem ao plano processual, nem ao plano material, e sim a um plano “geral”. Ora, ao se aceitar a teoria dualista, mesmo os institutos gerais pertencem ou ao plano material, ou ao processual, ou mesmo aos dois (pontos de estrangulamento). Por que a coisa julgada seria diferente, não pertencendo, nem ao primeiro, nem ao segundo, nem a ambos? Qual seria esse terceiro plano a que pertenceria a coisa julgada? O referido doutrinador não esboça qualquer resposta para tais questionamento ou mesmo dê pistas em relação a tais questões. Sobre a teoria monista e dualista e seus pontos de contato: DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*. p. 222-237.

⁵⁷⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Tese para concurso de Livre-Docência, 2004. p. 28.

⁵⁷⁵ “Para evitar la confusión, mientras a la imperatividad se la denomina cosa juzgada material, la inmutabilidad toma el nombre de cosa juzgada formal”; CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*. vol. I. p. 142; “Bilancio di una polemica”. p. 78-79.

⁵⁷⁶ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 43-44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 54-55.

Tertium non datur. Como se viu, a coisa julgada é fenômeno unitário; a sua divisão, como referiu Ugo Rocco, é antes prejudicial e fonte de problemas e confusões⁵⁷⁷.

Passo decisivo para a superação de tais problemas foi empreendido por Barbosa Moreira ao atribuir verdadeiro conteúdo à coisa julgada⁵⁷⁸, o qual recebeu adesão de substancial doutrina⁵⁷⁹. Para ele, “[...] *mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável*”⁵⁸⁰, a qual inclui a norma jurídica concreta constante em toda decisão⁵⁸¹. Ao se afirmar que a coisa julgada é uma situação jurídica, quer-se dizer que não só os efeitos da decisão são imutáveis, mas a própria situação decidida e, conseqüentemente, “[...] *a norma jurídica concreta que se torna imutável, e, por isso, indiscutível; a isso é que se refere o art. 486, quando atribui ‘força de lei’ à sentença*”⁵⁸². Vale dizer: a *res iudicata* cria uma certeza legal da (in)existência da situação jurídica por essa declarada⁵⁸³.

Antes de concluir o capítulo cabe uma breve observação. Conforme referido, quando analisamos a eficácia preclusiva da coisa julgada, a preclusão é instituto do geral do direito⁵⁸⁴, não devendo ser concebida apenas nas suas manifestações processuais tradicionais (consumativa, lógica e temporal). Há atos ou fatos jurídicos que desencadeiam efeitos preclusivos materiais, e a coisa julgada está entre eles.

O efeito de preclusão não deve ser compreendido como a eficácia preclusiva da coisa julgada, apenas com referência ao princípio do deduzido e dedutível. Este deve ser concebido em aspectos mais amplos, permitindo-se uma compatibilização perfeita com a finalidade da coisa julgada de estabelecimento de uma situação de certeza jurídica. Como leciona Angelo Falzea, o efeito de preclusão torna irrelevante a realidade jurídica

⁵⁷⁷ ROCCO, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. p. 7.

⁵⁷⁸ Contra, sem depreender em qualquer utilidade prática na distinção, Leonardo Greco; GRECO, *Instituições de processo civil*. volume II: processo de conhecimento. p. 299.

⁵⁷⁹ Nesse sentido, vale destacar o acolhimento expresso de Humberto Theodoro Júnior à coisa julgada como situação jurídica: “Nesse sentido é merecedora de acolhida a lição de Barbosa Moreira, para quem, em lugar de falar-se em efeito das *res iudicata* sobre essa ou aquela matéria decidida, ‘mais exato parece dizer que a coisa julgada é uma situação jurídica’: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável”; THEODORO JÚNIOR, *Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação*. p. 17.

⁵⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 113.

⁵⁸¹ BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 107.

⁵⁸² BARBOSA MOREIRA, *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada*. p. 112.

⁵⁸³ No original: “[...] il giudicato crea una certezza legale dell'esistenza della realtà giurudica da esso dichiarata”; PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*. p. 832.

⁵⁸⁴ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 372.

(situação) pré-existente em relação à situação estabelecida pelo ato do qual decorre o efeito⁵⁸⁵.

Assim, com a prolação de uma sentença de mérito, isto é, uma sentença que estabeleça a regulamentação de uma determinada relação de direito material, a qual constitui uma situação jurídica, e o esaurimento dos poderes processuais das partes e do juiz (transito em julgado), o efeito de preclusão torna irrelevante qualquer indagação quanto à conformidade da situação jurídica estabelecida pela sentença com a situação jurídica pré-existente⁵⁸⁶.

Não há como se negar que, no fundo, a posição adotada no presente trabalho, apoiada na pena de Barbosa Moreira, acaba se aproximando da doutrina de Carnelutti em relação à *res iudicata*. Como visto, o autor em questão reconhece tanto uma função positiva quanto negativa ao instituto, bem como a produção de efeitos na esfera processual e material com o estabelecimento de uma *lex specialis*, fato esse que não é negado pelo posicionamento atual da doutrina italiana⁵⁸⁷.

A guisa de conclusão, é lícito afirmar que o conceito de coisa julgada, enquanto imutabilidade (qualidade) que se agrega aos efeitos da sentença, restringe o âmbito de incidência do instituto. Nesse sentido, ao se manter fiel a esse pressuposto, é consequência lógica se negar a produção de qualquer efeito positivo (vinculação) pela mesma ou que existam duas coisas julgadas, uma material e outra formal. Para se falar, corretamente, em um efeito positivo é necessário atribuir conteúdo substancial à *res iudicata*, de forma que haja situação jurídica que deva ser observada futuramente.

⁵⁸⁵ FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 209.

⁵⁸⁶ Reconhece Falzea um característico efeito de preclusão na coisa julgada: “La essenzialissima ed insostituibile funzione del giudicato sul piano sostanziale sta proprio in questa sua autonoma validità, che rende del tutto inoperante ogni ulteriore tentativo di rimettere in discussione la effettiva portata della realtà giuridica determinata dalla sentenza. Questa configurazione del giudicato in funzione della efficacia preclusiva risolve uno dei problemi più dibattuti dalla scienza giuridica. La concezione tradizionale della efficacia giuridica come innovazione e trasformazione della realtà giuridica lasciava e lascia spazio unicamente per un solo tipo di efficacia, quella costitutiva”; FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 213.

⁵⁸⁷ PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*. p. 832; Admite Sérgio Menchini: “[...] essa rende incontestabile l’accertamento o, secondo una diversa prospettiva, il comando risultante dalla sentenza, il cui contenuto si proietta nel mondo sostanziale e si ripercuote sul patrimonio delle parti”; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 5; “Il principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile può essere spiegato solo se si ammette che la situazione istantanea dedotta in giudizio, [...], rivenga ormai compiutamente la propria disciplina non più nella norma astratta, mas nella regola di condotta espressa dall’accertamento. Questo è il nucleo di ineludibile verità contenuto nell’affermazione che qualifica il giudicato come *lex specialis* per la fattispecie dedotta in giudizio”; CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 256-259; “Con espressione tecnicamente meno precisa, ma plasticamente più efficace, si può dire che il giudicato sostanziale opera come *lex specialis* staccando la disciplina del diritto fatto valere in giudizio dalla norma generale e astratta”; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 390.

Tal modo de ver a coisa julgada é de extrema utilidade para explicar os seus efeitos no controle de constitucionalidade, conforme se passa a analisar em seguida, pois todos são responsáveis pela criação e aplicação do direito; a fundamental diferença na atuação de seus atores não é de qualidade (natureza), mas sim da maneira como ela se dá e nos seus limites⁵⁸⁸.

6. CONCLUSÕES

Conforme visto no desenvolvimento do capítulo, o problema essencial que gira em torno da coisa julgada não é o estabelecimento de sua função, qual seja, alcançar a certeza jurídica nas relações controvertidas, pois sobre isso não há divergência. A tormentosa questão é explicar de que forma se dá a vinculação das partes, terceiros e Estado a ela⁵⁸⁹.

Em relação ao desenvolvimento do tema no direito brasileiro, analisou-se as duas teorias de maior relevância para a construção do Código de Processo Civil de 1973, as de Francesco Carnelutti e Enrico Tullio Liebman. O primeiro via na coisa julgada duas qualidades que a marcavam: sua imutabilidade e sua vinculatividade. O segundo, por sua vez, atribuiu à *res iudicata* apenas uma característica, qual seja, sua imutabilidade. Todavia, a imutabilidade enquanto qualidade não recaía sobre todo o instituto, mas apenas sobre elemento específico da sentença, seus efeitos. Ainda que não de forma pacífica, a grande contribuição de Liebman foi a desvinculação dos efeitos da sentença dos atribuídos à coisa julgada. Dessa sorte, apenas os efeitos decorrentes da sentença receberiam o mando de sua imutabilidade.

Após se analisar, à luz do direito positivo brasileiro, quais as decisões sobre as quais recai a coisa julgada, os critérios para sua identificação, seus limites subjetivos e objetivos, e a distinção entre coisa julgada formal e material, retorna-se ao problema conceitual do instituto. O legislador brasileiro, segundo doutrina majoritária, encampou a teoria de Liebman em relação à coisa julgada, ainda que a redação do dispositivo (art. 467 do CPC) se ressentia de melhor técnica e se afastasse, em certo sentido, da referida elaboração.

⁵⁸⁸ Kelsen, *Teoria pura do direito*. p. 393; CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 27.

⁵⁸⁹ CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 225.

Como é impossível à lei esgotar as possibilidades da vida e também não poderia um único dispositivo normativo responder todas as questões que envolvem um instituto, busca-se na ciência jurídica as respostas necessárias. E é justamente nesse momento, em que buscamos respostas às questões de fundo da coisa julgada (elemento substancial), que vislumbramos as maiores dificuldades em encontrar respostas na teoria de Liebman. Tal fato decorre da restrição empreendida na coisa julgada para apenas um elemento formal, desprovido de conteúdo. Referida premissa implica a ausência de conteúdo material à coisa julgada e a impossibilidade de atribuição de um efeito positivo, a vinculatividade.

A fim de superar tais óbices analisou-se, mesmo que muito brevemente, as observações de Barbosa Moreira, para quem a coisa julgada constitui uma “*situação jurídica*” e não é a coisa julgada material que torna imutável e indiscutível a sentença, mas sim a preclusão dos meios de impugnação. Ao assim proceder a conceituação do instituto, atribuindo-lhe conteúdo material, superam-se os obstáculos enfrentados pela teoria liebmanniana. Nesse sentido, é facilmente justificada tanto a imutabilidade da decisão (preclusão dos meios de impugnação), quanto à vinculatividade à situação jurídica estabelecida pela sentença.

Tal forma de conceber a coisa julgada é perfeitamente de acordo com sua finalidade. O estabelecimento de uma situação jurídica torna certa e indiscutível dada relação, de forma que passa a ser irrelevante a conformidade ou não da situação jurídica estabelecida pela sentença com a realidade do mundo dos fatos.

Todavia, o desenvolvimento social e acontecimentos históricos, cada dia mais, trazem novas necessidades a que o direito é chamado a suprir. O problema que se coloca, então, é a retirada de novas sonoridades de antigas partituras. Nesse sentido, no capítulo que segue, será analisada a compatibilidade da coisa julgada com o controle de constitucionalidade, instituto recente se comparada com a milenar tradição da *res iudicata*.

II. COISA JULGADA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O controle de constitucionalidade teve início, no Brasil, em 1890 com a denominada Constituição Provisória, art. 58, § 1º, “a” e “b”, ao estabelecer a competência do Supremo Tribunal Federal para o exame da constitucionalidade de lei e atos do poder público⁵⁹⁰. No mesmo ano, o decreto que organizou a Justiça Federal (Decreto 848, de 11 de outubro de 1980) estabeleceu em seu art. 3º: “*Na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte*”.

Comentando a referida Lei, Barbi referiu que o dispositivo em questão “[...] *consagra o sistema de controle por via de ‘exceção’, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação da parte*”⁵⁹¹. Com isso, dois importantes princípios foram consagrados no ordenamento positivo brasileiro: a necessidade de provocação para que o judiciário se manifestasse sobre a (in)constitucionalidade de leis e a forma de conhecer o caso, por via de “exceção”, como defesa.

Com a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, o art. 13, §10º estabeleceu: “§ 10. *Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição*”⁵⁹². Aqui se chama a atenção para a expressão “*deixarão de aplicar aos casos occurrentes*”, demonstrando toda a influência que a doutrina Americana

⁵⁹⁰ BARBI, Celso Agrícola. “Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil”. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 4. abr./jun. 1968. p. 37.

⁵⁹¹ BARBI, Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. p 37.

⁵⁹² Registra-se aqui equívoco de Barbi em relação ao referido dispositivo legal. O renomado autor cita em passagem como se esse dispositivo estivesse contido no art. 10, §10º, quando na verdade encontra-se no art. 13, §10º, como citado no presente trabalho.

tinha com o advento da República. Com essas primeiras leis, consolidava-se, assim, o “*amplo controle difuso de constitucionalidade do direito brasileiro*”⁵⁹³.

Passaram-se os anos e importantes avanços legislativos foram sentidos apenas com a Constituição de 1934. Na nova Carta, três institutos, até hoje existentes entre nós, foram previstos, a saber: (i) a consagração da reserva de plenário, ou seja, a necessidade do voto da maioria dos integrantes do tribunal para se declarar a inconstitucionalidade de uma lei (art. 179); (ii) a atribuição de competência ao Senado para a suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário (art. 91, IV); bem como (iii) representação interventiva (art. 12, §1º)⁵⁹⁴.

Conforme pontuou doutrina de escol, a introdução do decreto para a suspensão de lei declarada inconstitucional tentava, através de técnica “politicamente hábil”⁵⁹⁵, a solução da inexistência de instituto parecido com o *stare decisis*⁵⁹⁶, próprio do *Common Law*, no ordenamento jurídico brasileiro. Como não existia, à época, vinculação dos demais juízes a qualquer precedente do Supremo Tribunal Federal, não havia como impor a sua orientação aos demais membros do judiciário. Ao se atribuir ao Senado a competência para “suspensão” da lei declarada inconstitucional, mantinha-se intocada a separação dos poderes e reafirmava-se a doutrina norte-americana de que “[...] o Poder Judiciário não revoga atos de outro poder [...] desconhecem-n’os”⁵⁹⁷. A promulgação do decreto de suspensão, da mesma forma que a revogação de uma lei, consistiria em ato de vontade do legislativo⁵⁹⁸.

A Constituição de 1937 constituiu retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade⁵⁹⁹. O caráter autoritário do governo de Getúlio Vargas explica as

⁵⁹³ MENDES, Gilmar; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46.

⁵⁹⁴ BARBI, Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. p. 37-38; SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 50.

⁵⁹⁵ BARBI, Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. p. 38.

⁵⁹⁶ O brocado completo consiste: “*stare decisis et non quæta movere*”.

⁵⁹⁷ BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893. p. 97.

⁵⁹⁸ Opinião de forma isolada em sentido diverso era a de Lúcio Bittencourt. Segundo o referido autor, “[...] o objetivo do art. 45, n.º IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando ao conhecimento de todos os cidadãos [...]”; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. edição Atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 145. É com base na doutrina de Bittencourt que o Ministro Gilmar Mendes (Rcl. 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes) sustenta que o art. 52, X, da CRFB de 1988 consagra apenas uma forma de dar publicidade à decisão do Supremo, não que essa suspenda a lei.

⁵⁹⁹ BARBI, *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. p. 38; MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 50.

restrições ao controle dos atos normativos. Buscou-se, com tal medida, evitar, ou ao menos diminuir, a possibilidade de os atos do poder executivo estarem sujeitos ao controle do judiciário em decorrência da necessidade de sua conformação com a Constituição. A Carta, dessa forma, vetou ao Judiciário o conhecimento de questões exclusivamente políticas, bem como o Mandado de Segurança perdeu sua hierarquia constitucional. Ainda, previa o art. 96, parágrafo único, a possibilidade de o Presidente, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei, submetê-la novamente ao parlamento. Caso fosse confirmada por dois terços dos votos de cada casa, Câmara e Senado, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal⁶⁰⁰. Como referem Gilmar Mendes e Ives Gandra, o objetivo de tal prática era, a um só tempo, validar a lei e cassar os julgados⁶⁰¹.

Na Constituição de 1946, restaurou-se a tradição do controle de constitucionalidade brasileiro. A novidade consiste na reestruturação da representação interventiva. A matéria foi regulamentada inicialmente pela Lei 2.271 de 1954 e, posteriormente, pela Lei 4.337 de 1964. Conforme menciona Barbi, a ação interventiva consistia em típica ação declaratória, “[...] cujo objeto não é nenhuma relação jurídica ou de fato, mas sim uma lei estadual, cuja compatibilidade com a Constituição Federal será julgada pelo Supremo Tribunal Federal”⁶⁰². Ela constituiu a antecessora do controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro⁶⁰³.

O direito pátrio conheceu apenas com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 o controle abstrato de normas federais. Além de criar o controle, por via de ação, para a legislação federal, previu a Emenda a instituição de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados para o controle da legislação municipal em face da Constituição Estadual⁶⁰⁴. A reforma foi pensada a fim de dar novos rumos à estrutura do poder judiciário, dada a sobrecarga então existente⁶⁰⁵. Já a Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações ao sistema⁶⁰⁶.

⁶⁰⁰ BARBI, Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. p. 39.

⁶⁰¹ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 51.

⁶⁰² BARBI, Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. p. 40.

⁶⁰³ MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. 4. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64.

⁶⁰⁴ BARBI, Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. p. 51.

⁶⁰⁵ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 59.

⁶⁰⁶ MENDES, *Jurisdição Constitucional*. p. 67.

Com a CRFB de 1988, há sensível modificação do quadro existente. A Constituição Cidadã reforça o controle abstrato de constitucionalidade, deixando o controle difuso de ser o centro do sistema. Previram-se mais duas novidades: ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º) e ampliação da legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103). Com essas alterações, permite-se que praticamente todas as controvérsias constitucionais possam ser objeto de controle⁶⁰⁷. Para reforçar a concentração do controle abstrato, a Emenda Constitucional n. 3 criou ainda a Ação Direta de Constitucionalidade⁶⁰⁸ e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Posteriormente, a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 regulamentou as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, enquanto que a Lei 9.882, também de 1999, regulamentou o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Pode-se dizer, destarte, que o atual sistema de controle de constitucionalidade possibilita o controle por meio de um arsenal de instrumentos. É possível que se tenha como objeto de exame tanto ações como omissões do legislativo. Em relação ao controle positivo, a questão pode ser suscitada seja por meio de exceção (controle difuso), seja por meio de ação direta (concentrado) nas suas duas modalidades: constitucionalidade e inconstitucionalidade. Esta, por sua vez, possui ainda três espécies: (i) interventiva; (ii) genérica e (iii) supridora de omissão⁶⁰⁹.

2. GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO POR MEIO DO CONTROLE JUDICIAL – PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE SUA JURISPRUDÊNCIA: ESTABILIDADE E CONTINUIDADE DINÂMICAS

Ao contrário do que sustentava Carl Schmitt, a necessidade do estabelecimento de um guarda e defensor da Constituição não denota um “[...] *senal de delicadas condições*

⁶⁰⁷ MENDES, *Jurisdição Constitucional*. p. 86.

⁶⁰⁸ Sobre o amplo debate em torno da criação da ADC, MENDES, Gilmar Ferreira. “Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inocação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993”. In: *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, por Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins. p. 51-106. São Paulo: Saraiva, 1994. *passim*.

⁶⁰⁹ SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 52.

constitucionais”⁶¹⁰. Quer significar, antes, a preocupação de uma dada sociedade com a conservação dos valores últimos e normas fundamentais que sustentam a própria sociedade. Como referido por Cappelletti, a criação da jurisdição constitucional e, em especial, o controle de constitucionalidade das normas, foi o meio encontrado pelo homem para a salvaguarda dos valores mais preciosos de determinada sociedade⁶¹¹.

E, em relação ao controle de constitucionalidade, pontuou o mesmo doutrinador que “[...] a Constituição pretende ser, no Direito moderno, uma forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com o instrumentos do positivismo jurídico”⁶¹². Nesse sentido, a garantia judicial da *Charta Magna* é um elemento (técnica) do sistema de medidas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais⁶¹³, isto é, garantir a máxima legalidade da função estatal⁶¹⁴. Ao se assegurar valores superiores no próprio texto constitucional posto, esses são encarados como normas com dupla função, tanto positiva, quanto negativa. Em relação à função negativa, são verdadeiros limites, barreiras, postos ao legislador ordinário que não pode os exceder; já a função positiva estabelece a necessidade de o legislador, ao desempenhar sua tarefa, sempre ter esses valores como fins a serem alcançados⁶¹⁵. No fundo, o controle de constitucionalidade é mais um capítulo da história da tentativa de limitação do poder soberano⁶¹⁶.

Nesse diapasão, não se cometem inconstitucionalidades apenas com a edição de normas incompatíveis com o texto maior, mas também pela prática de atos conflitantes com a Constituição ou mesmo por meio de omissões. A possibilidade do controle da compatibilidade de norma em relação à outra norma, todavia, somente é possível

⁶¹⁰ SCHIMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 1.

⁶¹¹ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 130; “Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo.” In: *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXIII, 1968. p. 497.

⁶¹² CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 129; *Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo*. p. 498.

⁶¹³ KELSEN, Hans. “A jurisdição constitucional”. In: *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 123-124.

⁶¹⁴ KELSEN, Hans. “Quem deve ser o guarda da Constituição?”. In: *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 239.

⁶¹⁵ Sobre a dupla função dos direitos fundamentais, ver HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1998. p. 228 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 166-241.

⁶¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Jusnaturalismo e positivismo giuridico*. terza edizione. Milano, Edizioni di Comunità, 1977. p. 192.

estabelecendo-se uma hierarquia entre elas⁶¹⁷. Assim, o controle sobre a constitucionalidade das leis só pode ser concebido a partir das modernas Constituições rígidas, as quais não são alteradas pela legislação ordinária (constituições flexíveis)⁶¹⁸.

A noção de inconstitucionalidade é uma noção relacional, pois se compara uma norma com outra, ou mesmo uma norma com uma ação⁶¹⁹. Por isso, afirma Maurer que a sua constatação se dá através de um procedimento lógico em três momentos distintos⁶²⁰. O órgão competente para o controle, por meio da interpretação, deve determinar: (i) o conteúdo da norma infraconstitucional (objeto de exame); (ii) o conteúdo da norma constitucional (critério de exame); e, em seguida, (iii) determinar a existência ou não de compatibilidade entre (i) o conteúdo da lei e (ii) o conteúdo da norma constitucional.

No direito brasileiro, foi muito sábio o constituinte ao assentar no art. 102, caput, da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) que “[...] *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”⁶²¹. Com tal

⁶¹⁷ Cappelletti identifica, pelo menos, três antecedentes históricos da existência de hierarquia entre “leis”: (i) no direito ateniense, a contraposição entre *nómoi* e *pséfisma*; (ii) no direito medieval, a doutrina do *Princeps legibus tenetur* e (iii) no direito inglês, a supremacia do *Common Law* sobre o *Statutory Law* anteriormente à revolução gloriosa de 1688. CAPPELLETTI, Mauro. “*Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, 1966. p. 55-57. Entretanto, dentro de uma lógica puramente positivista, a invalidade, decorrente da violação de norma hierarquicamente superior por inferior, não pode existir, pois “[...] enquanto tudo transcorrer normativamente, não será possível alcançar a proteção e uma garantia ainda mais forte por meio de uma norma suprema e mais forte, ainda que constitucional. Para uma lógica normativa e formalística, isso não representa em absoluto um problema, a validade mais forte não pode ser ameaçada ou colocada em risco por uma mais fraca e o direito constitucional formalístico novamente remina também exatamente onde o problema objetivo começa”; SCHMITT, *O guardião da constituição*, p. 61.

⁶¹⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002. p. 110. Importante lembrar que a Constituição de 1824 era mista, parte rígida e parte flexível, de acordo com o teor do art. 178. “Art. 178. E’ só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”. No ponto, merece destaca a observação de Schmitt, evidenciando a insuficiência de uma visão estritamente normativa do sistema jurídico: “[...] o problema é exatamente proteger a lei dificilmente emendável contra alterações por uma lei ordinária. O problema não surgiria, caso uma norma pudesse se autoproteger normativamente. [...] Na pergunta pelo guardião da Constituição, trata-se da proteção da norma a mais forte perante uma norma mais fraca. Para uma lógica normativa e formalista, isso não representa um absoluto um problema, a validade mais forte não pode ser alcançada ou colocada em risco por uma mais fraca e o direito constitucional formalístico novamente termina também exatamente onde o problema objetivo começa”; SCHMITT, *O guardião da constituição*, p. 60-61.

⁶¹⁹ Aqui ganha em importância o controle de constitucionalidade dos atos judiciais, tema que, conforme já referido à introdução, não será objeto de análise no presente trabalho.

⁶²⁰ MAURER, Hartmut, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal*. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito*. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 173-174.

⁶²¹ Vale destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, explicitou sua função de guarda da Constituição: ADI 815, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-1996, Plenário, *DJ* de 10-5-1996; ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, *DJE* de 20-8-2010.

formulação estabelece-se qual a função primeira do Supremo Tribunal Federal; da mesma forma, reconhece que não só ao Supremo é dada tal função, ou mesmo que ele possui outras atribuições, mas que há diversos guardiões da Constituição, pois, ainda que seja o instrumento mais importante, “[...] a proteção judicial da Constituição só constitui uma parte das instituições para a proteção e garantia da Constituição”⁶²².

O último ponto levantado, contudo, não diminui a crescente importância e o destaque que o controle judicial de constitucionalidade adquiriu a partir do século passado. Foi ele o modelo escolhido pela quase totalidade dos países ocidentais que estabeleceram alguma forma de controle da conformidade dos atos com suas Constituições. Isso apenas reforça a constatação de que nosso tempo é vocacionado não mais para a legislação, mas sim para a jurisdição⁶²³.

Assim, ainda que o modelo judicial de controle seja hoje o instrumento mais adequado a responder às necessidades da sociedade atual, isso não significa que não apresente seus defeitos iminentes. Nesse sentido, mesmo que os ordenamentos jurídicos nacionais, seja pela criação jurisprudencial⁶²⁴, seja por meio de regulação legislativa⁶²⁵, estabeleçam instrumentos pelos quais se busca amenizar os inconvenientes da processualização do controle, com a previsão de concessão de medidas excepcionais a fim de atender situações urgentes, ainda assim, verifica-se a demora na solução definitiva para a questão. Destarte, ao se garantir o devido processo, “[...] é inevitável que a justiça, enquanto permanecer justiça, sempre chega tarde politicamente e ainda mais quando a

⁶²² SCHIMITT, *O guardião da constituição*. p. 15.

⁶²³ Niccola. «La vocazione del nostro tempo per la giurisprudizione». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, Anno LVII – n. 1., mar. 2004. p. 50, 71.

⁶²⁴ Mesmo antes da previsão legislativa expressa, o STF reconheceu sua competência para o deferimento de medida cautelar em controle concentrado de constitucionalidade: “[...] As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 002, da C.F. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar [...]” (BRASIL, STF, ADC 4, Ministro Sydney Sanches, RTJ 169:383).

⁶²⁵ O legislador brasileiro previu, na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, a qual trata do processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, três hipóteses de concessão de medida cautelar para responder a situações de urgência. Nos arts. 10 a 12 está regulada a medida cautelar para as ações diretas de inconstitucionalidade, nos arts. 12-F e 12-G regulou-se a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão e no art. 21 previu-se a hipótese de medida cautelar em ação direta de constitucionalidade.

forma do processo, no Estado de Direito, foi minuciosamente e cuidadosamente, mantido sob os auspícios de jurisdição”⁶²⁶.

E, dentro dessa perspectiva, como o Poder Judiciário só conhece de questões quando provocado – por meio de ação –, o processo constitucional, seus instrumentos e institutos, também adquiriram vital importância para a garantia e salvaguarda da norma fundamental da sociedade, como também trouxeram novos problemas⁶²⁷. Nesse sentido, como em qualquer outra ação, também na jurisdição constitucional é necessário que o litígio tenha um fim. Assim sendo, igualmente aqui é necessário analisar o instituto da coisa julgada como estabelecimento de certeza jurídica.

Entretanto, dado o papel que ao Supremo Tribunal Federal foi atribuído e ele é chamado a desempenhar, a certeza jurídica aqui ganha outros contornos e não o meramente estático, destinado a se exaurir na decisão, mas é uma lenta e progressiva batalha, que pode conhecer a vitória e a derrota⁶²⁸, pois “[...] *no poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’*”⁶²⁹. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, na configuração atual do sistema judiciário brasileiro, não é um Tribunal qualquer. É ele o órgão de cúpula do Poder Judiciário dispondo “[...] *do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental*”⁶³⁰.

Dentro dessa linha, ele é responsável tanto por garantir a “permanência” e a “confiabilidade” do ordenamento jurídico, no sentido de estabilidade do ordenamento e confiabilidade dos sujeitos em relação ao sistema jurídico (segurança jurídica)⁶³¹, como pelo desenvolvimento judicial do direito por meio da solução dos casos a ele postos, pois “[...] *a interpretação da lei e o desenvolvimento judicial do Direito não devem ver-se como*

⁶²⁶ SCHIMITT, *O guardião da constituição*. p. 48.

⁶²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. «Contenuto ed efficacia delle decisioni della corte costituzionale». In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume terzo - Diritto processuale. Padova: CEDAM, 1958. p. 411.

⁶²⁸ DENTI, Vittorio. “La corte costituzionale e la collegialità della motivazione.” *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XVI, 1961. p. 437.

⁶²⁹ BRASIL, STF, ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, *DJE* de 20-8-2010.

⁶³⁰ BRASIL, STF, ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-8-2005, Plenário, *DJE* de 20-8-2010.

⁶³¹ ÁVILA, *Segurança jurídica no direito tributário*. Entre permanência, mudança e realização. p. 370.

essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento”⁶³². Por conseguinte, o papel do Supremo Tribunal Federal, nas palavras de Castanheira Neves, é a constituição de uma “[...] *unidade de normativa ordenação dinâmica*”, no sentido de “[...] *conjugar estabilidade com a continuidade na unidade e como unidade (prático-normativa), embora uma estabilidade que, como sabemos, não é nem deverá ser fixidez e uma continuidade que não é nem deverá ser imutabilidade*”⁶³³.

Assim, a coisa julgada será analisada sob a ótica do recente crescimento da importância do processo constitucional para as sociedades atuais e ordenamentos jurídicos e na difícil tarefa de conciliação do aspecto estático e dinâmico do ordenamento. Destarte, as premissas estabelecidas no capítulo anterior serão aplicadas nos dois principais instrumentos de controle de que dispõe, hoje, o Supremo Tribunal Federal para o desempenho de sua função primeira, a saber, no controle por via de exceção (concreto e difuso), por meio do recurso extraordinário, e por meio do controle via ação (abstrato e concentrado), por meio de ação direta de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade⁶³⁴.

Contudo, antes de se iniciar o exame da coisa julgada no controle de constitucionalidade, cabe uma última indagação. Não há dúvidas de que a coisa julgada consiste em um instituto que realiza concretamente a segurança jurídica e a certeza do direito; mas, em alguma medida ela impede a dinamicidade do fenômeno jurídico e o desenvolvimento do direito? Dentro do possível, também se procurará responder a tal questão.

3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE EXCEÇÃO E COISA JULGADA

⁶³² LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*. p. 519.

⁶³³ NEVES, Antônio Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 657-658. Em sentido análogo, no direito brasileiro: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. “A função dos tribunais superiores”. *GENESIS - Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 13, 493, jul./set. 1999. passim; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 14-18.

⁶³⁴ Referiram-se dois e não três instrumentos, pois apesar de se ter tanto a ação direta de inconstitucionalidade, quanto a ação direta de constitucionalidade, tratam-se de ação dúplice, ou seja, tem o mesmo objeto de conhecimento apenas com o “sinal” trocado. Isso não quer dizer que a procedência ou improcedência da ação não tenha consequências diferentes, como se analisar na sequência.

Diferentemente de outros países em que as competências para conhecer e para julgar a compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição são reservadas a um órgão ou Tribunal Constitucional⁶³⁵, no direito brasileiro tais competências foram atribuídas a todo e qualquer juiz (controle difuso)⁶³⁶. E tal forma de controle é possível ao se analisar um caso concreto levado ao conhecimento judicial (controle concentrado). Essa conjugação de diferentes técnicas, controle difuso e concreto, segue o modelo do “*judicial review*” estadunidense, o qual, como visto anteriormente, é de longa tradição no direito pátrio.

Resumidamente, as principais características do modelo americano, conforme já adiantado, são: (i) um controle incidental (qual o objeto do processo), (ii) concreto (qual o motivo do controle), (iii) difuso (quem é competente para o controle)⁶³⁷, e por meio de sentença declaratória.

No controle de constitucionalidade por via de exceção, ao se analisar o caso concreto, a questão da constitucionalidade ou não da norma é uma prejudicial lógica para a decisão do caso. Fala-se em prejudicialidade lógica, pois “[...] *o objeto principal do processo consiste sempre na lide e não na questão, qualquer que seja a gravidade ou importância da mesma*”⁶³⁸. Em outras palavras, no mais das vezes, não se admite que o objeto do processo (mérito) seja a constitucionalidade em si⁶³⁹.

Isso evidencia uma característica do modelo americano: sua preocupação com a defesa de direitos subjetivos dos cidadãos, adotando um interesse público em sentido

⁶³⁵ Assim, por exemplo, na Itália e Alemanha os juízes têm competência para conhecer a questão constitucional, mas não lhes é dado o poder de rejeitar ou deixar de aplicar norma ainda não declarada inconstitucional pela *Corte Costituzionale* ou pelo *Bundesverfassungsgericht* (art. 100, I, da *Lei Fundamental*); ZAGREBELSKY, Gustavo. «Processo costituzionale». In: *Enciclopedia del Diritto*. vol. XXXVI Processo - Progressione. Milano: Giuffrè, 1987. p. 581; GARBAGNATI, Edoardo. «Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della corte costituzionale». *Rivista di diritto processuale*, Padova, abr./jun. 1974. p. 208; MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18-19; MAURER, Jurisdição Constitucional. p. 258; HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 496; HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 140.

⁶³⁶ Vale destacar a advertência de Kelsen em relação à importância do controle dos atos administrativos em sistemas em que os órgãos de controle não são apenas aplicadores de Leis, mas também criadores de normas; KELSEN, Hans. “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”. *The Journal of Politics*, May de 1942. p. 184.

⁶³⁷ MAURER, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal*. p. 175-177.

⁶³⁸ DI FINA, Silvio. “Il controllo sulla legislazione”. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, jan./mar. 1961. p. 55.

⁶³⁹ No direito brasileiro esse fato é bem evidenciado pela Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal; “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”.

amplo⁶⁴⁰. Essa característica decorre do fato de esse modelo ser baseado em um *self-restraint* implícito, autorizando toda e qualquer autoridade judiciária – por isso difuso⁶⁴¹ – ao analisar o caso levado ao seu conhecimento, a negar aplicação à norma considerada inconstitucional (eficácia declaratória). Dessa forma, “[...] *qualquer juiz encontrando-se no dever de decidir um caso em que seja ‘relevante’ uma norma legislativa ordinária contrastante com a norma constitucional, deve não aplicar a primeira e aplicar, ao invés, a segunda*”⁶⁴².

Destaca-se que a necessidade de um caso concreto ser impositivo para a possibilidade de exame pode acarretar um déficit na proteção objetiva do sistema normativo constitucional, aspecto esse destacado pela doutrina⁶⁴³. Isso decorre do fato de que um dos requisitos para a propositura de ação é o interesse processual da parte. Dessa maneira, algumas leis podem, dado seu conteúdo, ainda que inconstitucionais, fugirem ao “*judicial review*”, pois nenhuma parte é direta e imediatamente afetada por ela⁶⁴⁴. Ou seja, ao não afetar diretamente um indivíduo, não pode ser conhecida a questão por via incidental.

Ainda nessa linha, mesmo que não haja competência exclusiva para o Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a questão constitucional, o que possibilita a tutela da Constituição pelos demais membros do judiciário, juízes de primeiro grau e Tribunais, com a introdução da repercussão geral do caso como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (CRFB, art. 102, §3º) referido déficit tende a aumentar. Isso porque se impede que violações diretas à Constituição as quais não representem “[...] *questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*” (art. 543-A, §1º, do CPC) sejam conhecidas e, conseqüentemente, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶⁴⁰ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*, p. 2.

⁶⁴¹ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 67.

⁶⁴² CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 76.

⁶⁴³ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, p. 112.

⁶⁴⁴ Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 222.462: “Recurso extraordinário: a aplicação de norma ou princípio a situação por eles não alcançada vale por contrariá-los. [...] Recurso extraordinário: inconstitucionalidade reflexa ou mediata e direito local. Como é da jurisprudência iterativa, não cabe o recurso extraordinário, a, por alegação de ofensa mediata ou reflexa à Constituição, decorrente da violação da norma infraconstitucional interposta; [...] (RE 226.462, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 13-5-1998, Plenário, DJ de 25-5-2001).

Assim, excetuados os casos em que o Supremo conhece e julga de maneira originária, ou ainda mediante recursos ordinários, os quais podem trazer ou não questão constitucional (art. 102, I e II, da CRFB), o principal instrumento de controle da conformidade constitucional de lei ou ato normativo com a Constituição se dá por meio do recurso extraordinário (art. 102, III, da CRFB). Uma vez ultrapassada, pois, a fase de conhecimento do recurso extraordinário, estando preenchidos os pressupostos processuais, entre eles o pré-questionamento e a repercussão geral, o Tribunal é chamado a decidir o caso como qualquer outro juiz. E quanto a isso não resta dúvida, inclusive sendo expressa a Súmula 456 do referido Tribunal que dispõe: “*O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*”. Destarte, estruturalmente em nada diferente a decisão do juiz singular de primeiro grau da decisão última do Supremo Tribunal ao decidir o caso. Da mesma forma, tanto o juízo de primeiro grau, quanto o colegiado da mais alta corte nacional possuem a mesma legitimidade constitucional para conhecer e decidir a questão constitucional e aplicar o direito ao caso⁶⁴⁵.

Por fim, vale destacar que, uma vez julgado o mérito da ação e precluso o poder das partes e do juiz para controverter a matéria, tenha ou não o Supremo Tribunal Federal conhecido e julgado a questão constitucional, há formação de coisa julgada. Ela, por sua vez, estabelece a norma para o caso concreto. Cabe agora examinar os elementos da coisa julgada no controle por via de exceção.

3.1. Objeto do processo no controle de constitucionalidade por via de exceção e a questão constitucional

Em relação ao objeto do processo no controle de constitucionalidade por meio de exceção, maiores problemas não existem. Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência não divergem e reconhecem que a questão de fundo consiste no direito da parte trazido a juízo.

A questão constitucional consiste em prejudicial lógica-jurídica em relação ao direito subjetivo da parte⁶⁴⁶, de forma que o juiz, necessariamente, deverá decidir sobre ela

⁶⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 85.

⁶⁴⁶ MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*. p. 103; BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*. p. 11.

para aplicar o direito ao caso. Nesse sentido, após analisar qual o objeto do controle normativo principal, refere Hartmut Mauer que “[...] *o controle normativo realiza-se, ao contrário, no quadro de um conflito jurídico que tem um outro objeto [...], mas em cuja decisão a constitucionalidade e vinculatividade de uma norma relevante para a decisão [...] deve ser esclarecida e decidida como questão prejudicial*”⁶⁴⁷.

Ainda que a questão constitucional possa ser incluída dentro do conceito de objeto do processo, no sentido que engloba todas as questões que o juiz é chamado a decidir para a resolução da lide⁶⁴⁸, ela não é o objeto do processo. Destarte, embora o Supremo conheça e julgue recurso extraordinário qualquer que seja a hipótese de cabimento (art. 102, III, a, b e c, da CRFB), tal fato não transforma a questão constitucional de incidental em principal, permanecendo o objeto do processo o direito afirmado pela parte autora em sua petição inicial⁶⁴⁹.

3.2. Identificação da coisa julgada (*tria eaden*) no controle de constitucionalidade por via de exceção

Mesmo que se altere o polo metodológico do objeto do processo para a ação, os resultados em relação à coisa julgada no controle de constitucionalidade via exceção, como era de se esperar, não se alteram. Ao se analisar uma situação hipotética, empregando-se o critério adotado pela legislação processual civil para a identificação da *res iudicata* (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi* -art. 301, §2º, do CPC), depreende-se que a questão constitucional é irrelevante para a identificação da ação e da coisa julgada e, por consequência, para definição de seus limites.

⁶⁴⁷ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. p. 85. No julgamento da reclamação o STF foi expresso nesse sentido: “[...] Ação civil pública que veicula pedido condenatório, em favor de ‘interesses individuais homogêneos’ de sujeitos indeterminados mas determináveis, quando fundada na invalidez, em face da Constituição, de lei federal não se confunde com ação direta de inconstitucionalidade, sendo, pois, admissível no julgamento da ação civil pública a decisão incidente acerca da constitucionalidade da lei, que constitua questão prejudicial do pedido condenatório. Hipótese diversa daquelas em que a jurisprudência do Supremo Tribunal entende que se pode configurar a usurpação da competência da Corte” (BRASIL, Rcl 597, Rel. p/ o ac. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 3-9-1997, Plenário, DJ de 2-2-2007).

⁶⁴⁸ SANCHES, *Objeto do processo e objeto litigioso do processo*. p. 152.

⁶⁴⁹ BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*. p. 544; LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 434; VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. p. 448; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*. p. 54.

Assim, imagine-se que um contribuinte Y vai a juízo questionando a cobrança de determinado imposto I1, no exercício T1, de competência da União sob o fundamento “α” de que a Lei que o instituiu apresenta vício formal em decorrência da incompetência do ente estadual para sua cobrança. Após o normal desenrolar do processo, ao final é julgada procedente a ação, reconhecendo-se que o imposto I1, no exercício T1, não é devido pelo contribuinte Y ao ente estadual. No ano seguinte, o mesmo contribuinte Y é surpreendido com a citação em ação de execução fiscal por parte do ente estadual sob o fundamento de que, no exercício T2, não foi recolhido o imposto I1.

No primeiro e no segundo processo temos as mesmas partes, contribuinte Y e ente estadual, ainda que em posições invertidas. No que concerne à causa de pedir, na ação declaratória, ela consiste na ausência de direito do ente estadual de lançar e de cobrar o imposto I1 no exercício T1, ao passo que na ação de execução fiscal a causa de pedir é o não pagamento do imposto I1 no período T2. Os pedidos mediato e imediato na ação declaratória praticamente se confundem, pois aquele consiste no reconhecimento da ausência de direito do ente estatal ao recebimento de valores, de forma que o pedido imediato é a declaração da inexistência de relação jurídica válida entre as partes de forma a dar azo à eventual cobrança. Em relação à ação de execução fiscal, o pedido mediato consiste no pagamento dos valores devidos por meio da condenação (pedido imediato) do contribuinte.

Vê-se, por conseguinte, que em momento algum a questão constitucional decidida no primeiro processo constituiu elemento da causa de pedir ou pedido formulado, ainda que seja o fundamento para eles. Da mesma forma, sequer poderia o contribuinte Y suscitar a exceção de coisa julgada em relação ao imposto I1 cobrado no exercício T2, haja vista que a causa de pedir é distinta. Nesse sentido é a, já antiga, Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*Decisão que declara indevida a cobrança do Imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores*”⁶⁵⁰.

Dessa forma, percebe-se que não há qualquer problema para a identificação da coisa julgada quando é decidida incidentalmente a questão da conformidade ou não de lei ou ato normativo com a constituição. Isto porque a questão constitucional não faz parte e não tem influência em qualquer elemento identificador da ação e da coisa julgada (partes, causa de pedir e pedido). Como o direito objeto de exame é o direito subjetivo da parte

⁶⁵⁰ Pelo acerto da referida Súmula do STF, seja-se: LIEBMAN, *Limites objetivos da coisa julgada*. passim.

afirmado em juízo, os fundamentos para a procedência ou improcedência da demanda constituem seu mérito e não propriamente o objeto.

3.3. Limites objetivos da coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de exceção

Em conformidade com o capítulo anterior, foi visto que a temática principal dos limites objetivos da coisa julgada consiste em estabelecer, primeiramente, o objeto da decisão com força de coisa julgada e, dentro deste aspecto, o que foi coberto pela coisa julgada, vale dizer, “[...] *se a coisa julgada abrange também a motivação, ou fundamentação, ou apenas o dispositivo, ou conclusão*”⁶⁵¹.

Como não poderia deixar de ser, o juiz, por se tratar de ação cujo objeto não é a questão da constitucionalidade em si, mas o direito afirmado em juízo, não julga a questão constitucional, apenas a conhece, como etapa necessária para a solução do litígio⁶⁵². Tal solução decorre da conjugação (i) do princípio da demanda ou princípio dispositivo em sentido material (artigos 2º, 128 e 262, primeira parte, do CPC) que determinar sobre o que deve o juiz decidir⁶⁵³, (ii) do princípio da congruência o qual impõe ao juiz julgar toda a relação jurídica posta, nos limites em que ela foi posta (art. 460 do CPC)⁶⁵⁴, e (iii) da regulamentação legal sobre o que incide a coisa julgada (art. 468, 469, 470 e 474, todos também do CPC), pois, por se tratar de questão de política legislativa, poderia o legislador, dentro de certos limites, ter dado outros contornos aos limites objetivo da *res iudicata*⁶⁵⁵.

Assim, voltemos ao exemplo anterior do contribuinte Y que questiona a cobrança, por parte do ente estadual do imposto II no exercício T1, com fundamento na inconstitucionalidade da lei que o instituiu. No dispositivo da sentença do juiz constará apenas se é procedente a ação e, por consequência, inexistente o direito ao recebimento do tributo por parte do ente estadual, ou se é improcedente e lícita a eventual cobrança do

⁶⁵¹ SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*: adaptadas ao novo Código de Processo Civil. vol. 1. p. 61.

⁶⁵² LIEBMAN, *Limites objetivos da coisa julgada*. p. 161; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*. p. 261; BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*. p. 93; PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 866.

⁶⁵³ ROCCO, *La sentenza civile*. p. 111; LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*. p. 432

⁶⁵⁴ ROCCO, *La sentenza civile*. p. 113; CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium. p. 157-158; BARBOSA MOREIRA, *Correlação entre o pedido e sentença*. p. 208.

⁶⁵⁵ PIMENTEL, *Os limites objetivos da coisa julgada, no Brasil e em Portugal*. p. 337.

imposto II. Somente sobre tal conclusão é que se forma coisa julgada enquanto situação jurídica definitivamente posta, na esteira do art. 468 do Código de Processo Civil. Sobre os demais elementos da sentença ou questões que essa venha a decidir não há formação de *res iudicata*.

A questão constitucional por constar na fundamentação e ser questão prejudicial conhecida pelo juiz não recebe o manto de imutabilidade e vinculatividade próprio da coisa julgada. Sobre o ponto não podem pairar dúvidas, haja vista que o art. 469 expressamente exclui do âmbito da coisa julgada em seu inciso I “[...] *os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença*” e, em seu inciso III, “[...] *a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo*”⁶⁵⁶.

Poder-se-ia, todavia, sustentar a inclusão da questão constitucional dentro dos limites da coisa julgada sob o seguinte argumento: (i) no controle de constitucionalidade por via de exceção a questão constitucional é examinada (conhecida) incidentalmente como prejudicial lógica ao se decidir sobre o direito subjetivo das partes levado a juízo; (ii) a legislação processual exclui dos limites da coisa julgada a fundamentação e a apreciação de questão prejudicial (art. 469, I e III); (iii) todavia, é possível transformar a questão subordinante incidental em questão subordinante principal, alargando-se os limites da lide, através da ação declaratória incidental (arts. 5º e 325) ou mesmo por reconvenção com pedido declaratório, de forma que a questão prejudicial é alcançada pela coisa julgada (art. 470, primeira parte); (iv) assim, seria lícito às partes transformar a questão constitucional em questão principal e sobre ela recairia a coisa julgada.

Tal argumento, entretanto, não é válido, haja vista que não é possível transformar a questão constitucional incidentalmente conhecida em questão principal. Em primeiro lugar, vale destacar que o próprio art. 470, segunda parte, exige, concomitantemente, que (a) a parte o requeira, (b) constitua a questão prejudicial “*pressuposto necessário para o julgamento da lide*” e (c) ainda que o juiz seja competente em razão da matéria. Não obstante uma das partes tenha efetuado pedido e a questão constitucional fosse aceita como pressuposto necessário para o julgamento da lide, não há juízo competente, por meio do controle de constitucionalidade difuso, para conhecer e

⁶⁵⁶ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. p. 72.

julgar a questão constitucional como questão principal⁶⁵⁷. A estrita observância do art. 470 já afasta tal possibilidade de alargamento dos limites objetivos do julgado.

A essa conclusão pode-se, ainda, adicionar as seguintes observações que repelem totalmente tal ponto de vista. Vale destacar que, mesmo que se tenha referido inadvertidamente de que a questão constitucional é uma questão prejudicial em relação à questão subordinada principal, essa afirmação não se mostra inteiramente correta. Isso ocorre, pois, podem ser consideradas questões prejudiciais “[...] *aquelas que, além de constituírem premissas lógicas da sentença, reúnam condições suficientes para ser objeto de ação autônoma*”⁶⁵⁸. Já Barbosa Moreira, partindo de outro conceito de questão prejudicial, o qual não inclui o elemento da autonomia, nega a qualidade de prejudicial “(a) *às questões referentes à identificação e interpretação da norma; (b) às meras quaestiones facti*”⁶⁵⁹, conduzindo-se a mesma conclusão, qual seja, da impossibilidade de transformar a questão constitucional em questão principal.

Frisa-se que a questão constitucional isoladamente – vale dizer, desvinculada da aplicação do direito e analisada em tese – não pode ser objeto de ação autônoma pelas partes. A elas falta interesse processual, pois “[...] *por ser inteiramente abstrato, não teria a lei em tese o condão de malferir, de per se, a esfera jurídica do requerente, já que imprescindiria de um ato intermediário/secundário, que lhe guarnecesse com maior grau de concretude, dando-lhe aplicação*”⁶⁶⁰. Embora a Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal se refira especificamente ao mandado de segurança, sua *ratio* pode ser aplicada a qualquer ação individual, segundo a qual: “*Não cabe mandado de segurança contra lei em tese*”⁶⁶¹. Conforme bem pontuou Alfredo Buzaid, “[...] *só em um caso pode a lei ou o ato normativo constituir objeto principal de processo: é na ação direta de declaração de*

⁶⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Coisa julgada e controle incidental de constitucionalidade”. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, maio/ago. 2010. p. 155.

⁶⁵⁸ SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*: adaptadas ao novo Código de Processo Civil. vol. 1: 12. p. 67.

⁶⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, *Questões prejudiciais e coisa julgada*. p. 51.

⁶⁶⁰ FREITAS, Leonardo E. Silva de Almendra. Aspectos do mandado de segurança preventivo em matéria tributária: diferenciação do ataque a lei em tese e outras especificidades. In: *Revista tributária e de finanças públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, n. 62. p. 163.

⁶⁶¹ Nesse sentido: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Mandado de Segurança: pressupostos de cabimento da impetração preventiva. In: BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 172.

*inconstitucionalidade (Const. da República, art. 102, I, a)*⁶⁶². Destarte, não é lícito a qualquer indivíduo discutir, em abstrato, a constitucionalidade de lei ou ato normativo.

Seguindo essa linha, o próprio Supremo Tribunal, ao analisar recurso extraordinário em que se afirmava a existência de ofensa direta ao direito subjetivo, ao afastar tal argumento, pontuou: “*As leis distritais impugnadas são dotadas de generalidade e abstração. Seus destinatários são determináveis, e não determinados, sendo possível a análise desse texto normativo pela via da ação direta*”⁶⁶³. Ou seja, a única forma de se tergiversar apenas sobre a questão constitucional, desvinculada de efeitos concretos, é por meio de ação direta, isto é, controle por meio de ação. Do contrário, a confirmar tal raciocínio, a jurisprudência dos tribunais superiores vêm aceitando o ingresso de demanda contra lei com efeitos concretos⁶⁶⁴, pois, nesses casos, embora tenha o nome de lei, corresponde materialmente a ato administrativo que atingirá a esfera jurídica do indivíduo, ou seja, “*corpo de lei e alma de ato administrativo*” como refere Buzaid⁶⁶⁵.

Assim, conclui-se que no controle de constitucionalidade por via de exceção a coisa julgada recai apenas sobre a conclusão atinente ao direito das partes afirmado em juízo (art. 468 do CPC). A questão constitucional decidida incidentalmente no iter lógico do raciocínio judicial não é e nem pode ser alcançada por ela.

3.4. Eficácia preclusiva da coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de exceção

Dentro dos limites da coisa julgada, a eficácia preclusiva é instrumento pelo qual se garante, ao vencedor, o gozo do resultado do processo; nesse sentido, fala-se corretamente que a coisa julgada se fundamenta em uma preclusão, conforme clássica lição de Chiovenda⁶⁶⁶. Em relação ao controle de constitucionalidade por via de exceção, não há qualquer peculiaridade em relação a outra demanda que visa à tutela do direito afirmado em juízo, pois “[...] *passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e*

⁶⁶² BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 128.

⁶⁶³ RE 543024 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-05 PP-00908 RTJ VOL-00206-03 PP-01138 RT v. 97, n. 878, 2008. p. 130-132.

⁶⁶⁴ Nesse sentido: REsp 860.538/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 16/10/2008.

⁶⁶⁵ BUZAID, *Do mandado de segurança*. p. 129.

⁶⁶⁶ CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*. p. 235-236.

repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição da demanda” (art. 474 do CPC).

A fim de bem evidenciar tal fato, vale retornar ao exemplo anteriormente utilizado. Digamos agora que o contribuinte Y questiona a cobrança, por parte do ente estadual, do imposto I1 no exercício T1 com base em três argumentos: (a) um primeiro fundado na inconstitucionalidade formal da lei que o instituiu o imposto; (b) um segundo com base em inconstitucionalidade material da mesma lei e (c), por fim, consoante a alegação de que o fato por ele praticado não se enquadra no suporte fático material da norma de incidência tributária. Assim, pode-se imaginar que o juiz, em consonância com o princípio da relevância – segundo o qual a norma ou as normas só devem ser declaradas inconstitucionais se implicarem uma decisão diversa daquela que se chegaria caso fossem declaradas constitucionais⁶⁶⁷ – julgue procedente a demanda sob o fundamento de que, realmente, o fato praticado pelo sujeito não se enquadra na regra matriz de incidência tributária. Assim, caso transitado em julgado a sentença, ainda que não tenham sido apreciados, os dois argumentos de ordem constitucional teriam sido repelidos (art. 474 do CPC).

Pense-se, agora, na hipótese de o juiz ter julgado improcedente a demanda proposta, se omitindo em relação à alegação de inconstitucionalidade formal e afastando tanto o fundamento da inconstitucionalidade material quanto a alegação de se tratar de um caso de não incidência da norma tributária. Com a formação de coisa julgada, não é lícito ao autor retornar a juízo alegando novamente a inconstitucionalidade formal, matéria não enfrentada, ou mesmo trazendo novo argumento anteriormente não utilizado. Conforme já referido anteriormente, a eficácia preclusiva cria a ficção de que a causa foi decidida levando-se em consideração todas as questões dedutíveis já ocorridas, mesmo as questões não propostas ou não examinadas⁶⁶⁸.

Ocorre que, assim como a coisa julgada está fundada sob a cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁶⁹, a eficácia preclusiva que dela decorre não pode ignorar fatos posteriores que podem influir sobre ela⁶⁷⁰. É claro que, em se tratando de relações jurídicas continuativas,

⁶⁶⁷ MARTINS, *Direito Processual Constitucional Alemão*, p. 24.

⁶⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil*, p. 99; CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, p. 271.

⁶⁶⁹ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, p. 19; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, p. 26

⁶⁷⁰ CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, p. 68-69.

no mais das vezes, o “*fato novo*” traz consigo nova demanda e, como visto, a Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal traça de forma bem restrita os limites objetivos da coisa julgada. Ainda que se fale em revisão da coisa julgada, trata-se verdadeiramente de propositura de nova demanda, em momento posterior, sob fundamento fático (alteração de situação fática) ou jurídico (alteração de regulamentação jurídica) diverso. Todavia, em relação à situação jurídica consumada e definitivamente julgada é possível imaginar “fato novo” a possibilitar a propositura de nova demanda? Especificamente no que perquire ao último exemplo dado, pode-se considerar “fato novo” o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no sentido da (in)constitucionalidade de norma de forma que, caso aplicado o novo entendimento, o resultado do processo seria outro (art. 475-L, §1º, e art. 741, parágrafo único, ambos do CPC)?

A resposta deve ser negativa para ambas as perguntas. Em relação à primeira, excetuadas as hipóteses previstas de forma taxativa no ordenamento processual (art. 485 e 1030, ambos, do CPC), é assegurada a intangibilidade do julgado; e, transitado em julgado, todos os fundamentos deduzíveis e dedutíveis considerar-se-ão repelidos. A coisa julgada estabelece uma situação jurídica de certeza, para a qual é totalmente irrelevante a realidade jurídica (situação) pré-existente em relação à situação estabelecida pelo julgado⁶⁷¹. Mesmo a lei retroativa (*ius supervinies*) encontra obstáculo e não pode regular os fatos passados já decididos (art. 5º, XXXVI, da CRFB). Conforme sustenta Proto Pisani, com a coisa julgada o direito feito valer em juízo tem seu fundamento alterado, da norma geral e abstrata, para a *lex specialis* decorrente da sentença⁶⁷².

Em relação à segunda indagação, que, no fundo, consiste em uma hipótese da primeira questão, podem ser utilizados os mesmos argumentos, com significada relevância para a colocação do mestre italiano e o aspecto temporal da pronúncia. No exemplo empregado, o juiz irá se manifestar, como normalmente ocorre, em uma ocasião posterior (T2), se existia a relação tributária entre contribuinte Y e ente estadual no momento T1. Nesse sentido, não há como se negar que para o estabelecimento da certeza jurídica, ao se interpretar e aplicar uma norma, é necessário fazer-se uma escolha⁶⁷³, muitas vezes entre uma ou outra interpretação com resultados diametralmente opostos.

⁶⁷¹ FALZEA, *Accertamento (Teoria generale)*. p. 209.

⁶⁷² PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 390; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 220.

⁶⁷³ CARNELUTTI, *Verità, dubbio, certezza*. p. 5.

O princípio que a coisa julgada cobre tanto o deduzido quanto o dedutível, quer significar que ao juiz era possível, no instante de sua decisão (T2), conhecer todos os fatos relevantes relacionados com o direito afirmado em juízo até T1, bem como estava ao seu alcance todos os fundamentos jurídicos relacionados a tal direito, os deduzidos (a), (b), (c) e os não deduzidos (d), [...], (z), no momento T1. Feitas as escolhas necessárias para o julgamento, tudo o mais que lhe era disponível ou podia conhecer *ex officio*, em relação à situação em T1, passa a ser irrelevante⁶⁷⁴. Por esse motivo que alterações de interpretação, mesmo constitucionais, são alcançadas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, pois a nova orientação firmada em T3, relativa aos fatos ocorridos em T1, era disponível ao julgador ainda em T1 e foi rechaçada, seja explícita, seja implicitamente. O Ministro Adhemar Maciel, ao relatar o REsp 168836/CE, referiu expressamente a preocupação de condicionar a coisa julgada a futuro e incerto julgamento do Supremo Tribunal, não podendo ser considerada absurda a interpretação dada pelo próprio Supremo quanto ao julgamento de recurso extraordinário⁶⁷⁵.

Da mesma forma, ao ser declarada a nulidade da lei pelo Tribunal competente, isso não implica a declaração de nulidade das decisões transitadas em julgado⁶⁷⁶, pois o julgado passa a não ser mais regulado pela lei geral e abstrata, mas sim pela decisão proferida para o caso⁶⁷⁷. A nova situação criada com o trânsito em julgado independe da conformidade ou inconformidade com a anterior, de forma que há uma “[...] *cisão entre o*

⁶⁷⁴ Pontua a doutrina: “[...] a eficácia preclusiva abrange também as questões (como as de direito) de que o próprio órgão judicial poderia haver conhecimento *ex officio*, porém lhe escapam à atenção”. BARBOSA MOREIRA, *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. p. 240.

⁶⁷⁵ CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. COISA JULGADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 343 DO STF. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - O respeito à coisa julgada não pode ficar condicionado a futuro e incerto julgamento do STF sobre a matéria, não tendo o ulterior pronunciamento daquela Corte, ao exercer o controle difuso na estreita via do recurso extraordinário, o condão de possibilitar a desconstituição dos julgados, proferidos pelos tribunais de apelação à luz da jurisprudência prevalecente antes do julgamento proferido pelo STF. II - Como qualquer norma jurídica, as regras insertas na Constituição Federal não estão isentas de interpretação divergente, seja por parte da doutrina, seja por parte dos tribunais. Quando isso ocorre, a tese rejeitada pelo STF, ao exercer o controle difuso em recurso extraordinário, não pode ser tida como absurda a ponto de abrir a angusta via da ação rescisória aos insatisfeitos. Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo “decisum” rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se um mero “recurso” com prazo de “interposição” de dois anos. III - Recurso especial não conhecido, prestigiando-se os acórdãos proferidos no tribunal regional federal (REsp 168836/CE, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 08/10/1998, DJ 01/02/1999. p. 156).

⁶⁷⁶ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. p. 76.

⁶⁷⁷ PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 390; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 220

que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível remontar à fonte senão na estreita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita”⁶⁷⁸. Conforme esclarece Menchini, ainda que para o contexto do ordenamento italiano, “[...] a nova norma substancial, resultante da intervenção do legislador ou da Corte, opera para as relações ainda por surgir e para aquelas não concluídas, contudo, não produz efeitos em relação às situações subjetivas exauridas”⁶⁷⁹. A coisa julgada possui estrita vinculação com o princípio da segurança jurídica, de forma que os sujeitos afetados pela sua eficácia confiam em sua validade⁶⁸⁰.

Vale frisar, por fim, que o julgador, dentro da sua autêntica atribuição de interprete da constituição, possui tanta legitimidade para o controle da lei quanto o Supremo Tribunal Federal. Se a finalidade da coisa julgada é o estabelecimento de certeza jurídica nas relações, é de duvidosa constitucionalidade a norma que simplesmente a afasta sob fundamento de posterior decisão em sentido contrário. Decisão posterior ao trânsito em julgado, qualquer que seja o tribunal prolator, não é fato superveniente apto a afastar a coisa julgada ou mesmo a eficácia preclusiva da coisa julgada⁶⁸¹. A prevalecer tal entendimento, o controle de constitucionalidade por via difusa terá seu significado negado⁶⁸².

Não se ignora, entretanto, que a questão da possibilidade de “revisão” do julgado em decorrência do pronunciamento posterior do Supremo Tribunal Federal sobre questão constitucional tende a superar ou, mesmo, a tangenciar os argumentos trazidos. Isso porque a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, a qual prevê que “[...] não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”, foi

⁶⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. p. 242.

⁶⁷⁹ No original: “La nuova normativa sostanziale, risultante dall’intervento del legislatore o della Corte, opera per i rapporti ancora da sorgere e per quelli non conclusi, mentre non produce effetti alle situazione soggettive esaurite”; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 220. Ainda que o sistema italiano seja diferente do sistema brasileiro, não é negada pela doutrina especializada a retroatividade da decisão sobre a inconstitucionalidade: “L’effetto della decisione della Corte costituzionale è dunque, per il futuro, un effetto sostanziale analogo all’abrogazione; per il passato un effetto processuale il quale, però, si riflette naturalmente sul piano dei rapporti sostanziale in corso. Questo riflesso apre la via alla retroattività degli effetti della dichiarazione d’incostituzionalità” contudo, ela é clara ao excluir a incidência sobre as relações já exauridas pela coisa julgada; ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*. p. 634.

⁶⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. p. 243; ÁVILA, *Segurança jurídica no direito tributário. Entre permanência, mudança e realização*. p. 384.

⁶⁸¹ Contra, LEONEL, *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. p. 275 e ss.

⁶⁸² MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. p. 105.

paulatinamente sendo flexibilizada, tanto pelo próprio Supremo, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. A intangibilidade do julgado, ao menos em matéria constitucional, foi sensivelmente restringida em nome da supremacia da Constituição.

Um primeiro passo foi dado por nosso Tribunal de cúpula ao não mais aplicar referido entendimento quando a norma violada fosse norma constitucional e a orientação firmada fosse contrária a do próprio Supremo. Segundo o novel entendimento “[...] *é inaplicável a Súmula STF 343, quando a ação rescisória está fundamentada em violação literal a dispositivo da Constituição Federal*”⁶⁸³, porque “[...] *há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF*”⁶⁸⁴. Ou seja, passou-se a admitir ação rescisória quando a sentença ou acórdão transitados em julgado tiverem seguindo orientação contrária ao do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Em 2008 foi a vez do Superior Tribunal de Justiça restringir o âmbito de aplicação do referido enunciado. Passou ele a entender que “[...] *a ação rescisória, a contrário sensu, resta, então, cabível se, à época do julgamento cessara a divergência, hipótese em que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido*”⁶⁸⁵. Ou seja, além de ser possível a rescisória com base em violação à Constituição, também passou a ser possível com base em entendimento diverso do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão federal.

Assim, ainda que por caminhos diversos, chegou-se praticamente ao mesmo destino; decisões posteriores passaram a ser consideradas “fatos novos” enquadráveis nas hipóteses de rescisão do julgado. Com isso, adicionou-se mais um elemento para a fragilidade da coisa julgada no direito brasileiro⁶⁸⁶. Contudo, há que se reconhecer uma distância gigantesca entre simplesmente desconsiderar a coisa julgada existente, como o que os art. 475-L, §1º, e art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, dão a entender e se considerar posterior decisão judicial sobre a interpretação de dispositivo legal como hipóteses de ação rescisória, fundada na violação de literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC). Enquanto naqueles dispositivos, a coisa julgada é simplesmente desconsiderada, na ação rescisória só há a sua desconstituição, ao final, após processo

⁶⁸³ RE 564781 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, DJe-121 Divulg 30-06-2009 public 01-07-2009 ement vol-02367-07 p. 01384).

⁶⁸⁴ ZAVASCKI, A *eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 134.

⁶⁸⁵ REsp 1001779/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009.

⁶⁸⁶ GRECO, *Instituições de processo civil*. volume II: processo de conhecimento. p. 291-293.

judicial no qual se assegura a defesa e contraditório. Mesmo que se possa não concordar com o critério utilizado para a rescisão do julgado, qual seja, de que a única interpretação correta é a dada pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁸⁷, na contramão da atual teoria hermenêutica, ou mesmo de se transformar a ação rescisória em recurso com prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão⁶⁸⁸, ainda assim é preferível do que a simples “desconsideração” da coisa julgada.

É evidente que a procedência da ação rescisória, nesse caso, dependeria do fato de a sentença ou acórdão ter como único fundamento a norma cuja orientação interpretativa foi alterada; do contrário, existindo mais de um fundamento a sustentar a decisão, é de ser rechaçada a possibilidade da rescisão do julgado.

Vale, por fim, destacar que a eficácia preclusiva não visa à imutabilidade dos fundamentos⁶⁸⁹, mas sim o gozo do resultado do processo. Transitado em julgado o caso, são considerados deduzidos e repelidos todos os fatos ou argumentos que a parte trouxe ou poderia trazer, seja para o acolhimento, seja para a rejeição da demanda. Dentro do princípio que o julgado cobre tanto do deduzido quanto o dedutível estão as questões constitucionais, as quais são analisadas por qualquer integrante do Poder Judiciário com a mesma legitimidade.

3.5. Limites subjetivos da coisa julgada no controle por via de exceção

Conforme visto no capítulo anterior, a grande preocupação no que diz respeito aos limites subjetivos refere-se à harmonização de relações jurídicas dada a *progressiva*

⁶⁸⁷ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. p. 97.

⁶⁸⁸ Não há como se concordar com respeitosa parcela da doutrina que entende que o termo a quo para a rescisória, nesse caso, começaria a correr da inexistência da norma e não do trânsito em julgado; nesse sentido, LEONEL, *Causa de pedir e pedido*: o direito superveniente. p. 283. Contra tal entendimento, em primeiro lugar, pode-se aduzir que não há norma legal que embase tal interpretação haja vista que o art. 495 do CPC refere expressamente que “[...] o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão” e que referida orientação pode, em certas situações, acarretar tamanha insegurança jurídica e violação a situações fáticas consolidadas que os benefícios trazidos são menores que os prejuízos.

⁶⁸⁹ MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. p. 76.

dilatação dos nexos de prejudicialidade-dependência entre elas⁶⁹⁰. Nesse sentido, busca conjugar o alargamento da extensão subjetiva dos julgados⁶⁹¹, com os direitos de terceiros estranhos ao processo que podem, eventualmente, ser atingidos pela eficácia da decisão ou mesmo da *res iudicata*. Todavia, no controle de constitucionalidade por meio de exceção o problema é outro e o tema deve ser colocado nos seus devidos termos.

A verdadeira questão é como explicar eventual vínculo que decorre da decisão do Supremo Tribunal Federal no exame de recurso extraordinário em relação à questão constitucional decidida⁶⁹². Ele realmente decorre da coisa julgada?

Aqui, dado que o objeto do processo é o direito afirmado em juízo e a questão constitucional não pode ser transformada em questão principal pelas partes, a sentença será dada entre A e B julgado as relações jurídica havidas entre A e B dentro dos limites da lide posta. Destarte, dados os limites objetivos da coisa julgada, temos os limites subjetivos da coisa julgada⁶⁹³.

Nesse sentido, aplicam-se as mesmas conclusões anteriormente referidas: (i) se a relação jurídica decidida entre A e B não constituir relação prejudicial de outra relação, por exemplo, entre C e D, mesmo que haja o exame da constitucionalidade de norma, os efeitos da sentença e a coisa julgada formada serão restritos a A e B; e (ii) se a relação jurídica decidida entre A e B constituir relação jurídica prejudicial entre C e D haverá uma extensão dos efeitos do julgado, ou mesmo da coisa julgada, aos terceiros. Nesse diapasão, pode-se afirmar que, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade por via de exceção, não há qualquer peculiaridade no que concerne aos limites subjetivos do julgado. Ou seja, não se pode tentar explicar eventual vínculo decorrente da decisão do Supremo Tribunal Federal no exame de recurso extraordinário a partir da coisa julgada.

Vale pontuar a impossibilidade de explicar a vinculação (efeito positivo) caso se parta da teoria liebmänniana sobre a coisa julgada. Como a coisa julgada seria apenas a qualidade que recai sobre os efeitos da sentença, nada lhe agregando, e possuindo apenas

⁶⁹⁰ ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*. p. 67.

⁶⁹¹ CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. p. 17-18.

⁶⁹² CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 225.

⁶⁹³ PUGLIESE, *Giudicato Civile (diritto vigente)*. p. 877.

uma eficácia negativa, e não positiva⁶⁹⁴, o atrelamento dos demais juízes e entes públicos à *ratio* da decisão da decisão não decorre da coisa julgada. Ter-se-ia de buscar na eficácia da sentença o fundamento para tal vinculação, já que é lá que Liebman vislumbra a fonte dos efeitos naturais da sentença, efeitos positivos⁶⁹⁵. Entretanto, ao se analisar a sentença, ver-se-á que a eficácia natural que dela decorre nada diz quanto à questão constitucional, mas apenas em relação ao direito afirmado em juízo e controvertido pelas partes. A constitucionalidade ou inconstitucionalidade fica excluída dos efeitos ou conteúdo da sentença.

A mesma conclusão se chega ao se conceber a coisa julgada enquanto situação jurídica. Ainda que nessa visão se arquitecte um elemento formal de estabilidade e um elemento material de vinculatividade, tanto um como o outro dizem respeito ao direito posto em juízo e julgado e não à questão da constitucionalidade da norma objeto de recurso extraordinário. Dos três elementos que se pode identificar em toda a decisão judicial, a regra para o caso (dispositivo), a fundamentação e a regra geral, com pretensão de universalidade⁶⁹⁶, que se pode extrair do julgado, a coisa julgada tem seu âmbito de incidência restrito ao primeiro.

Vê-se, assim, que, seja pela sua função (certeza jurídica das relações), seja pela sua estrutura (enquanto ato formal que escolhe entre as alternativas em relação ao objeto do processo), não é possível explicar a vinculatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal a partir da coisa julgada. Deve-se buscar, então, em outro elemento a explicação para tentar explicar eventual vinculação obrigatória ao precedente.

Ainda que não seja propriamente o objeto do presente trabalho, não pode haver dúvidas de que tal vinculação não é de ordem técnica-jurídica, mas sim política e decorre da função que os tribunais, principalmente superiores, devem desempenhar. Isto explica, por um lado, porque, até hoje, as decisões do Supremo Tribunal Federal que declarem a inconstitucionalidade de uma norma em controle difuso não constituem precedente obrigatório aos demais membros do judiciário e administração em geral, mas antes uma

⁶⁹⁴ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

⁶⁹⁵ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 44; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 55.

⁶⁹⁶ MCCORMICK, *Retórica e estado de direito*. p. 198.

jurisprudência meramente persuasiva⁶⁹⁷, e, por outro, a verdadeira mutação que se está verificando no efetivo papel desempenhado por esse Tribunal.

A inteligente manobra política, dado o então absoluto dogma da separação dos poderes, da introdução do decreto legislativo para a suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo⁶⁹⁸, hoje não atende aos seus anseios e finalidades. Ela se mostra superada em decorrência dos novos contornos dado ao controle de constitucionalidade instituído pela CRFB de 1988, com a prevalência, cada vez mais, do controle concentrado (por via de ação) em detrimento do difuso⁶⁹⁹. Essa tendência de objetivação do controle não é só percebida com a prevalência do controle por via de ação, mas também com a objetivação e racionalização do controle difuso⁷⁰⁰, seja, por um lado, por meio da inclusão do requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, §3º, da CRFB de 1998), o que possibilita a seleção de casos que, realmente, apresentem relevância para o desenvolvimento do direito, seja, por outro lado, pela objetivação em sentido estrito do recurso extraordinário, pois o “método” de controle da constitucionalidade, abstraído o caso concreto, é idêntico no controle por meio de exceção e por meio de ação⁷⁰¹. E, nesse compasso, com a formação de verdadeiro precedente, ainda que a decisão do recurso extraordinário se refira a um caso específico, deve ser tomada levando em conta a generalidade de casos análogos. Tal fato, por sua vez,

⁶⁹⁷ TARUFFO, Michele. «Precedente e giurisprudenza». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano Ano LXI – n. 3, set. 2007. p. 711-715. Em outro escrito, o mesmo autor expõe alguns problemas que a Corte de cassação italiana enfrenta, os quais podem ser perfeitamente transpostos para nossa Suprema Corte, antes das recentes reformas que se verificaram: muitas decisões, baixo valor persuasivo das mesmas, decisões com vistas apenas ao caso concreto, escasso controle sobre a unidade e continuidade do direito; TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo*. Bologna: Il mulino, 1991. p. 144.

⁶⁹⁸ BARBI, *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. p. 38.

⁶⁹⁹ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 87; MENDES, *Jurisdição Constitucional*. p. 89.

⁷⁰⁰ Também no direito italiano se verifica uma tendência à desvinculação dos juízos de constitucionalidade com questões subjetivas. Nesse sentido: ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*. p. 614.

⁷⁰¹ [...] Esse novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual "a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo", dotado de uma "dupla função", subjetiva e objetiva, "consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo" (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub Judice 20/21, 2001. p. 33 (49). Essa orientação há muito mostra-se dominante também no direito americano. [...] De certa forma, é essa visão que, com algum atraso e relativa timidez, ressalte-se, a Lei nº 10.259, de 2001, busca imprimir aos recursos extraordinários, ainda que, inicialmente, apenas para aqueles interpostos contra as decisões dos juizados especiais federais [...] (RE 376852 MC, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2003, DJ 13-06-2003 PP-00011 ement vol 02114-05 pp-00853).

implica uma valoração e fundamentação diferenciada – o que, atualmente, ainda não se verifica nos julgados, pois a decisão servirá de norte para o comportamento futuro de toda uma coletividade.

Assim, dado que a coisa julgada se restringe à regra de decisão para o caso, não sendo incluída a questão constitucional, em relação ao controle difuso de constitucionalidade, não há qualquer peculiaridade digna de destaque. Da mesma forma, procurou-se demonstrar que eventual eficácia *ultra partes* do *holding* extraído da decisão não pode ser atribuída à *res iudicata*, porque sua estrutura e sua função estão voltadas apenas para o particular e não para a generalização.

3.6. Efeito negativo e positivo da coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de exceção

Já estabelecidos os limites da coisa julgada no controle de constitucionalidade concreto e, especificamente, sobre qual comando ele recai, fica facilitada a análise do efeito negativo e positivo da *res iudicata*. No contexto do controle de constitucionalidade, nos interessa analisar tais funções em relação a dois atores que fazem parte do aparato estatal: (i) o juiz que desempenha uma função precipuamente voltada ao passado e (ii) ao legislador que visa a regulação futura das relações.

Começando pelos componentes do Poder Judiciário, vale esclarecer que se pode falar validamente nessa dupla faceta da coisa julgada em duas situações distintas⁷⁰²: a primeira, quanto é proposta novamente a mesma demanda, verifica-se um efeito negativo decorrente da coisa julgada, qual seja, o de impedir o conhecimento da demanda já decidida definitivamente (*ne bis in idem*)⁷⁰³, e, a segunda, na hipótese de nova ação, cujo

⁷⁰² PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*. p. 819-820;

⁷⁰³ PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*. p. 820; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 87-88; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 43; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 54; SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. 1.: processo de conhecimento. p. 470. Em sentido diverso é o entendimento de Cássio Scarpinella Bueno, para o qual a função negativa consiste “[...] em pressuposto processual, isto é, como um fator impeditivo de sua rediscussão por qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes”, ao passo que o efeito positivo consistiria na “[...] imutabilidade da decisão transitado em julgado obrigar, isto é, vincular as partes perante as quais ela foi proferida”. Ou seja, ao que parece o referido

direito posto em causa é juridicamente dependente da decisão do processo anterior, fica o juiz da causa sucessiva obrigado a utilizar a decisão anterior como premissa necessária para a resolução da lide⁷⁰⁴.

Normalmente, o que se verifica é que as sentenças estabeleçam a interpretação jurídica em relação a fatos passados⁷⁰⁵, ainda que não se ignore uma crescente demanda por uma tutela preventiva. Vale dizer: o juiz, em um momento T2, analisa, em sua decisão, fatos ocorridos em T1, estabelece uma interpretação jurídica para tal acontecimento e dita uma regra para a lide. Nesses casos, a doutrina costuma afirmar que se verifica uma eficácia declaratória (*Feststellungswirkung*), pois a eficácia da sentença alcança fatos passados. Essa, por sua vez, não se confunde com a eficácia legal retroativa que consiste em dar nova configuração jurídica para fatos já ocorridos⁷⁰⁶. Da mesma forma, é possível a regulamentação, por meio de decisões judiciais com trânsito em julgado, de relações continuativas ou mesmo sucessivas que, em não se alterando as situações fática ou jurídica – assim, por exemplo, a prestação de alimentos – são normatizadas, para o futuro, em conformidade com o estabelecido pela sentença e a cláusula *rebus sic stantibus*.

A eficácia negativa da coisa julgada veda que a mesma ação, dentro dos seus estritos limites, seja novamente conhecida e julgada. Dessa forma, protege-se a intangibilidade dos julgados; todavia, não desconhece o sistema processual a possibilidade de ser desrespeitada tal imposição negativa e se violar a coisa julgada. Em tais casos possibilitou-se a utilização da ação rescisória (art. 485, IV, do CPC) como remédio.

A função positiva impõe, de sua parte, que em juízo sucessivo logicamente dependente seja respeitada a “situação jurídica” posta pela sentença anterior e utilizada ela como premissa para o julgamento da causa. Vê-se, por conseguinte, que a eficácia negativa e a eficácia positiva têm como destinatários naturais juízos sucessivos. Especificamente em relação à decisão sobre a questão constitucional, como essa não é protegida pela imutabilidade ou imposta ao juízo sucessivo, não se verifica qualquer efeito especial.

processualista paulista não vislumbra vinculação em processo sucessivo: BUENO, *Curso sistematizado de direito processual civil*: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I. p. 387-388.

⁷⁰⁴ PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*. p. 820; HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. p. 87-88; SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. 1.: processo de conhecimento. p. 470.

⁷⁰⁵ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*. p. 393. De forma alguma quer-se afirmar que a atividade judicial seja apenas declaratório ou intelectual de forma que sua missão seria dizer a “vontade da lei”, mas sim que a análise judicial se refere, primordialmente, a fatos passados. Sobre a crítica à função jurisdicional como meramente declaratória, ver: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 92-99.

⁷⁰⁶ ÁVILA, *Segurança jurídica no direito tributário. Entre permanência, mudança e realização*. p. 519.

No que diz respeito aos membros do poder legislativo, a função da coisa julgada não se mostra *prima facie* presente, seja em relação à norma concreta para o caso, seja em relação constitucional decidida incidentalmente. Contudo, não era de se esperar que referidas eficácias (negativa e positiva) atingissem de forma idêntica sujeitos que desempenham papéis totalmente diferentes na sociedade. A questão que se coloca é a mesma, embora sob outra perspectiva: a coisa julgada, de alguma forma, impõe alguma barreira ao legislador no desempenho de suas funções? Ou ainda, a *res iudicata* implica alguma vinculação a ele ao desempenhar seu múnus público?

Sob essa forma de ver o problema, assim como o juiz fica impedido de novamente analisar o caso, ao legislador também é imposta uma limitação à sua atividade ordinária; do contrário, não se vislumbra qualquer hipótese em que o legislativo fique vinculado à coisa julgada para o futuro. A coisa julgada, ao estabelecer uma situação jurídica em relação a determinado caso, impõe um obstáculo ao legislador, qual seja, o de impossibilitar que sua atividade legislativa de estabelecer normas para a regulação das situações da vida alcance a situação regradada pela decisão judicial. Entretanto, a limitação se restringe ao comando judicial para o caso, nada dizendo respeito à questão constitucional.

Caso o Legislativo venha a positivar norma geral e abstrata retroativa, alcançando a situação estabelecida pela sentença judicial, pode-se sustentar que a sentença não é atingida, pois a relação jurídica não mais é regulada pela previsão geral e abstrata, mas sim pelo comando judicial específico e concreto (*lex posterior generalis non derogat priori speciali*)⁷⁰⁷. Todavia, ao se prever norma com efeitos concretos retroativos, a única forma de proteger a intangibilidade do julgado é por meio de norma hierarquicamente superior, de forma que a própria lei que atinge situações passadas não possa revogar a garantia do respeito à coisa julgada (*lex speciali posterior non derogat prior superior*). Assim como o sistema jurídico brasileiro previu norma de proteção da coisa julgada contra atos do próprio judiciário (art. 485, IV, do CPC), também previu norma de proteção da coisa julgada contra atos do poder legislativo. Nessa linha de raciocínio, o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal é expresso ao afirmar que “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁷⁰⁷ PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 390; MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 220. Sobre a solução do conflito aparente de normas, BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 107.

Se em relação às situações exauridas verifica-se um limite à atividade legislativa, isso já não ocorre com as situações futuras decorrentes de relações jurídicas continuativas ou sucessivas. Conforme referido, implícito à coisa julgada é a cláusula *rebus sic stantibus*, isto é, a vinculatividade e a imutabilidade da decisão se sustentam enquanto as condições fáticas e jurídicas não se alterarem. No que concerne à regulamentação jurídica, ela se encontra dentro do campo natural de atuação do legislativo, sendo perfeitamente viável, e até comum, a sua alteração em relação aos fatos futuros. Assim, por exemplo, vale lembrar a cobrança de taxa de iluminação pública por parte dos Municípios, a qual foi reputada ilegal, tendo o Supremo Tribunal Federal inclusive editado a Súmula 670 a seu respeito⁷⁰⁸. Posteriormente, o constituinte derivado incluiu o art. 149-A⁷⁰⁹ que previu a possibilidade de cobrança da taxa de iluminação pública antes reputada indevida. Daí em diante, não mais se discutiu a possibilidade da cobrança da taxa de iluminação pública, ficando, todavia, os fatos anteriores resguardados.

Vê-se, assim, que apenas a coisa julgada impõe limites tanto à atividade dos membros do judiciário quanto do legislativo de formas distintas, sendo indiferente se houve ou não a apreciação da (in)constitucionalidade como premissa para a decisão final. Enquanto aos primeiros verifica-se tanto uma eficácia negativa, de impossibilidade de análise do caso já decidido em definitivo, quanto uma eficácia positiva, de vinculação ao decidido, ao legislativo se percebe apenas um função negativa. Em relação a ele, a coisa julgada impede que as normas estabelecidas posteriormente com eficácia retroativa alcancem as relações jurídicas decididas em definitivo, mas não estabelece qualquer vinculação futura.

3.7. Impugnação à coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de exceção

Por fim, resta analisar se existe alguma peculiaridade na impugnação da coisa julgada quando houve a apreciação de questão constitucional incidentemente. Ainda que hoje haja parcela significativa e de grande prestígio da doutrina e mesmo da

⁷⁰⁸ Súmula 670: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

⁷⁰⁹ Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (EC nº 39/02).

jurisprudência⁷¹⁰ que defendam a simples desconconsideração ou a relativização da coisa julgada fundada em sentença contrária à Constituição, o único remédio previsto pelo sistema para a desconstituição da coisa julgada é a ação rescisória. Nesse sentido, se existe a coisa julgada, mesmo de sentença contrária ao texto maior, apenas nas hipóteses previstas no art. 485 do Código de Processo Civil é que se pode relativizá-la⁷¹¹.

Por tudo o que foi exposto no presente capítulo – principalmente no sentido de que a questão constitucional não é o objeto central da decisão, ainda que a condicione –, concluiu-se que não há qualquer diferença entre a coisa julgada formada de sentença que apenas discute o direito das partes da que incidentalmente decide acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma; nesse compasso, não se justifica tratamento diferenciado em relação à ação rescisória⁷¹².

A única peculiaridade digna de menção se refere à hipótese de ação rescisória fundada em violação ao texto constitucional. Destarte, entre as hipóteses de rescisão (art. 485 do CPC), a que nos interessa é a prevista no inciso V, a qual prevê a possibilidade de impugnação da sentença de mérito quando “*violar literal disposição de lei*”. A palavra lei no referido dispositivo é interpretada em sentido amplo. Conforme pontua Barbosa Moreira, inclui-se na expressão lei “[...] a Constituição, a lei complementar, ordinária ou delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução” entre outros, inexistindo, igualmente, diferença se se trata de norma editada pela União, Estados ou Municípios⁷¹³. Nesse sentido, assim como a sentença pode ser rescindida por violação à lei, também o pode se violar o texto constitucional.

Hoje, como visto, se verifica uma tendência de máxima proteção à Constituição, pois “[...] não se pode adotar, em matéria de inconstitucionalidade, atitudes

⁷¹⁰ São inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça chamando à baila a teoria da “desconconsideração da coisa julgada” para afastar a coisa julgada: AgRg no Ag 1380693/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 23/04/2012; REsp 1244041/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/06/2011, DJe 13/06/2011, REsp 1046060/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 02/03/2011.

⁷¹¹ BARBOSA MOREIRA, *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. p. 236-241

⁷¹² Afirma Teori Zavascki: “Pode-se afirmar, portanto, que a sentença de mérito, mesmo envolvendo matéria constitucional, faz coisa julgada, mas pode ser rescindida, com base no inc. V, quando ‘violar literal disposição da Constituição’”; (ZAVASCKI, *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 129).

⁷¹³ BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565 p. 129.

*de perplexidade ou dúvida, ou a lei é constitucional ou não é*⁷¹⁴. Dessa forma, passou-se a entender não mais aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal quando envolver questão constitucional⁷¹⁵. Ou seja, não pode o Tribunal se negar a julgar o mérito da ação rescisória sob o fundamento de que havia controvérsia sobre a interpretação do dispositivo constitucional à época do julgado.

Nesse sentido, a abertura à ação rescisória é ampla. Em havendo decisão anterior do Supremo Tribunal em relação à questão constitucional debatida, ao se adotar tal entendimento, “[...] *mais que cabível, é procedente por violar a Constituição, o pedido de rescisão da sentença (juízo rescindente), sendo que o novo julgamento da causa (juízo rescisório), como corolário lógico e necessário, terá de se ajustar ao pronunciamento da Corte Suprema*”⁷¹⁶. Já que inexistente orientação do Supremo e a controvérsia se dá no âmbito dos Tribunais Estaduais ou Tribunais Regionais Federais, igualmente seria cabível a ação rescisória, devendo ser, todavia, admitido recurso extraordinário sobre o mérito da rescisória⁷¹⁷.

Vê-se, por conseguinte, que o enfrentamento de questão constitucional não traz qualquer diferença na formação da coisa julgada e na forma de sua impugnação. O destaque que se faz é no sentido do alargamento da admissibilidade da ação rescisória fundada na violação à Constituição. Segundo referido entendimento, basta se controverter acerca da constitucionalidade da norma, não sendo necessária anterior decisão do Supremo a fim de pacificar o assunto.

4. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIA DE AÇÃO

⁷¹⁴ THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento* - vol. I. p. 751.

⁷¹⁵ Em sentido contrário a esse entendimento, MARINONI; MITIDIERO. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. p. 494.

⁷¹⁶ ZAVASCKI, *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 136.

⁷¹⁷ A questão se coloca porque o entendimento atual, fundado em precedentes anteriores à restrição de competência do Supremo Tribunal com o advento da Constituição de 1988, é de que o recurso extraordinário deve dirigir-se aos pressupostos da ação rescisória e não aos fundamentos da sentença rescindenda. Assim, não poderia o Supremo controlar a aplicação da interpretação da norma e sua conformidade com a Constituição. Caberia ao Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o cabimento ou não da rescisória, com fundamento no art. 485, V, do CPC, efetuar o juízo de constitucionalidade da interpretação da norma. Sobre o ponto, ZAVASCKI, *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 137-141.

No direito brasileiro, ao lado do controle de constitucionalidade por meio de exceção, exercido pelo poder judiciário quando da análise de casos concretos, também se verifica um sistema de controle por meio de ação. Tem-se, então, o conhecido sistema misto⁷¹⁸, que, apesar de seus defeitos, é o mais completo e que melhor atende à finalidade de proteção da Constituição⁷¹⁹.

Apesar de tal técnica de controle já constar no ordenamento jurídico pátrio desde a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, época em que se verificou uma tendência a sua expansão em diversos países⁷²⁰, foi com a Constituição de 1988 que houve uma sensível alteração do quadro então existente. Com ela previram-se duas novidades em relação ao controle por via de ação: ação direta por omissão (art. 103, §2º) e ampliação da legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103). Com essas alterações permite-se que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais possam ser objeto de controle⁷²¹. Posteriormente, para reforçar a concentração do controle abstrato, a Emenda Constitucional n. 3 criou ainda a Ação Direta de Constitucionalidade⁷²² e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Restou, assim, uma parcela residual ao controle por via de exceção relativa às hipóteses não suscetíveis de exame no controle concentrado⁷²³.

As principais notas do controle por via de ação consistem em ser: (i) um controle principal (qual o objeto do processo), (ii) em abstrato (qual o motivo controle), (iii) concentrado (quem é competente para o controle) e por meio de uma sentença declaratória, conforme a tradição do direito brasileiro⁷²⁴.

⁷¹⁸ O próprio Supremo Tribunal reconhece sua posição particular dentro desse sistema misto: Pet 2066 AgR-QO, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2000, DJ 28-02-2003 pp-00007 ement vol-02100-02 pp-00241.

⁷¹⁹ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 112.

⁷²⁰ CAPPELLETTI, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 72.

⁷²¹ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. p. 86.

⁷²² Sobre o amplo debate em torno da criação da ADC, MENDES, *Ação Declaratória de Constitucionalidade*: a inocação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. Passim..

⁷²³ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. p. 87.

⁷²⁴ Hartmut Maurer destaca que a questão de ser declaratório ou constitutiva a decisão acerca da inconstitucionalidade é antes uma questão de tradição jurídica e não lógica. MAURER, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal*. p. 195. A questão também é controvertida no direito italiano: ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*. p. 622; DI FINA, *Il controllo sulla legislazione*. p. 44. Em diversas oportunidades o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela natureza declaratória da sentença do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, vale destacar o voto proferido pela Ministro Paulo Brossard no julgamento da ADIn n. 2. A metáfora

Diferentemente do controle por via de exceção, no sistema de controle mediante ação a compatibilidade ou não da norma com a Constituição é a questão central do processo judicial; ou seja, a lei, e não um caso trazido ao judiciário, é o objeto central da jurisdição constitucional⁷²⁵. Assim, como a análise se dá desprendida de qualquer conflito jurídico concreto (motivo do controle), e está centrada na análise da compatibilidade de uma norma (lei) com outra norma de hierarquia superior (Constituição), tem-se também que a análise é em abstrato⁷²⁶, ou, conforme pontua Liebman, a própria norma é o caso concreto⁷²⁷.

O controle normativo abstrato é a forma pura de controle e, obviamente, não tem por escopo a proteção jurídica de posições subjetivas, mas sim a Constituição enquanto direito objetivo. Assim, a finalidade do controle abstrato é “[...] *expurgar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional antes que surja um conflito interindividual e/ou social que a concretize, ou seja, que seja por ela regido, exigindo sua aplicação*”⁷²⁸. Contudo, sabe-se que, devido à estrutura judicial e judiciária, é muito difícil se antecipar à

empregada para explicar o raciocínio que perpassa pela doutrina da nulidade da lei inconstitucional talvez seja um dos mais belos votos já proferidos naquela Suprema Corte. Ao tratar da amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma, afirma o Ministro “*Segundo doutrina consagrada, é extunc o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgamento não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente. A Corte verifica e anuncia a nulidade, como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante, não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não mudou a natureza do suposto diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso o seu efeito é ex tunc*”. Vale destacar, todavia, que não desconhece o próprio Supremo, ainda que em precedente isolado, entendimento de que a decisão tem eficácia constitutiva. DECLARAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DEC.-LEI N. 322, DE 7 DE ABRIL DE 1967 (RTJ 44/54). ACÓRDÃO QUE, NÃO OBSTANTE ESSA DECISÃO, APLICOU, EM FAVOR DO LOCADOR, REGRAS CONTIDAS NESSE ATO LEGISLATIVO. NATUREZA DA DECISÃO QUE PRONUNCIA A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SEU CARÁTER CONSTITUTIVO E SUA EFICÁCIA RETROATIVA. CASO EM QUE NÃO HÁ FALAR-SE NA PRESUNÇÃO, EM QUE SE ACHARIA O AGENTE, DE HAVER CONCLUÍDO CONTRATO SOB A PROTEÇÃO DA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO (RE 79343, Relator(a): Min. Leito de Abreu, Segunda Turma, julgado em 31/05/1977, DJ 02-09-1977 PP-05970 Ement vol-01068-02 pp 00553 RTJ VOL-00082-02 p. 00791).

⁷²⁵ Kelsen, A jurisdição constitucional. p. 155.

⁷²⁶ Maurer, A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal. p. 176.

⁷²⁷ Liebman, Enrico Tullio. “Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale”. Rivista di diritto processuale, Padova, v. XXI, n. 4 out./dez. 1966. p. 571.

⁷²⁸ Martins, Direito Processual Constitucional Alemão. p. 13.

concretização de tais conflitos ante de o processo judicial ser vocacionado para a tutela do passado, mesmo prevendo-se mecanismos a fim de atenuar tais consequências⁷²⁹.

A essas duas características é adicionada uma outra, de vital importância para o correto funcionamento do controle de forma principal, qual seja: a restrição da competência para o julgamento da compatibilidade entre norma e Constituição a um órgão especial. Assim, concentra-se a competência para o julgamento do mérito da compatibilidade entre norma e constituição a apenas um guardião. Tal modelo de controle foi concebido inicialmente por Kelsen para a Constituição Austríaca de 1920. Buscava ele evitar, por conseguinte, a deficiência do modelo do *judicial review* no que dizia respeito à possibilidade dos órgãos aplicadores do direito terem opiniões diferentes sobre o emprego de uma mesma lei (*statute*). Nesse sentido, afirmou Kelsen que “[...] a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição”⁷³⁰. Com essa conformação, havendo apenas um tribunal competente para o julgamento da questão constitucional, sendo os demais juízes obrigados a aplicar a lei declarada constitucional ou não aplicar a inconstitucional, garante-se a uniformidade da interpretação e aplicação da Constituição.

Por fim, deve-se ressaltar que uma forma de garantir a integralidade da Constituição é permitir que normas contrárias a ela sejam excluídas do sistema. Tal exclusão pode ser efetuada de duas formas: ou se tem que a norma é nula ou, então, anulável^{731,732}. Pela primeira, “[...] o ato nulo carece de antemão de todo e qualquer

⁷²⁹ Vale a transcrição da advertência de Schmitt: “Apesar disso, com isso não está solucionado o problema do guardião da Constituição, pois, devido à estrutura judicial e judiciária, a proteção da Constituição fica restrita a fatos típicos já concluídos e passados, enquanto os casos verdadeiramente interessantes da proteção constitucional permanecem de fora da abrangência judicial. Tão logo se realiza de forma consequente a juridicização e se elabora um autêntico processo contendo as devidas partes, essa proteção é, essencialmente, tão-só uma correção a posteriori, haja vista que apenas fatos típicos concluídos continuam a ser subsumidos a determinações legais em questão”; SCHMITT, *O guardião da constituição*. p. 40.

⁷³⁰ No original: “The disadvantage of this solution consists in the fact that the different law-applying organs may have different opinions with regard to the constitutionality of a statute,’ and that, therefore, one organ may apply the statute because it regards it as constitutional whereas the other organ will refuse the application on the ground of its alleged unconstitutionality. The lack of a uniform decision of the question as to whether a statute is constitutional, i.e. whether the constitution is violated is a great danger to the authority of the constitution”. KELSEN, Hans. “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”. *The Journal of Politics*, maio 1942. p. 185. No texto utilizou-se a tradução para a língua portuguesa: KELSEN, *Jurisdição Constitucional*. p. 303.

⁷³¹ Embora hoje consagradas como categorias do direito material, as concepções de nulo e anulável, em grande parte, tem sua origem no direito processual. A ideia do nulo como inexistente tem como origem o direito material romano, sendo transplantada tal concepção para o direito processual. Tanto no período do

caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico”⁷³³. Ao contrário, se um outro ato jurídico for necessário para a cessação da eficácia do ato inválido, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade. A solução para tal questão depende da resposta que cada ordenamento oferece.

Ainda que o modelo originalmente arquitetado por Kelsen estabelecesse a anulabilidade da lei, haja vista que o referido doutrinador não concebia, dentro de um sistema de direito positivo, a existências de nulidade absoluta⁷³⁴, é da tradição do direito brasileiro e preponderante na doutrina o entendimento da eficácia declaratória da decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei^{735,736}. Isso, contudo, não exclui o desenvolvimento de posicionamentos intermediário entre as duas extremidades⁷³⁷.

O que nos interessa não é nenhuma dessas características apontadas, mas sim as consequências que elas trazem para a coisa julgada. Vale adiantar que por ser um processo objetivo não se verificará a mesma compatibilidade entre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade por via de exceção⁷³⁸. Assim, serão necessárias algumas

Ordo Iudiciorum Privatorum, como na *Cognitio Extraordinaria*, a sentença que possuísse determinados vícios, em geral *errores in procedendo*, era considerada sem valor, como se não dada. A anulabilidade surge apenas posteriormente, no século VI d. C., e decorre do princípio germânico da validade formal da sentença (*Urteil*). Essa característica marcante tem sua razão de ser na concentração dos poderes jurisdicional e legislativo na Assembleia Germânica; assim, ela, ao pronunciar uma decisão, estabelecia verdadeiro preceito de lei. Sobre o princípio da validade formal da sentença: CALAMANDREI, *La Cassazione Civile* Vol I, em especial p. 91-130; já sobre a configuração da Assembleia germânica: CALASSO, Francesco. *Medio evol del diritto. vol. I. Le fonti*. p. 118-125.

⁷³² No presente trabalho utilizar-se-ão os pares conceituais “anulável/anulabilidade” pois consagrados na doutrina. Registra-se, contudo, que a doutrina também se utiliza do par conceitual “nulificabilidade/nulificável”, forte na doutrina de Kelsen, para expressar a lei que pode vir a se tornar nula por decisão judicial. Cf. HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. passim.

⁷³³ Kelsen, *Jurisdição Constitucional*. p. 140-141.

⁷³⁴ Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*. p. 190. “Within a system of positive law there is no absolute nullity. It is not possible to characterize an act which presents itself as a legal act as null a priori (void ab initio)”.

⁷³⁵ BARBI, *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. passim; ZAVASCKI, *A eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 48; MENDES, *Jurisdição Constitucional*. p. 325; MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 526.

⁷³⁶ Para exemplificar a discordância doutrinária existente na doutrina sobre o ponto, vale referir o esclarecimento de Silvio Di Fina que aponta cinco entendimentos diferentes acerca dos efeitos da decisão, o que, no fundo, decorre do entendimento se a norma é nula ou anulável: (i) declaratória típica; (ii) constitutiva típica; (iii) declaratória constitutiva; (iv) declaratória e constitutiva ao mesmo tempo e (v) constitutiva de jurisdição voluntária: DI FINA, *Il controllo sulla legislazione*. p. 44

⁷³⁷ MENDES, *Jurisdição Constitucional*. p. 326.

⁷³⁸ Refere Leonardo Martins: “Ao contrário do que ocorre com a coisa julgada forma, a coisa jurídica material revela problemas em face de sua natureza, de seus limites subjetivos, objetivos e sobretudo

adaptações em relação ao controle por via de ação, ou mesmo repensar a coisa julgada em referidos processos.

4.1. Objeto do processo no controle de constitucionalidade por meio de ação

Diferentemente do controle de constitucionalidade incidental, no qual o objeto central do processo é uma situação jurídica subjetiva afirmada em juízo, no controle principal a própria “[...] *lei cuja inconstitucionalidade é alegada constitui o objeto principal da jurisdição constitucional* [...]”⁷³⁹. Vale dizer, o mérito da ação consiste unicamente no exame de compatibilidade (comparação) entre a norma constitucional violada (parâmetro) e a lei ou o ato normativo (objeto de comparação). Assim, o raciocínio judicial no controle por meio de ação é totalmente desvinculado com situações fáticas, haja vista que todos os elementos de análise são abstratos (conteúdo normativo) e terão seu substrato estabelecido também de modo hipotético.

Questão controvertida e ainda não pacificada na doutrina consiste em saber, mais especificamente, o que se deve entender por “lei ou ato normativo” (art. 102, I, a, da CRFB) que é objeto de análise pelo Supremo Tribunal em sede de ação direta. Isso porque a lei ou o ato normativo podem ser entendidos de duas formas: de um lado, como a disposição legislativa deliberada e emanada de acordo com a previsão legal para a produção do direito, consistindo em formulas linguísticas textuais (texto); por outro lado, também podem ser compreendidos como a “norma” expressa através da interpretação do texto⁷⁴⁰.

temporais, além de implicar em peculiaridades, no que tange ao seu rompimento permitido” (MARTINS, *Direito processual constitucional alemão*. p. 102).

⁷³⁹ KELSEN, *Jurisdição constitucional*. p. 155. No mesmo sentido na doutrina, MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 193; MAURER, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo Tribunal Constitucional Federal*. p. 176; MARTINS, *Direito processual constitucional alemão*. p. 13-14, e na jurisprudência, ADI 3949 MC, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2008, DJe-148 divulg 06-08-2009 public 07-08-2009 ement vol-02368-02 pp 00248 RTJ vol-00212- pp 00372; ADI 3189, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2006, DJe-112 divulg 27-09-2007 public 28-09-2007 DJ 28-09-2007 pp 00027 ement vol-02291-02 pp 00301 RTJ vol 00203-01 pp 00103.

⁷⁴⁰ ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*. p. 642.

Hoje já não se controverte em relação à distinção entre texto e norma⁷⁴¹. Nesse diapasão, de um dispositivo podem derivar várias normas, bem como uma norma pode ser criada a partir da conjugação de vários dispositivos.

Ainda que a diferença, em princípio, pareça ser apenas de índole teórica e especulativa, a escolha por um ou outro objeto, traz consequências práticas importantes. Assim, por exemplo, ao se conceber como objeto de controle o texto⁷⁴², não há como se diferenciar as interpretações conformes com a Constituição das contrárias a ela; caberia, destarte, em princípio, à Corte escolher entre eliminar o texto – e, com isso, as normas ilegítimas e, juntamente, as legítimas – ou simplesmente manter o texto e admitir a coexistência de normas em conformidade e contrárias à Constituição⁷⁴³.

Todavia, a opção estanque entre a lei como norma ou como texto se mostrou inaceitável; por isso, adotou-se um posicionamento conciliador e que, dentro de certos limites, superou os principais problemas de cada uma das posições. Por conseguinte, a Corte tem por objeto de análise o texto (disposição) quando se está diante de uma correspondência unívoca com a norma, ou seja, ainda que se admita a inexistência de texto unívoco, no ir e vir do interprete ao texto (espiral hermenêutico) não há dúvida quanto ao significado interpretativo do dispositivo. Nesse caso, na hipótese de se constatar a incompatibilidade entre o elemento de comparação (lei ou ato normativo) e objeto de parâmetro (Constituição), não resta outra solução que não a exclusão do texto do ordenamento. Ao passo que, quando a correspondência não se verifica e a manutenção do texto permite a extração de várias normas, dentre elas uma conforme o espírito da

⁷⁴¹ GADAMER, *Verdade e método*. p. 388 e ss; GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 207.

⁷⁴² Entre seus defensores destaca-se Ascarelli: “Una prima mia affermazione concerne un problema anche più generale: oggetto dell’interpretazione non è una ‘norma’, ma un testo (o un comportamento): è in forza dell’interpretazione del testo (o del comportamento) e perciò sempre in forza di un dato che a rigore può dirsi ‘passato’, ‘storico’, che si formula la ‘norma’ (come ‘presente’ ed anzi proiettata nel ‘futuro’). Questa una volta espressa torna necessariamente ad essere ‘testo’”; (ASCARELLI, Tullio. «Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 12. 1957. p. 352). Vale destacar a dificuldade, senão, impossibilidade, de se identificar o objeto de controle com a norma/interpretação. Isso decorre, conforme pontuou Luis Fernando Barzotto, da perda de relação entre objeto a ser interpretado e a própria interpretação: “Se o direito é interpretação, devemos identificar direito e interpretação, a lei e sua interpretação. Mas onde está o objeto a ser interpretado, se ele é dado pela interpretação? [...] Se o objeto a ser interpretado se identifica com a sua interpretação, então não há como distinguir entre boas e más interpretações por referência ao objeto, pois este não tem existência fora da interpretação. A pergunta não é mais: ‘Qual a melhor interpretação de x?’ A verdadeira pergunta, como coloca Schmitt, passa a ser então: ‘Quem julga? Quem interpreta?’ e não no sentido clássico de apontar quem tem as qualidades morais e intelectuais (virtudes) necessárias para apreender a verdade de um texto, mas quem tem o poder de impor sua interpretação [...]” (BARZOTTO, *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. p. 131).

⁷⁴³ ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*. p. 642.

Constituição, o Tribunal se limita a pronunciar-se sobre o texto enquanto norma interpretada. Parte-se, corretamente, da presunção de que toda a lei é constitucional e que o legislador, ao criar a norma, não teve a intenção de violar a Constituição. Estabelece-se, assim, o sentido a ser seguido e se deixa intacto o texto⁷⁴⁴, sem sua exclusão formal do ordenamento enquanto legislador negativo⁷⁴⁵.

Aqui, está-se diante da técnica da interpretação conforme à Constituição⁷⁴⁶, pois “[...] *uma lei não deve ser declarada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição* [...]”⁷⁴⁷. Conforme o próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou, tal técnica “[...] *só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco* [...]”⁷⁴⁸; nesse sentido, os limites da interpretação gramatical são intransponíveis, não se admitindo que a “interpretação conforme” altere o significado do texto⁷⁴⁹.

No fundo, o que irá determinar qual o objeto de análise, se o texto ou a norma, é o próprio texto. No caso de o texto ser objetivo em seu sentido, não sendo possível extrair outro significado compatível com a Constituição, o objeto de análise será o próprio enunciado escrito. Do contrário, se, dentro dos limites da interpretação dados pelo texto, há mais de uma possível interpretação compatível com a Constituição, a fim de resguardar a dignidade da legislação, o controle se restringe à interpretação a ser adotada. Não se pode negar, contudo, que, a depender do grau de subjetivismo que se admita na interpretação, é o intérprete que define qual o objeto de análise e seus limites⁷⁵⁰, pois, antes da interpretação, apenas existe o texto e será ele que determina se há ou não sentido objetivo para a interpretação⁷⁵¹.

Vê-se, dessa forma, que o objeto de exame no *judicial review* pode ser o texto ou a norma extraída do texto; esse é o objeto sob o ponto de vista do direito material

⁷⁴⁴ ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*. p. 643.

⁷⁴⁵ KELSEN, *Jurisdição constitucional*. p. 151-155.

⁷⁴⁶ Não se deve confundir a interpretação conforme a Constituição com a declaração de nulidade sem redução de texto. Para essa distinção, consulte-se: MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 354-356,

⁷⁴⁷ HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p.71.

⁷⁴⁸ ADI 1.344-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18-12-1995, Plenário, DJ de 19-4-1996. No mesmo sentido: ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 15-4-2004, Plenário, DJ de 28-5-2004. Vide: ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010; ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

⁷⁴⁹ MENDES, *Jurisdição Constitucional*. p. 349.

⁷⁵⁰ KELSEN, *Teoria pura do direito*. p. 394

⁷⁵¹ BARZOTTO, *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. p. 131.

(constitucional). Mas qual o objeto do processo em sentido processual? Quando se analisou o objeto do processo (*Streitgegenstand*) no capítulo anterior, esclareceu-se que existem duas teorias principais em relação ao tema: uma primeira teoria, mais recente, entende que o objeto do processo é o pedido formulado (*Behgeren*), desligado de qualquer elemento material (teoria puramente processual), a qual teve entre seus maiores expoentes Schwab⁷⁵², e, uma segunda, para a qual o objeto do processo é um direito afirmado *in status assertionis* (*Rechtsbehauptung*). Ainda que necessárias adaptações decorrentes do caráter objetivo do processo, ambas as teorias podem ser aplicadas para o controle de constitucionalidade enquanto objeto central do processo.

Sob a perspectiva do objeto do processo enquanto pedido formulado (*Behgeren*), vale lembrar que referida teoria teve como causa justamente a tentativa de fuga dos elementos subjetivos da teoria da ação, notadamente partes e causa de pedir⁷⁵³. E, nesse sentido, buscou-se a objetivação do objeto do processo. Ora, para o controle de constitucionalidade por meio de ação, o qual se caracteriza por ser um processo totalmente objetivo⁷⁵⁴, cai como uma luva a utilização de uma teoria, igualmente objetiva sobre o objeto do processo. Por conseguinte, ante a própria ausência de verdadeiras partes no processo e a causa de pedir ser aberta, peculiaridades que serão analisadas a seguir, o objeto do processo constituiria unicamente no pedido, qual seja, a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada lei ou ato normativo.

Em relação à pretensa unidade no estudo de três temas fundamentais ao processo – litispendência, coisa julgada e cumulação de ações – o pedido enquanto objeto central do processo cumpre bem seu papel. Vale destacar que em decorrência da exclusão dos elementos subjetivos, principalmente em virtude de uma causa de pedir aberta a qual engloba todos os fundamentos jurídicos para a demanda, à teoria de Schwab não podem mais ser feitas as críticas atinentes à diferença de amplitude entre objeto do processo e coisa julgada. Assim, na ação direta, seja de constitucionalidade, seja de

⁷⁵² SCHWAB, *El objeto litigioso en el proceso civil*. passim.

⁷⁵³ STEFANO, *Per una teoria dell'oggetto del processo*. p. 228

⁷⁵⁴ Em uma dezena de oportunidades o STF já afirmou o caráter objetivo do controle de constitucionalidade por meio de ação direta: RE 579.760-ED, Rel. Min.Cezar Peluso, julgamento em 27-10-2009, Segunda Turma, DJE de 20-11-2009.

inconstitucionalidade, haverá uma paridade entre o objeto do processo e a sentença proferida no caso de declaração de inconstitucionalidade da norma⁷⁵⁵.

Todavia, as mesmas críticas que foram feitas anteriormente relacionadas ao princípio da instrumentalidade a essa forma de entender o objeto do processo são válidas aqui também. Nesse compasso, se o processo é instrumento de proteção da supremacia da Constituição, não é crível que seu objeto seja uma categoria processual, o pedido. Por conseguinte, alguma ligação com o direito material ou mesmo com a finalidade que o processo persegue – a tutela da *Charta Magna* e os princípios e regras nela consagrados – deve existir. Entretanto, ainda que haja inúmeras objeções a compreender o objeto do processo enquanto pedido e desde que se aceite o reducionismo a que ela conduz, há que se reconhecer a plena compatibilidade dessa teoria com qualquer tipo de processo, dada a extrema objetivação de seu elemento central e exclusão de outros.

Resta, de tal modo, a análise do objeto do processo no controle de constitucionalidade enquanto direito afirmado *in status assertionis*. Diferentemente da teoria anterior, que se encaixa perfeitamente com as características objetivas da técnica de proteção à Constituição, mas apresenta falhas na sua justificação, em relação à teoria da “asserção” o problema é o inverso; aproximam-se as finalidades, mas a questão técnica acaba dificultando a solução dos entraves. Isso porque não se pode falar de um direito subjetivo afirmado em juízo no controle abstrato e concentrado. Primeiro, pois não há partes no sentido processual, não há quem pede e não há, igualmente, alguém a quem é pedido; existem apenas legitimados à propositura da ação; segundo, porque não é analisada eventual lesão *in concreto* ao patrimônio jurídico de determinado sujeito, mas a existência ou não de desrespeito de norma hierarquicamente inferior em relação a superior *in abstracto*.

Nesse sentido, se a objetivação do processo implica mudanças de enfoque em relação aos elementos tradicionais da demanda, o mesmo motivo faz se alterar a forma de ver o objeto do processo constitucional. Já que se excluíram os elementos subjetivos, o objeto do processo de controle de constitucionalidade por meio de ação direta só pode ser a afirmação de violação ao ordenamento jurídico como direito objetivo⁷⁵⁶ por parte de determinada lei ou ato normativo; isso no caso da ação direta de inconstitucionalidade. Já

⁷⁵⁵ Em relação à sentença que reconhece a constitucionalidade da norma, ver-se-á, a seguir, que os limites do pronunciamento são diminutos se comparados com a declaração de nulidade da norma.

⁷⁵⁶ ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*. p. 41.

no caso da ação direta de constitucionalidade, o objeto do processo é a afirmação da inexistência de violação ao direito objetivo, ou seja, a compatibilidade da norma com a Carta Maior.

Ao se proceder de tal forma, garante-se a instrumentalidade essencial do processo com o direito material, e, do mesmo modo, reafirma-se o processo constitucional como uma, senão a principal, forma de tutela da Constituição. A objetivação do processo e sua finalidade, conforme afirmam Gilmar Mendes e Ives Gandra da Silva Martins, valendo-se dos ensinamentos de Triepel, permitem submeter à jurisdição constitucional questões políticas, as quais são, igualmente, questões jurídicas⁷⁵⁷.

Também essa concepção de objeto do processo mantém a unidade na análise da coisa julgada, litispendência e cumulação de demanda. Frisa-se que a regra contida no art. 301, §2º, do Código de Processo Civil é imprestável para a análise da questão em sede *judicial review of legislation*. Ao se propor, *verbia gratia*, ação (ADI 1) afirmando que uma determinada lei X é inconstitucional por violar o dispositivo α da Constituição, e, posteriormente, enquanto pendente de julgamento ação (ADI 1), propõe-se outra demanda (ADI 2) sustentando a inconstitucionalidade da mesma lei X, agora por violação do dispositivo β também da Constituição, há a litispendência, pois o objeto do primeiro processo (ADI 1) é o mesmo do segundo (ADI 2).

Por fim, merece menção a questão do cumulo ou concurso de ações no processo objetivo, a qual não difere para ambas as teorias sobre o objeto do processo. Enquanto no plano do direito subjetivo podem-se ter situações em que há concurso de ações ou de direitos, no sentido de que várias demandas objetivam o mesmo resultado e a procedência de uma das demandas extingue as demais⁷⁵⁸ – assim, por exemplo, a coexistência da pretensão cambiária e da pretensão causal –, no processo objetivo tal cumulação é de difícil, senão impossível, constatação. Ao se afirmar a inconstitucionalidade de lei X apenas sob o fundamento α ou sobre o fundamento α , β e γ tem-se o exato mesmo objeto do processo. Não se pode falar, portanto, de cumulo de ações em decorrência da cumulação de fundamentos ou causas de pedir para a procedência da demanda, pois todos os fundamentos e causas de pedir já estão incluídos na ação. Aqui o

⁷⁵⁷ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 13.

⁷⁵⁸ MENCHINI, *Il giudicato civile*. p. 132; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 402-405.

princípio do *iura novit curia* se verifica em sua plenitude. A única forma de cumulação imaginável é no sentido de se reunirem em único processo mais de um objeto, vale dizer, afirmar a inconstitucionalidade da lei X e da lei Y conjuntamente. Elas, todavia, poderiam ser questionadas separadamente e dar azo a processos distintos e independentes.

4.2. Identificação da ação (*tria eadem*) no controle de constitucionalidade por via de ação

Conforme visto no capítulo anterior, há dois polos metodológicos para o estudo do processo, um que o analisa sob a perspectiva do objeto do processo (*Streitgegenstand*) e outro que tem na ação e seus elementos o seu ponto de partida. Ultrapassada a questão do objeto do processo no controle de constitucionalidade por via de ação, cabe identificar a ação direta pelo critério escolhido pelo legislado pátrio: a tripla identidade (*tria eadem*).

O art. 301, §2º, do Código de Processo Civil estabelece que há identidade de ações “[...] *quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido*”; e, conforme refere Chiovenda, a “[...] *diversidade de um só elemento acarreta diferença de ação*”⁷⁵⁹. Nesse sentido, seguindo-se referida regra geral, poder-se-ia identificar uma ação pelos três elementos da demanda. Entretanto, a utilização do critério da tripla identidade para a individualização de ações que tenham como objeto principal o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo (controle normativo) mostra-se inadequado ao seu escopo.

Diferentemente dos tradicionais, o processo de controle da compatibilidade de norma infraconstitucional com relação à Constituição apresenta características que refletem, em muito, o caráter jurídico-político da decisão⁷⁶⁰. E, nesse diapasão, propriedade marcante é a extrema objetivação do processo, a qual se reflete nos três elementos da ação escolhidos pelo legislador como parâmetro para a identificação da ação e da coisa julgada. Destarte, as partes, a causa de pedir e o pedido devem ser entendidos dentro do contexto em que se inserem.

⁷⁵⁹ CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*. vol I. p. 354.

⁷⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. “La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile.” In: *Opere giuridiche volume terzo*, Napoli: Morano, 1968. p. 368.

A começar pelos sujeitos do processo, no controle por via de ação não se apresentam verdadeiras partes no sentido processual, como aquele que pede (autor) e contra o qual é feito o pedido (réu)⁷⁶¹. No polo ativo, o que há, na realidade, são legitimados à propositura da demanda, conforme expressamente prevê a Constituição Federal em seu art. 103⁷⁶² e a Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999, em seu art. 2º. Assim, ainda que o Supremo Tribunal Federal exija, em relação a determinados legitimados⁷⁶³, a pertinência temática entre o “autor” da ação e seu objeto – considerando-a como “[...] *pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ad causam para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade*”⁷⁶⁴, não se pode falar em autor no sentido tradicionalmente empregado. O legitimado, ao dar início à ação, visa à tutela do direito objetivo e não de uma posição subjetiva levada a juízo. Tanto é assim que, após o início do procedimento de controle de constitucionalidade, não é dado a ele desistir da demanda (art. 5º da Lei 9.868/99 e art. 169, §1º, do RISTF), haja vista que vigora o princípio da indisponibilidade sobre o objeto da ação⁷⁶⁵.

⁷⁶¹ Nesse sentido: “Tem-se aqui, pois, o que a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais costuma chamar de processos objetivos (*objektives Verfahren*), isto é, um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição [...]”: Rp 1405, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 01-07-1988, pp. 139-140. No direito italiano a doutrina se questionava onde estariam as partes no controle abstrato: “Qui, una volta avvenuta la rimessione della questione di legittimità costituzionale alle Corti, dove sono le ‘parti’? tra quali soggetti si svolge il processo? Da chi e nei confronti di chi è esercitata l’azione? e può esservi veramente un’azione?”. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, p. 382. MARTINS, *Direito processual constitucional alemão*, p. 104. CAPPELLETTI, Mauro. “Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata”. *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XI - Parte I, 1956, p. 146. Em sentido contrário, pela existência de partes em sentido processual estrito: FERNANDES, André Dias. *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. Salvador: Jus podivm, 2009, p. 156.

⁷⁶² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁷⁶³ Tem-se, assim, legitimados universais e legitimados especiais; esses últimos devendo demonstrar a pertinência temática com o objeto da ação; DONOSO, Denis. «Aspectos processuais no Controle Concentrado de Constitucionalidade. Coisa julgada. Objeto, Legitimidade, Efeitos da Medida Cautelar. Aproximação dos Sistemas de Controle Difuso e Concentrado». *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 60, mar. 2008, p. 22.

⁷⁶⁴ ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello Plenário, DJ de 17-11-2006. No mesmo sentido: ADI 1.507-MC-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ de 6-6-1997; ADI 902-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ de 22-4-1994; ADI 3.059-MC, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJ de 20-8-2004.

⁷⁶⁵ MENDES, *Jurisdição Constitucional*, p. 149; ADI 387-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 11-10-1991.

Em relação ao polo passivo, a inexistência de réu é ainda mais evidente⁷⁶⁶. Ora, contra quem se pede a declaração de inconstitucionalidade de texto? É evidente que não há sujeito passivo no controle de constitucionalidade, seja na ação direta de constitucionalidade, seja na de inconstitucionalidade⁷⁶⁷. O fato de haver interessados pela improcedência de demanda, não os torna legitimados passivos. Da mesma forma, a imposição de o Advogado-Geral da União ser citado, obrigatoriamente, para a defesa do texto impugnado (art. 103, §3º, da CRFB⁷⁶⁸) também não o torna sujeito passivo da demanda⁷⁶⁹.

Em relação ao segundo elemento da ação, a causa de pedir, igualmente ele não se apresenta como critério válido para a identificação da demanda proposta. O art. 3º, inciso I, da Lei n.º 9.868/99, estabelece como requisito da petição inicial que, juntamente com a lei ou ato normativo impugnado (objeto), tragam-se os fundamentos jurídicos para a procedência do pedido⁷⁷⁰. Nesse sentido, como não há “*fato ou conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual)*”⁷⁷¹, a causa de pedir deve ser compreendida em sentido estritamente normativo; vale dizer, como a incompatibilidade de norma inferior com norma de hierarquia superior (Constituição).

⁷⁶⁶ Sustenta André Dias Fernandes a existência de legitimado passivo na ação direta; todavia, referido autor não esclarece quem é o legitimado passivo, apenas afirma sua existência sob o fundamento de que suporta os efeitos da sentença: “É igualmente verdadeiro que o legitimado passivo não é o único a suportar os efeitos da decisão sobre a pretensão objetiva deduzida, mas toda a sociedade, mas nem por isso deixa de ser legitimado passivo: [...]. Mas o legitimado passivo suporta os efeitos da decisão da mesma forma que toda a sociedade. Logo, é mais merecedor do título de parte do que o substituto processual no regime do CPC”; FERNANDES, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. p. 159-160. Ao que tudo indica, confunde o referido autor a questão da legitimidade com a sujeição da eficácia da decisão proferida.

⁷⁶⁷ Não é possível, assim, a “ampliação do polo passivo”, como refere Paulo Roberto Lyrio Pimenta: PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. «Limites subjetivos e objetivos da coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade». *Revista dialética de direito processual*. São Paulo, n. 4, jul. 2003. p. 124.

⁷⁶⁸ Art. 103, §3º, da CRFB: “§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

⁷⁶⁹ De se destacar a obrigatoriedade da efetiva defesa do texto impugnado por parte do Advogado-Geral da União: “Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do art. 103 da CF, incumbe ao advogado-geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade”. ADI 3.413, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, *DJE* de 1º-8-2011. Todavia, o próprio Supremo já moderou tal posicionamento ao reconhecer a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade caso já haja prévio pronunciamento do próprio Supremo Tribunal Federal sobre a questão: “O ‘*munus*’ a que se refere o imperativo constitucional (CF, art. 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade”. ADI 1.616, Rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, *DJ* de 24-8-2001.

⁷⁷⁰ Art. 3º A petição indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações.

⁷⁷¹ CRUZ E TUCCI, *A causa petendi no processo civil*. p. 26.

Nesse compasso, ainda que o legitimado à propositura da ação deva indicar o ato normativo atacado e os fundamentos para tanto, sob pena de indeferimento da petição inicial (art. 4º, caput, da Lei n.º 9.868/99), o Tribunal não se vincula às razões apresentadas⁷⁷². Assim, ao impugnar determinado ato normativo X sob o fundamento α e ultrapassada a fase de admissibilidade da ação, o Supremo Tribunal Federal é livre para analisar a compatibilidade ou não da Constituição. “*Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem causa de pedir aberta*”⁷⁷³, a qual engloba todos os fundamentos jurídicos existentes para a procedência do pedido. É lícito, destarte, ao Tribunal não acolher a alegada violação da norma X à Constituição pelo fundamento α trazido pelo legitimado ativo e, ainda assim, julgar procedente o pedido sob o argumento β , sequer cogitado pelo autor.

Veja-se que a ausência de quaisquer “amarras” à cognição do Supremo Tribunal Federal, limitações essas advindas, na maioria das vezes, do princípio dispositivo em sentido material (princípio da demanda)⁷⁷⁴, são fruto da indisponibilidade do objeto e do escopo do controle, a tutela da Constituição, o qual não pode ficar à disposição do legitimado, já que ele não é *dominus litis*⁷⁷⁵. A abertura da *causa petendi*, todavia, não é característica arbitrária e especial desse instrumento de proteção da Constituição. Em termos técnicos, ela é decorrência lógica da causa de pedir estritamente normativa e do princípio segundo o qual o juiz conhece o direito (*iura novit curia*). Da mesma forma que em um processo ordinário, uma vez estabelecidos os fatos constitutivos do direito do autor (*causa petendi*), o juiz é livre para a aplicação do direito e não está vinculado às razões trazidas pelo autor (*da mihi factum dabo tibi jus*)⁷⁷⁶, fenômeno análogo ocorre no controle de constitucionalidade por via de ação. A única diferença existente é a circunstância de, no processo de controle abstrato, não existir fato constitutivo do direito do legitimado, aqui

⁷⁷² MENDES, *Jurisdição Constitucional*. p. 242.

⁷⁷³ RE 372535 AgR-ED, Rel Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJe-065 Public 11-04-2008 Ement Vol-02314-05 pp 01047.

⁷⁷⁴ Vale destacar que, ainda que mitigado, também se aplica o princípio dispositivo em relação ao controle por via de ação: FERNANDES, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. p. 192.

⁷⁷⁵ Conforme o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, hoje, no controle abstrato de constitucionalidade, dada a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ação, não se verifica mais a figura de verdadeiro dominus litis como era desempenhada a função do Procurador-Geral da República nas Cartas Políticas anteriores: ADI 2321 MC, Rel Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, DJ 10/06/2005 Ement Vol-02195-1 pp 00046. Calamandrei externa sua preocupação em possibilitar que manobras processuais decorrentes de interesse político possam impedir a sindicância da norma em relação à Constituição: CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. p. 384.

⁷⁷⁶ AI 794759 AgR, Rel Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe-088 Public 12/05/2011 Ement Vol-02520-02 pp-00425.

entendimento como ato ou omissão causadora de ilícito, e, nesse passo, a *causa petendi* é a afirmação da incompatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição. Poder-se-ia fazer uma analogia com as demandas autodeterminativas, as quais independem da questão fática para sua individuação.

Caso o Tribunal estivesse vinculado ao fundamento apresentado, de um lado, poder-se-ia ter uma série de ações impugnando ato normativo único sob fundamentos diversos, indo de encontro com a efetividade e a economia processual; de outro lado, permitir-se-ia a propositura de demandas notadamente infundadas, com o único objetivo de dificultar ou postergar a apreciação de fundamentos relevantes para o exame de compatibilidade⁷⁷⁷.

Igualmente o pedido, último dos elementos da ação, não se mostra adequado para a identificação da coisa julgada. Isto porque, ainda que haja certo grau de variação nos pedidos secundários, modulação dos efeitos da declaração, ou mesmo, cumulação de pedido cautelar, no fundo (art. 3º, II, da Lei 9.868/99), o pedido principal será sempre o mesmo, a declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Ainda que não seja reflexo necessário do pedido, vale destacar o reconhecimento da ambivalência da ação direta⁷⁷⁸, de forma que a improcedência de ação direta de inconstitucionalidade significa a declaração de constitucionalidade da norma impugnada e vice-versa (art. 24 da Lei 9.868/99)⁷⁷⁹.

Dessa forma, inexistentes verdadeiras partes, constituindo a causa de pedir o eventual conflito normativo entre lei ou ato normativo com a Constituição e sendo o pedido de declaração de (in)constitucionalidade, vê-se que a conjugação de tais critérios (art. 301, §2º, do CPC) para a individuação da ação e, por conseguinte, de eventual coisa julgada, não se mostra adequada. Nesse sentido, há que se reconhecer que a única forma de

⁷⁷⁷ Em sentido análogo: FERNANDES, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. p. 191.

⁷⁷⁸ DONOSO, *Aspectos processuais no Controle Concentrado de Constitucionalidade. Coisa julgada. Objeto, Legitimidade, Efeitos da Medida Cautelar. Aproximação dos Sistemas de Controle Difuso e Concentrado*. p. 17; FERNANDES, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. p. 162; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 45-48. Tal afirmativa, todavia, não é aceita, em especial no direito italiano, como se verá a seguir.

⁷⁷⁹ “Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória”.

identificação da ação é através da teoria do objeto do processo ante a supressão dos elementos subjetivos próprios da teoria da ação.

4.3. Limites objetivos no controle de constitucionalidade por via de ação

Conforme já adiantado, no que diz respeito aos limites objetivos do julgado, de uma forma geral, dois problemas principais surgem: o primeiro referente à delimitação do próprio objeto do julgado de forma a distingui-lo de outros⁷⁸⁰ e, ainda dentro dessa primeira questão, se estão incluídas ou não as relações prejudiciais decididas incidentalmente⁷⁸¹; o outro ponto consiste em saber quais elementos da decisão – relatório, fundamentação e dispositivo – são acobertados pela coisa julgada⁷⁸², pois, a “*autoridade não protege tôdas as palavras que saem da boca do Juiz*”⁷⁸³, mesmo que ele seja a mais alta Corte judicial de determinado Estado.

Se nos processos ordinários a primeira dessas dúvidas é a que traz mais complicações para o aplicador do direito, ao se tratar de processos objetivos a lógica se inverte. Isso porque, nos processos tradicionais, por um lado, há uma crescente interdependência das relações sociais (nexos de prejudicialidade-dependência), e, por outro, a problemática relativa aos elementos da sentença que passam em julgado está expressamente regulada nas disposições do Código de Processo Civil (art. 469 do CPC). Não existe, então, em relação ao último elemento, maior controvérsia na doutrina e jurisprudência. Ao passo que, na ação direta, o objeto do processo não possui maiores complicações para sua delimitação; ele constitui no dispositivo da lei ou ato normativo (art. 3º da Lei 9.866/99) atacado, ou, ainda, na interpretação decorrente do dispositivo, caso haja uma interpretação em conformidade com a Constituição. Aqui, perde igualmente sentido a análise da inclusão ou não da questão prejudicial nos limites do julgado, porque não se verifica relação de prejudicialidade entre disposições normativas, mesmo que se

⁷⁸⁰ SILVA, *Curso de Processo Civil*. vol. 1: processo de conhecimento. p. 488.

⁷⁸¹ MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*. passim.

⁷⁸² SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*: adaptadas ao novo Código de Processo Civil. vol. 1. p. 61.

⁷⁸³ PRADO, *A ‘res judicata’ no plano das relações interjurisdicionais*. p. 25.

verifique, eventualmente, o esvaziamento de disposição legal dependente⁷⁸⁴. Vê-se, assim, que a única questão que fica em aberto é justamente sobre o que recai a “autoridade” da decisão; mais especificamente, se os fundamentos, ou motivos determinantes, também são incluídos, juntamente com o dispositivo, na regra final do julgamento.

Que o dispositivo da decisão contém a súmula e a regra para o caso concreto, não há discussão⁷⁸⁵. Desse modo, ao ser reconhecida a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, julga o tribunal procedente a ação para declarar, expressamente, a inconstitucionalidade da lei X ou do ato normativo Y⁷⁸⁶. Nesse diapasão, a norma, pela tradição do direito brasileiro, salvo pronunciamento expresse em sentido contrário por dois terços dos membros do Tribunal (art. 27 da Lei 9.868/99), é declarada nula *ipso iure* e *ex tunc*^{787,788}. Além disso, há que se destacar a vinculação às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade “[...] *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*” (art. 102, §2º, da CRFB)⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ Assim, por exemplo, ao legislador se utilizar da técnica da remissão a outro dispositivo, ao se reconhecer a inconstitucionalidade de um, pode acarretar o esvaziamento da norma dependente, mas autônoma. Nesse caso, seria necessária nova intervenção legislativa para complementação de sentido do texto dependente.

⁷⁸⁵ FERNANDES, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC*: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. p. 189.

⁷⁸⁶ Verbia gratia, no julgamento da ADI 3965/MG, constou do dispositivo: “voto no sentido de julgar procedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do art. 26, inc. I, alínea h, da Lei Delegada n. 112/2007 e da expressão ‘e a Defensoria Pública’, constante do art. 10 da Lei Delegada n. 117/2007, ambas do Estado de Minas Gerais”. (ADI 3965, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/2012, Acórdão Eletrônico DJe-065 Divulg 29-03-2012 public 30-03-2012. P. 16).

⁷⁸⁷ “É que atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (RTJ 146/461)”: ADI 1.434-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-8-1996, Plenário, DJ de 22-11-1996. ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 54. Todavia, bem refere Gilmar Mendes, que os constitucionalistas brasileiros não lograram fundamentar tal tese; MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 318. No mesmo sentido é a clássica lição de Lúcio Bittencourt: “[...] *nossos tratadistas não indicam a razão jurídica determinante dêsse efeito amplo. Repetem a doutrina dos escritores americanos e as afirmações dos tribunais, sem buscar-lhes o motivo, a causa ou o fundamento*”; BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 141.

⁷⁸⁸ Vale referir a opinião de Liebman em relação à cessação de eficácia da norma declarada inconstitucional. Para o referido autor a cessação de eficácia da norma consistiria em efeito secundário da declaração da Corte, não consistindo nem em uma anulação ou ab-rogação. Tratar-se-ia de instituto novo criado pelo legislador: LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della corte costituzionale*. p. 417.

⁷⁸⁹ Mais específico é o Art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

O que se verifica hoje é a discussão se, além do dispositivo, também há vinculação em relação aos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) da decisão⁷⁹⁰. Mesmo que a teoria da transcendência dos motivos determinantes não fosse desconhecida, ela ganhou força a partir do precedente da Reclamação 1.987/DF, cujo relator, Ministro Maurício Correa, encampou a tese da transcendência dos motivos determinantes. No caso, discutia-se a constitucionalidade ou não de norma editada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região concernente ao sequestro de verbas. Referida temática já havia sido enfrentada, anteriormente, pelo Supremo e ele havia decidido pela inconstitucionalidade de norma análoga na ADI 1662-SP⁷⁹¹. Assim, tinha-se que a nova norma editada violava a *ratio decidendi* da ADI 1662-SP.

No caso, foi decidido pelo cabimento e procedência da Reclamação, pois a “[...] *questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida na ADI 1662, como, essencialmente, está em confronto com seus motivos determinantes* (fl. 10)”. Em passagem mais a frente (fl. 13), constata-se a preocupação do Ministro Maurício Correa em proteger a autoridade das decisões e as razões de decidir do Supremo Tribunal. Assim, esclareceu-se: “*De observar-se, pois, que esta Corte, atenta à efetividade da prestação jurisdicional e à preservação da autoridade de suas decisões, tem conhecido da medida, não se prendendo a filigranas processuais, como, por exemplo, a eventual exigência de que o ato atacado baseie-se, de forma expressa, na norma legal suspensa. Basta que a decisão judicial impugnada adote, como no caso, solução contrária à adotada pelo STF*”.

Nesse passo, principalmente a doutrina, passou a defender a transcendência dos motivos determinantes e a vinculação dos demais órgãos administrativos e judiciais ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal tanto em sede de Recurso Extraordinário, quanto em ações diretas⁷⁹². Todavia, o que se verificou é que a Reclamação 1.987/DF constituiu

⁷⁹⁰ Noticia-nos Leonardo Martins que controvérsia similar ocorreu na Alemanha. Todavia, segundo ele, também lá não persistiu o entendimento pela inclusão dos motivos determinantes no âmbito da coisa julgada: “Não obstante, tanto a jurisprudência do TCF, quanto a opinião dominante na literatura especializada, admitem a participação, na coisa julgada, de elementos constantes nas razões somente quando estes forem necessários para o esclarecimento do sentido do dispositivo, sobretudo quando neste constar apenas que o pedido foi indeferido de plano ou não” (MARTINS, *Direito processual constitucional alemão*. p. 104).

⁷⁹¹ Rcl 1987, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2003, DJ 21-05-2004 pp-00033 Ement Vol-02152-01 pp-00052.

⁷⁹² PIMENTA, *Limites Subjetivos e Objetivos da Coisa Julgada no Controle Abstrato de Constitucionalidade*. p. 127; MARINONI, Luiz Guilherme. “Eficácia vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes”. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>.

apenas em um precedente isolado, não se tornando jurisprudência⁷⁹³. Vale destacar que, posteriormente, o próprio Supremo Tribunal Federal contrariou a referida decisão, deixando claro a não adoção da teoria dos motivos determinantes. Desse forma, por exemplo, no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 2.475 foi decidido: “*Em recente julgamento, o Plenário do STF rejeitou a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das decisões de ações de controle abstrato de constitucionalidade*”⁷⁹⁴.

Vê-se, destarte, que, os limites objetivos do julgado se restringem aos atos normativos impugnados (ADIn) ou cuja validade é solicitada expresso reconhecimento (ADC). Apenas o dispositivo da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei X ou do ato normativo Y recebe o manto de alguma medida de estabilidade. Também é sobre o dispositivo da decisão que se agrega a vinculatividade, entendida como “*uma qualidade da sentença que vai além das suas eficácias comuns*”⁷⁹⁵. Os motivos ou fundamentos jurídicos utilizados para se chegar à conclusão do julgado – ainda que de maior importância no controle de constitucionalidade, possuem, no estágio atual de desenvolvimento do direito brasileiro, o mesmo tratamento que os fundamentos de um processo ordinário⁷⁹⁶. São importantes para esclarecer o dispositivo, mas, por si só, não trazem nenhuma obrigação para demais órgãos do poder judiciário e administração.

Acesso em: 28 dez. 2012; MARINONI, Luiz Guilherme: “Eficácia vinculante da decisão tomada em recurso extraordinário”. Disponível em: <www.revistadoSTF.com.br>. Acesso em: 28 dez. 2012.

⁷⁹³ TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*. p. 711.

⁷⁹⁴ Rcl 2.475-AgR, julgamento em 2-8-2007. No mesmo sentido: Rcl 2.990-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 16-8-2007, Plenário, DJ de 14-9-2007; Rcl 11.478-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 5-6-2012, Primeira Turma, DJE de 21-6-2012; Rcl 6.204-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-5-2010, Plenário, DJE de 28-5-2010; Rcl 3.014, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 10-3-2010, Plenário, DJE de 21-5-2010.

⁷⁹⁵ ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 52.

⁷⁹⁶ Outro problema que se verifica ao se adotar a teoria da transcendência dos motivos determinantes é estabelecer qual o fundamento determinante. No direito brasileiro, o problema se agrava, dada a tradição de divulgação de todos os votos, em consonância e divergentes. Assim, por exemplo, se o Supremo, em sua composição plenária, julga inconstitucional determinada norma, sendo que um dos Ministros considerou constitucional a norma e os demais declararam a inconstitucionalidade, cinco com base em um fundamento e cinco com base em outro fundamento. Que a norma foi declarada inconstitucional pelo placar de 10 a 1 não há dúvidas, mas qual o fundamento determinante? Haveria dois fundamentos determinantes?

4.4. Eficácia preclusiva no controle por via de ação

A eficácia preclusiva, dentro dos estritos limites objetivos do julgado⁷⁹⁷, possui a função instrumental de garantir a estabilidade da decisão final⁷⁹⁸, de forma que “novos” fatos passados ou pontos de vistas passam a ser irrelevantes para a causa⁷⁹⁹. Todavia, ante as peculiaridades próprias do controle puramente normativo, há sentido em se pensar na eficácia preclusiva da coisa julgada?

Parcela da doutrina não titubeia em afirmar a incidência da eficácia preclusiva em relação aos pronunciamentos do Supremo em sede de controle direto⁸⁰⁰. Ainda que não de modo expresso, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao analisar a Medida Cautelar na ADI nº 1.896⁸⁰¹, indeferiu o pedido reconhecendo a existência de eficácia preclusiva, pois “[...] *norma impugnada na presente Ação já teve sua suspensão cautelar indeferida por esta Corte, na ADI nº 1.754-9-DF*”. Nesse sentido, reconheceu-se, conforme analisado supra, que nos processos de controle direto de constitucionalidade “[...] *seu julgamento independe da ‘causa petendi’ formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, arguição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas diante daqueles focalizados pelo autor*”.

Como ambas as ações, tanto a ADI 1.896, quanto ADI nº 1.754-9, possuíam o mesmo objeto (art. 24 da Lei Federal 9.651/98), mesmo que propostas por legitimados distintos (a primeira foi proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais,

⁷⁹⁷ PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. p. 391.

⁷⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro*. p. 101.

⁷⁹⁹ CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. p. 68-69.

⁸⁰⁰ Nesse sentido, André Dias Fernandes chega ao extremo, e que não pode ser aceito, de afirmar que mesmo constatando-se “[...] mudança no estado de direito existente à época da prolação da sentença, há obstáculo insuperável à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*: a eficácia preclusiva da própria coisa julgada. [...] A mudança na interpretação da norma, quer por evolução judicial, quer por imposição legal (lei interpretativa), esbarra no óbice da eficácia preclusiva da coisa julgada, porquanto a recente interpretação, legal ou jurisdicional, poderia ter sido apresentada no curso da ação e acolhida pelo juiz. Se foi efetivamente deduzida ou não, com o trânsito em julgado, já não tem importância, pois, em qualquer dos dois casos, a eficácia preclusiva da coisa julgada verdará a sua apreciação ou reapreciação, conforme o caso”; FERNANDES, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. p. 183. Ao se seguir tal orientação, ter-se-á não segurança jurídica, mas estagnação interpretativa.

⁸⁰¹ ADI 1896 MC, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 18/02/1999, DJ 28-05-1999 pp-00004 Ement Vol-01952-01 pp-00136.

enquanto a segunda, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), o Supremo entendeu que a questão já havia sido decidida e indeferiu a medida cautelar: “*É de se presumir, então, que, no precedente, ao menos implicitamente, hajam sido considerados quaisquer fundamentos para eventual arguição de inconstitucionalidade, inclusive os apresentados na inicial da presente Ação*”.

Percebe-se, ao menos na decisão citada, que o Supremo considera a eficácia preclusiva do julgado como decorrência lógica da causa de pedir aberta. Desse modo, estabelecido o objeto de julgamento e sendo-lhe possível conhecer de todos os fundamentos existentes, deduzidos ou dedutíveis, não voltará o Tribunal a reexaminar a questão.

Todavia, ao menos no controle de constitucionalidade de forma direta, não parece ser a eficácia preclusiva compatível com o escopo do referido instrumento⁸⁰². Duas razões confirmam tal assertiva: uma primeira de ordem teleológica e, outra, de âmbito técnico.

Primeiramente, ao menos em relação à norma objeto de julgamento, a existência da eficácia preclusiva acarretaria a impossibilidade de alteração de entendimento (*overruling*) por parte do Supremo Tribunal Federal e o desenvolvimento judicial do direito; vale dizer, considerado constitucional determinado ato normativo, não mais poderia o Tribunal reexaminar a questão e julgar, em um segundo momento, inconstitucional a norma sob outro fundamento. Isso implicaria, não na estabilidade e previsibilidade da ordem jurídica, mas na estagnação da mesma.

Veja-se, entretanto, que o mesmo problema não se verificaria quando da declaração de inconstitucionalidade de uma norma; isso porque, uma vez reconhecida a incompatibilidade do ato impugnado com a Carta Maior, ela é excluída do sistema e, por óbvio, não seria novamente objeto de exame⁸⁰³. Vale ressaltar que, mesmo que existam diversas razões para a compatibilidade da norma com a Constituição, basta o reconhecimento de um fundamento para sua impugnação para a declaração de

⁸⁰² Em sentido análogo: MARINONI, *Eficácia vinculante*: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes.

⁸⁰³ Refere Zagrebelsky: “Perchì, mentre la decisione di incostituzionalità è, per così dire, senza ritorno, perché la legge viene eliminata dall’ordinamento né mai potrebbe la Corte né alcun altro riesaminare la decisione, la pronuncia di rigetto in futuro risolvata e neppure che la stessa Corte possa, in una successiva circostanza, dichiarare questa volta l’incostituzionalità delle legge passata una prima volta indenne al suo controllo” (ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*. p. 627).

inconstitucionalidade do dispositivo impugnado. Diferente solução deve ser dada caso outra lei, com idêntico dispositivo já declarado inconstitucional, for editada; nesse caso, não se estaria diante do mesmo objeto, não havendo qualquer óbice para novo enfrentamento da temática.

No caso, ainda que um dos papéis desempenhados pelos tribunais de fecho seja o de garantir a estabilidade do ordenamento, referido benefício deve ceder lugar à necessidade de adaptação do ordenamento jurídico às necessidades da vida. Nesse sentido, vincular o próprio Supremo Tribunal Federal aos seus precedentes significa negar a ele a importante função de desenvolver o direito.

A segunda razão decorre da necessidade de bem distinguir a causa de pedir aberta e eficácia preclusiva e se perceber que não há correlação lógica entre elas. Ninguém ignora que, em princípio, não há questão fática que se controverta no controle de constitucionalidade por via de ação, o que não significa que “alterações fáticas” não signifiquem alteração da *causa petendi*⁸⁰⁴. Nesse diapasão, a causa de pedir é, *verbia gratia*, a incompatibilidade de norma inferior com a norma superior, isto é, causa de pedir estritamente normativa.

Vê-se, assim, que não há muito sentido em se falar em “causa de pedir aberta”, a qual inclui todos os fundamentos, pois, estabelecidos os limites da demanda, o juiz conhece-a, não estando vinculado aos argumentos trazidos pelas partes (*iura novit curia*). Como no controle as questões a serem debatidas serão única e exclusivamente de direito, elas estão inteiramente ao dispor do juízo. Contudo, a possibilidade de conhecer todas as razões jurídicas para a procedência do pedido não quer dizer que os fundamentos não enfrentados foram repelidos. Não há dispositivo similar ao art. 474 do Código de Processo Civil na Lei 9.868/99, a qual regula o processo e julgamento das ações diretas; da mesma forma, a aplicação subsidiária de tal dispositivo nas ações diretas contrariam a própria finalidade das mesmas, pois não é possível que uma norma infraconstitucional impeça, de forma definitiva, a defesa da Constituição⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 363; MARINONI, *Eficácia vinculante*: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes.

⁸⁰⁵ Nesse sentido: “La tesi seconda la quale, in tema di efficacia dei provvedimenti del giudice costituzionale, sarebbero applicabile stesse norme e principii validi per i ‘comuni’ provvedimenti giurisdizionali contenziosi, porterebbe, se condotta ad consequentias, a risultati talmente gravi ed abnormi, da far pensare che gli autori stessi che l’hanno sostenuta sarebbero i primi a rifiutarli” (CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 150)

Dessa forma, constata-se, primeiramente, que não há sentido em se cogitar de eficácia preclusiva quando é reconhecida a inconstitucionalidade de uma norma, haja vista que a mesma é excluída do ordenamento jurídico. À conclusão idêntica chega-se mesmo no caso de declaração de constitucionalidade de norma, pois, conforme leciona Gilmar Mendes, com apoio na doutrina de Bryde: “*Se se considera que o direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e, portanto, que uma lei declarada constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional tem-se de admitir a possibilidade de a questão já decidida poder ser submetida novamente à Corte Constitucional*”⁸⁰⁶.

4.5. Limites subjetivos no controle por via de ação

O art. 102, §2º, da CRFB⁸⁰⁷, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, estabeleceu a chamada eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante em relação às decisões definitivas do Supremo nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade. Por ora, deixa-se de lado o efeito vinculante e se analisa apenas a eficácia a *erga omnes* da decisão final⁸⁰⁸.

Conforme já mencionado, parcela da doutrina entende que os limites subjetivos nada mais são que uma decorrência lógica dos limites objetivos do julgado⁸⁰⁹. Como no controle em abstrato se tem como objeto de análise a norma impugnada, no caso de ação direta de inconstitucionalidade, nada mais natural que a decisão sobre ela atinja todos os eventuais destinatários da norma⁸¹⁰. Assim, “[...] *pode-se afirmar, com segurança entre nós, que a eficácia erga omnes parece ser um atributo das decisões de mérito de*

⁸⁰⁶ MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 363.

⁸⁰⁷ Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁸⁰⁸ A doutrina pontua a dificuldade de esclarecer as diferenças entre o efeito contra todos e a eficácia vinculante; ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 51.

⁸⁰⁹ PUGLIESE, *Giudicato Civile* (diritto vigente). p. 877.

⁸¹⁰ ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 51.

*determinados processo, – especialmente dos chamados processos objetivos – e não qualidade apenas de determinada decisão*⁸¹¹.

Todavia, mesmo em sede de controle de constitucionalidade, também se deve diferenciar a eficácia da sentença (eficácia natural) da coisa julgada, consoante a doutrina de Liebman; vale dizer, a imperatividade *erga omnes* decorrente do art. 102, §2º, da CRFB e da própria natureza do objeto deve ser distinguida de eventual imutabilidade da decisão⁸¹². Isso pode explicar, ainda que não fique claro, porque o Supremo Tribunal Federal e a doutrina mais especializada evitam falar em “*coisa julgada erga omnes*”⁸¹³ e se utilizam das expressões eficácia *erga omnes* ou “*eficácia contra todos*” decorrente da sentença prolatada.

Certo é, entretanto, que se perde o sentido da diferenciação de amplitude entre os limites subjetivos da sentença e os limites subjetivos de eventual coisa julgada, como pode ocorrer nos processos tradicionais, quando reconhecida a inconstitucionalidade da norma. Nessa hipótese, a declaração de nulidade importa a cassação da lei⁸¹⁴, de forma que ela é excluída do ordenamento jurídico. Assim sendo, não é possível mais a sua aplicação e a questão fica definitivamente resolvida. A ninguém é dado desconhecer a inexistência da lei declarada inconstitucional.

O caráter “ab-rogativo” da pronúncia de nulidade da lei por parte do Supremo, no controle por via de ação, deixa sem sentido até a análise da existência ou não da coisa julgada em tais instrumentos de controle. O efeito secundário⁸¹⁵ esvazia de tal forma o objeto que é impossível que, ulteriormente, a questão seja reproposta. Por conseguinte, com a exclusão da norma, a eficácia da decisão atinge a todos, vinculando inclusive o próprio Tribunal em posteriores julgamentos.

⁸¹¹ MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 358. No direito italiano, a eficácia *erga omnes*, diferentemente da orientação alemã e brasileira, é reconhecida apenas no caso de declaração de inconstitucionalidade da norma: PUGLIESE, *Giudicato Civile* (diritto vigente). p. 850; CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. p. 395 e ss; ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*. p. 628; CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. passim.

⁸¹² CARNELUTTI, *Institutiones del precesso civil*. vol. I. p. 136-146; CARNELUTTI, *Bilancio di una polemica*. p. 78; CARNELUTTI, *Efficacia, autorità e imutabilità della sentenza*. passim; CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 155.

⁸¹³ Contra, pela existência de coisa julgada *erga omnes* nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade: FERNANDES, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. p. 162; PIMENTA, *Limites subjetivos e objetivos da coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade*. p. 127.

⁸¹⁴ MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 359.

⁸¹⁵ LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della corte costituzionale*. p. 415.

Já nos casos em que o Tribunal reconhece a constitucionalidade da norma, ou mesmo nas hipóteses de interpretação conforme a Constituição, a distinção entre limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada passa a ter importância teórica e prática. Assim, por exemplo, em se declarando a compatibilidade da norma X com a Carta Maior, “[...] *não se tem mudança qualitativa da situação jurídica*”, pois “[...] *a validade da lei não depende da declaração judicial e a lei vige, após a decisão, tal como vigorava anteriormente*”⁸¹⁶. Nesse compasso, em decorrência da existência, vigência e eficácia, a norma tida por constitucional é apta a incidir sobre os fatos do mundo e ser novamente objeto de questionamento.

A principal característica destacada por Liebman em relação à distinção entre os efeitos naturais da sentença e a coisa julgada fundava-se, justamente, na possibilidade de terceiros insurgirem-se contra a eficácia da sentença proferida *inter alios*⁸¹⁷. Dessa forma, ainda que sujeitos à eficácia natural da sentença, ao levar novamente a questão ao judiciário não lhes é oponível a *exceptio rei iudicata*. É possível, portanto, que o judiciário, ao menos, reexamine a questão. Afasta-se, com isso, a improcedência liminar derivada do *ne bis in idem* decorrente da coisa julgada.

O mesmo pensamento pode ser aplicado ao controle de constitucionalidade por meio de ação? Assim, caso se admita a existência de uma coisa julgada com o mesmo âmbito de incidência que a eficácia da decisão, ou seja, uma coisa julgada *erga omnes*, como decorrência natural dos limites objetivos da decisão, não mais poderia o Tribunal conhecer e reexaminar a questão constitucional controvertida. Isso porque a sentença é eficaz contra todos e, igualmente, imutável. Para se escapar de tal raciocínio, ou se restringe a coisa julgada em relação a determinados sujeitos, enquanto outros estariam à mercê apenas da eficácia natural da mesma, solução que não possui fundamentos jurídicos ou legais para ser defendida, ou se sustenta a inexistência de coisa julgada.

Destarte, a verdadeira questão que deve ser colocada e respondida é anterior aos limites subjetivos da coisa julgada no controle de constitucionalidade. Consiste em saber se há coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de ação e em que sentido esse deve ser entendido, como se verá a seguir.

⁸¹⁶ MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 359.

⁸¹⁷ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 100; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 127. Comentando a doutrina do referido autor; CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. p. 87.

4.6. Coisa julgada no controle de constitucionalidade por via de ação

Evitou-se, propositalmente, até o presente momento, falar em coisa julgada no controle de constitucionalidade no qual o objeto principal (mérito) é a própria questão constitucional. Isso porque se verifica a incompatibilidade, em muitos pontos, entre as decisões proferidas em sede de controle abstrato, dada a característica *sui generis* desse controle, com o instituto da coisa julgada⁸¹⁸.

Se, por um lado, a coisa julgada tem por finalidade o estabelecimento da certeza jurídica por meio da introdução de um ato formal, do outro, o Tribunal encarregado do controle tem por tarefa a proteção da ordem constitucional de forma estável e confiável. Nesse sentido, a partir de uma primeira análise, não se verificaria a incompatibilidade entre a certeza jurídica, advinda da *res iudicata*, com a necessidade de proteção da Constituição. Seriam, mesmo, finalidades que se conjugariam e se harmonizariam, pois uma orientação estável e previsível é antes um dos objetivos visados por todo o ordenamento jurídico, possibilitando que a todos seja possível tomar decisões calculáveis.

Todavia, através de um exame mais detido sobre a inter-relação de tais institutos, constata-se que a certeza jurídica estabelecida pela decisão do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato, que não mais pode ser modificada, traz graves ameaças à própria proteção e ao desenvolvimento da ordem constitucional. Nesse sentido, ainda que a proteção à Constituição deva ser feita de forma a garantir a estabilidade e proteção da confiança dos jurisdicionados, ela não pode implicar em estaticidade do ordenamento. Essa é, justamente, a difícil tarefa, senão impossível, de se conjugar a estabilidade máxima (certeza jurídica) advinda da coisa julgada com o escopo da jurisdição constitucional que, além da proteção da ordem constitucional, inclui o próprio desenvolvimento da mesma.

Ao se buscar subsídios no direito e doutrina estrangeira, vislumbram-se, em linhas gerais, três correntes que englobam as principais ideias. Uma primeira, com mais acento na Alemanha, mas também com alguns poucos representantes na Itália, reconhece a existência de coisa julgada no controle de constitucionalidade, tanto nas ações que

⁸¹⁸ MARTINS, *Direito processual constitucional alemão*. p. 102.

reconhecem a inconstitucionalidade da norma, quanto nas que declaram a sua compatibilidade com o sistema, ou seja, independente do resultado⁸¹⁹. Uma segunda, com defensores principalmente no direito italiano, que prega a existência de coisa julgada *secundum eventum litis*, apenas no caso de pronúncia de nulidade da lei e não quando é reconhecida a sua legitimidade⁸²⁰. Por fim, uma terceira sustenta a inexistência de coisa julgada, independentemente do resultado alcançado⁸²¹.

A disparidade entre as concepções apresentadas nada mais é que um reflexo do complexo fenômeno cultural que o direito representa, pois, consoante Ascarelli, as soluções jurídicas somente são entendidas quando colocadas em seu ambiente⁸²². Elas refletem as diferentes doutrinas dominantes em cada país, bem como a legislação de cada Estado⁸²³. Nesse sentido, o resultado alcançado em cada ordenamento é antes a conjugação de múltiplos fatores, entre eles a ênfase que cada sistema dá à coisa julgada, se para seu aspecto positivo (eficácia), ou se para seu aspecto negativo (imutabilidade). Dessa forma, enquanto no direito alemão, ao mesmo no controle abstrato de constitucionalidade, se verifica-se uma maior preocupação com a vinculação geral advinda da qualidade de força de lei (*Gesetzeskraft*) da decisão do *Bundesverfassungsgericht*, na península a questão

⁸¹⁹ MARTINS, *Direito processual constitucional alemão*. p. 101; MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 369 e ss. CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 136-137.

⁸²⁰ Nesse sentido: “[...] la Corte non dichiara ‘in modo assoluto ed immutabile’ la legittimità costituzionale degli atti o delle disposizioni impugnate, ma semplicemente la non fondatezza della questione sollevata o dell’impugnazione proposta, [...], non impediscono la successiva riproposizione della stessa questione e non precludono alla Corte il potere di prenderla nuovamente in esame”, (CRISAFULLI, Vezio. «Le funzioni della corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, 1966). Bem resume Liebman a problemática no direito italiano e deixa transparecer a sua rejeição quanto à coisa julgada *secundum eventum litis*: “Tuttavia la successiva dottrina non potè seguirlo (Calamandrei) in questa conseguenza: da un lato infatti il testo dell’art. 136 Cost. Conferisce efficacia generale alla sola decisione positiva, che dichiara cioè l’illegittimità di una norma di legge, la quale perchiò ‘cessa di avere efficacia’ (art. 136 Cost.) e nulla dispone per la decisione negativa, che rigetta la questione d’illegittimità; d’altro lato anche ragioni pratiche e politiche non trascurabili inducono a limitare l’efficacia della pronuncia di legittimità alla sola controversia in cui fu sollevata. Perveniamo così al risultato che la decisione della Corte costituzionale debba averre una portata profondamente diversa e un diverso ambito di applicazione, a seconda dell’esito del giudizio. È una grave disarmonia del sistema, che lascia seriamente perplessi anche coloroche ritengono di dover accogliere tali conclusioni (LIEBMAN, *Contenuto ed efficacia delle decisioni della corte costituzionale*. p. 413); ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione*. p. 352. Analisando de forma ampla a questão, no direito brasileiro: CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. p. 336-344.

⁸²¹ CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. passim. PALLIERI, Giorgio Balladore. «Effetti e natura della sentenze della Corte costituzionale». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XX, 1965. p. 164.

⁸²² ASCARELLI, *Premissas ao estudo do direito comparado*. p. 9.

⁸²³ Refere Cappelletti que a questão da eficácia e da imutabilidade é um assunto a ser regulado pelo direito positivo: CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 142.

central se foca no aspecto negativo, ou seja, na impossibilidade de rediscussão da controvérsia constitucional (*ne bis in idem*). Isso pode explicar porque na Itália há uma maior preocupação em se reconhecer a existência da coisa julgada no controle abstrato, enquanto na Alemanha a questão não se coloca. Deve-se, agora, buscar uma resposta para a questão da existência ou não da coisa julgada dentro do contexto do ordenamento brasileiro⁸²⁴.

No âmbito legislativo, não há regulamentação que auxilie a responder a questão. O único dispositivo referente ao assunto é o art. 26 da Lei 9.868/99⁸²⁵, o qual estabelece a irrecorribilidade da decisão e a impossibilidade de ingresso de ação rescisória. Ainda que para a rescisão de um julgado seja necessária a existência de coisa julgada (material), não parece ter o legislador, com tal norma, tomado posição sobre o assunto; visou-se apenas ao estabelecimento de um ponto final para o processo e se impedir o manejo da ação rescisória como sucedâneo recursal. A resposta para o assunto, portanto, deve ser buscada na doutrina e tradição do direito pátrio.

A coisa julgada, no direito brasileiro atual, sem dúvida, tem sua ênfase voltada para seu aspecto negativo, de *ne bi in idem*. Tal concepção decorre, em muito, da doutrina original de Liebman que via na *res iudicata* apenas a qualidade de tornar imutável os efeitos da sentença, sem nada lhes agregar, e o fato de se distinguir a coisa julgada da eficácia ou efeitos da sentença (aspecto positivo)⁸²⁶. Nessa ótica, a grande dificuldade que se verifica é de compatibilizar o caráter geral e abstrato da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à questão constitucional decidida com a impossibilidade de sua rediscussão, própria dos efeitos negativos da coisa julgada.

Consoante já referido, a questão da existência ou não da coisa julgada quando do reconhecimento da ilegitimidade da norma é sem importância prática. Com a cassação

⁸²⁴ Importante destacar que Gilmar Mendes, ao tratar da eficácia *erga omnes* da declaração de constitucionalidade, reconheceu a problemática atinente à coisa julgada, mas não enfrentou a questão: “Independentemente de se considerar a eficácia erga omnes como simples coisa julgada com eficácia geral ou de se entender que se cuida de instituto especial que afasta a incidência da coisa julgada nesses processos especiais, é certo que se cuida de instituto processual específico do controle abstrato de normas e, portanto, que declara a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam também os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir a orientação fixada pelo próprio guardião da Constituição” (MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 362).

⁸²⁵ Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

⁸²⁶ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 45; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 56.

da lei em decorrência da decisão prolatada, ela deixa de fazer parte do ordenamento jurídico e não é mais possível nova incidência da mesma. Da mesma forma, em relação aos fatos passados sobre os quais ela poderia ter incidido, e ainda não houve o esgotamento da situação, seja pela situação da vida, seja por uma decisão judicial (coisa julgada), dada a eficácia geral e o efeito vinculante, todos os juízes eventualmente chamados a julgar um caso em que essa norma seja chamada à baila são obrigados a reconhecer a sua inconstitucionalidade. Ainda, mesmo que o legislador não fique vinculado à decisão do Supremo⁸²⁷, eventual reedição de norma idêntica à já declarada inconstitucional abrirá ensejo à outra ação com outro objeto, não podendo se suscitar a exceção de coisa julgada.

Assim, importância prática e teórica tem a controvérsia em torno de haver ou não a produção da *res iudicata* quando o Tribunal declara a compatibilidade da norma com a Constituição. Isso porque, ao se reconhecer a existência de coisa julgada nessas hipóteses e a depender da extensão e significado que se lhe atribua, converter-se-ia a força de lei (*Gesetzskraft*) decorrente da coisa julgada (art. 468 do CPC) em força de Constituição (*Verfassungskraft*)⁸²⁸.

Nos processos ordinariamente levados ao conhecimento do poder judiciário, a decisão visa a dar uma solução para o caso concreto. Nesse sentido, o valor certeza se sobrepõe à busca pela justiça ou verdade⁸²⁹; busca-se criar, portanto, uma situação jurídica de utilidade prática para as partes sempre tendo em vista o particular⁸³⁰. Em termos de estrutura normativa, a estabilidade incide sobre a conclusão do raciocínio jurídico.

Já nos casos de declaração da constitucionalidade de determinado ato normativo a situação se altera. Aqui, ainda que se alcancem fatos passados, não se busca uma regra para o caso concreto, mas sim se evitar conflitos futuros⁸³¹. O caráter geral e abstrato da decisão em controle abstrato⁸³², que resolve a questão da legitimidade ou não da norma, aproxima-se mais, em muitos casos, a um ato legislativo, que tem por objetivo, precipuamente, a orientar o comportamento futuro, do que uma sentença judicial que

⁸²⁷ Rel 2.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23-2-2005, Plenário, DJ de 20-5-2005.

⁸²⁸ O raciocínio referido para o direito tedesco é perfeitamente aplicável ao ordenamento pátrio: MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 369.

⁸²⁹ CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 143; BARZOTTO, *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. p. 142; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*. p. 907.

⁸³⁰ GIANNINI, *Certeza pubblica*. p. 771.

⁸³¹ CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 143.

⁸³² KELSEN, *A jurisdição constitucional*. p. 263.

resolve um processo contencioso⁸³³. Desse modo, na jurisdição constitucional, não há como a exigência de justiça ceder passo à certeza jurídica⁸³⁴, pois “[...] *a interpretação mais adequada é mais importante do que a estabilidade e a uniformidade decorrentes da continuidade da aplicação de um precedente*”⁸³⁵. Também aqui a questão principal não diz quanto à consequência jurídica, mas a própria premissa maior do raciocínio jurídico, a qual será aplicada a todos os casos análogos.

Isso não quer dizer que não se deva preservar a segurança jurídica do ordenamento. Todavia, a garantia de expectativas legítimas não deve ser feita por meio da estatização de entendimentos, mas através da modulação dos efeitos da decisão, em determinados casos excepcionais⁸³⁶ ou, mesmo, por meio de prévias decisões que sinalizem tal alteração.

Assim, ao se reconhecer em uma oportunidade a constitucionalidade de norma e não mais poder o Tribunal enfrentar a questão, referida norma seria obrigatoriamente utilizada como premissa maior em todos os demais casos de incidência da mesma. Por esse motivo, refere Cappelletti que, dar prevalência ao princípio da imutabilidade do julgado nos casos em que está em jogo a liberdade do homem e a ordem constitucional, estaria em contraste com a vontade fundamental do Estado e com o valor supremo do ordenamento⁸³⁷. E, no mesmo sentido, a sustentar a inexistência de *res iudicata* quando à questão principal é a própria compatibilidade normativa, Pugliese destaca que, em diferentes épocas e lugares, em decorrência de importância primária de valores superiores à exigência de certeza, reconheceu-se a inexistência da coisa julgada⁸³⁸.

Primeiramente, ao se aplicar qualquer das teorias sobre a coisa julgada, aqui analisadas, no controle de constitucionalidade por via de ação, chega-se, praticamente, ao mesmo resultado. Assim, a começar pela teoria liebmaniana, a coisa julgada consistiria na imutabilidade dos efeitos da sentença que é oponível perante todos. Ou seja, uma vez

⁸³³ A questão foi igualmente observada por Luiz Guilherme Marinoni: “É certo que na ação abstrata não existe partes e ainda assim se fala, inclusive no plano normativo, em coisa julgada. Trata-se, porém, de distorção do fenômeno da coisa julgada, que se popularizou por força da sua aceitação perante a comunidade jurídica. Quando primitivamente se concebeu a coisa julgada na ação abstrata, pensou-se, em verdade, em eficácia vinculante limitada ao dispositivo da decisão” (MARINONI, *Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes*).

⁸³⁴ CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 149.

⁸³⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 256.

⁸³⁶ ÁVILA, *Segurança jurídica no direito tributário*. Entre permanência, mudança e realização. p. 618-621.

⁸³⁷ CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 150.

⁸³⁸ PUGLIESE, *Giudicato Civile* (diritto vigente). p. 850.

declarada constitucional determinada norma, todos estariam vinculados à declaração, pois a eficácia advinda de decisão seria imutável. Dessa forma, ainda que não se admita um efeito material à coisa julgada, entendida apenas como uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença, a sua existência, por si só, acarretaria a impossibilidade de alteração do julgado.

A circunstância se torna ainda mais problemática ao se reconhecer a existência de coisa julgada e se explicar os vínculos dela advindos através da teoria que defende a constituição de uma “situação jurídica”, a qual foi adotada no presente trabalho. Isso porque, segundo referida teoria, a coisa julgada produz tanto efeitos de conteúdo formal, quanto materiais, e, dessa forma, se constituiria uma situação jurídica de conteúdo quase-legislativo, ou mesmo quase-constitucional, em decorrência da criação de situação de certeza jurídica em relação à compatibilidade da norma com a Constituição. Vê-se, por conseguinte, que em decorrência do objeto do processo ser puramente normativo, também o seria o conteúdo material da decisão. Vale notar, por conseguinte, que não é possível escapar da estaticidade do objeto do juízo constitucional ao se formar uma situação jurídica de certeza com a constituição da coisa julgada. Frisa-se, por fim, que referida teoria concebe tanto o efeito positivo, da coisa julgada, quanto o efeito negativo, de forma que se teria uma vinculação imutável.

Assim, tem-se que as decisões de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, qualquer que for seu resultado, produzirão a eficácia *erga omnes*, designada por Carnelutti, como imperativa, ou por Liebman, como eficácia natural; todavia, não terão a imutabilidade própria da coisa julgada⁸³⁹.

4.7. Eficácia positiva e negativa no controle de constitucionalidade por via de ação

Ainda que não se tenha concluído pela inexistência de coisa julgada em processos em que a questão constitucional seja o mérito da ação, isso não significa que da sentença não irradiem diferentes efeitos a diferentes sujeitos. Nesse ângulo, interessa-nos o

⁸³⁹ CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 155.

exame desses eventuais efeitos em relação aos demais juízes, ao legislador e ao próprio Supremo Tribunal Federal.

Em relação aos demais juízes do Poder Judiciário, verificar-se uma eficácia positiva decorrente da “eficácia vinculante” (art. 102, §2º, da CRFB). Ela constitui-se em uma força obrigatória geral que se adiciona aos normais efeitos da sentença⁸⁴⁰, de forma que todos os membros do judiciário estão obrigados a seguir a decisão proferida. A fim de garantir a autoridade da decisão do Supremo, no caso de desrespeito ao decidido, é viável o ingresso de reclamação constitucional, diretamente no Supremo⁸⁴¹. Pode-se, ainda, deduzir do efeito vinculante não só o efeito positivo, mas também um negativo, pois quem está obrigado necessariamente a seguir uma determinada orientação (efeito positivo), sob pena de sanção, também não pode controverter a questão (efeito negativo). Tem-se, por conseguinte, que a eficácia vinculante advinda das decisões do Supremo em ações direta de constitucionalidade e inconstitucionalidade apresenta tanto efeito positivo quanto negativo em relação aos demais membros do judiciário.

Já em relação aos membros do Poder Legislativo, diferentemente do controle concreto, a qual a coisa julgada impõe verdadeira barreira no desempenho da função legislativa, não se vislumbra qualquer vinculação à decisão proferida pelo Supremo em sede de ação direta. Assim, por exemplo, se é decidida pela constitucionalidade de determinada norma, não “[...] fica o legislador, igualmente, impedido de alterar ou mesmo revogar a norma em questão”⁸⁴². O mesmo raciocínio se aplica para o caso de cassação da lei, pois não pode o Tribunal impedir a alteração de rumo da sociedade. Uma lei hoje declarada incompatível com a Constituição amanhã pode não o ser⁸⁴³.

O fenômeno mais comum, no direito brasileiro, é o legislador, após a proclamação da inconstitucionalidade de determinada lei, alterar o parâmetro de

⁸⁴⁰ ZAVASCKI, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. p. 52.

⁸⁴¹ Sobre a natureza jurisdicional da reclamação, consulte-se: LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 130-179.

⁸⁴² MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 360. MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 586.

⁸⁴³ Referida questão já foi enfrentada pelo BVerfGG, tendo o seu segundo senado decidido pela impossibilidade de repetição de norma declarada inconstitucional. Leonardo Martins ressalta a problemática em torno do referido entendimento: MARTINS, *Direito processual constitucional alemão*. p. 106. Todavia, esclarecem Gilmar Mendes e Ives Gandra que: “A doutrina tedesca, firma na orientação segundo a qual a eficácia erga omnes – tal como a coisa julgada – abrange exclusivamente a parte dispositiva da decisão, responde negativamente à indagação. Uma nova lei, ainda que de teor idêntico ao do texto normativo declarado inconstitucional, não estaria abrangida pela força de lei” (MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 594).

comparação (Constituição) e reeditar a norma. Tem-se, nesse caso, uma alteração normativa que viabiliza validamente a entrada da norma no sistema. Todavia, podem ocorrer alterações de ordem sociais, políticas ou econômicas que, à míngua de modificação na *Charta Magna*, modifiquem o estágio de desenvolvimento do direito constitucional, tornando compatível norma antes inválida.

De qualquer forma, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu, acertadamente, a inexistência de qualquer vínculo para o legislador. Na decisão do Agravo Regimental na Reclamação 2.617, Relator Ministro Cezar Peluso, decidiu-se que: “A *eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo STF, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão*”⁸⁴⁴.

Por fim, cabe analisar a existência de efeitos negativos e positivos para o próprio Supremo Tribunal Federal. Desde já, deve-se destacar a distinção entre a eficácia *erga omnes* da decisão e o efeito vinculante, institutos afins⁸⁴⁵, mas distintos, bem como a diferença de limites subjetivos que eles apresentam. Assim, indaga-se se há ou não uma autovinculação do Supremo a suas decisões anteriores⁸⁴⁶.

O art. 102, §2º, da CRFB estabelece que a eficácia da decisão é oponível contra todos – e aqui se inclui o próprio Supremo –, mas que o efeito vinculante se verifica “[...] *relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário*”. Já o art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99 prevê que as decisões “[...] *têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal*”. Vê-se, assim, que há divergência no âmbito dos limites subjetivos do efeito vinculante nos dispositivos citados; vale dizer: enquanto a Constituição exclui da vinculação o próprio Supremo Tribunal Federal (autovinculação), a Lei 9.868/99 estende a

⁸⁴⁴ Rcl 2.617-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23-2-2005, Plenário, DJ de 20-5-2005.

⁸⁴⁵ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. p. 596.

⁸⁴⁶ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999. p. 602. Veja-se que no âmbito da Common Law, no qual vige o princípio da eficácia vinculante dos precedentes, é relativamente recente a possibilidade da House of Lords contrariar seus julgados; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 158-160; MELLO, *Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 21.

vinculação a todos os órgãos do Poder Judiciário, o qual se inclui o Supremo Tribunal Federal⁸⁴⁷. Percebe-se, assim, que o legislador infraconstitucional ultrapassou os limites possíveis de sua atuação, devendo ser interpretada a norma do parágrafo único em consonância com o texto constitucional. Assim, ultrapassada a contradição normativa referida supra, o art. 102, §2º, da CRFB é claro ao deixar fora do âmbito da vinculatividade o próprio Supremo Tribunal Federal⁸⁴⁸. E, ainda, conforme refere doutrina de escol, “[...] *é de se excluir uma autovinculação do STF aos fundamentos determinantes de uma decisão anterior, pois isto poderia significar uma renúncia ao desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional*”⁸⁴⁹.

Conclui-se, por conseguinte, que as decisões em sede de controle de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, de um lado, estabelecem um vínculo reforçado aos demais membros do judiciário, tanto impedindo de reapreciar a questão, quanto impondo o entendimento adotado, e, por outro lado, não implicam barreiras à atividade legislativa e do próprio Tribunal prolator da decisão.

4.8. Superação do precedente no controle de constitucionalidade por via de ação

A partir da finalidade da coisa julgada, buscou-se explicar os vínculos dela advindos através de uma teoria que a compreende enquanto “situação jurídica”. E, nesse sentido, aplicando-se tal conceito ao controle de constitucionalidade por via de ação, dados os inconvenientes práticos e jurídicos referidos anteriormente, conclui-se pela inexistência da *res iudicata* nesse peculiar tipo de processo. Resta, por fim, analisar de que forma é possível levar novamente a questão da validade da norma já declarada constitucional ao Tribunal e, em que hipóteses, vislumbra-se admissível a superação do entendimento anterior (*overruling*).

⁸⁴⁷ Contra, entendendo que há correspondência entre a disposição constitucional e legal: MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 602.

⁸⁴⁸ Contra, entendendo pela vinculação do próprio STF: “Destarte, o próprio STF encontra-se vinculado às suas decisões precedentes nos processos objetivos que tenha produzido coisa julgada erga omnes” (FERNANDES, *Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes*. p. 200).

⁸⁴⁹ MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 602.

Em relação à forma de levar novamente a questão constitucional ao Supremo Tribunal, não há maiores dificuldades para se encontrar uma solução satisfatória. Diariamente, os juízes e Tribunais brasileiros debatem e redebatem as mesmas questões uma infinidade de vezes. Isso ocorre porque são propostas diferentes ações com o mesmo fundamento jurídico e, não raras vezes, após inúmeras decisões em um determinado sentido, o julgador, reanalizando a questão, passa a julgar de forma diametralmente oposta. Como inexistente coisa julgada em relação ao exame de compatibilidade da lei ou ato normativo com a Constituição, é possível levar a mesma questão ao Supremo Tribunal por meio de nova ação direta. Outra alternativa não se mostra lícita, pois o art. 26 da Lei 9.868/99 veda a interposição de recurso da decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, excetuada a interposição de embargos de declaração, ou o ingresso de ação rescisória.

No que diz respeito ao segundo problema, como o exame de constitucionalidade é uma aferição relacional⁸⁵⁰, a mudança de posição do Tribunal Constitucional pode decorrer de três alterações distintas. Em uma primeira hipótese, em decorrência de alterações socioculturais, pode-se ter modificado o conteúdo da norma impugnada (objeto de controle). Nesse sentido, a norma que possuía sentido “a”, compatível com a norma constitucional “A”, passa a significar “a+b”. Referida alteração torna não mais compatível o objeto de comparação (a+b) e parâmetro de controle (A).

Pode-se ter, também, o fenômeno inverso. Nesse caso, a norma infraconstitucional mantém seu significado original “a”, todavia, é a Constituição que passa a possuir outro conteúdo, de “A” para “A+B”, por exemplo. Aqui, em decorrência da mutação constitucional, passa-se a exigir um *plus* do objeto de comparação, o qual não é atendido pelo conteúdo original.

Por fim, pode a alteração se dar em relação ao controle propriamente dito que, no fundo, consiste em um exame de proporcionalidade⁸⁵¹. Da mesma forma que um controle de qualidade de frutas, o qual está sujeito a diferentes níveis de classificação, também o exame de validade da norma pode verificar diferentes graus de exigência. Assim, ao se comparar, em um primeiro momento, sob determinado grau de exigência

⁸⁵⁰ MAURER, *A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal*. p. 173-174.

⁸⁵¹ Em certo sentido, a alteração no “grau de exigência do controle” pode ser enquadrada como uma espécie do tipo “alteração do parâmetro de controle”; todavia, a fim de bem evidenciar essa possibilidade, preferiu-se enfrentá-la enquanto fenômeno distinto.

(controle fraco), a compatibilidade entre o ato normativo “a” com a norma constitucional “A”, tem-se a compatibilidade entre os dispositivos. Entretanto, pode ocorrer que, em outro momento, a mesma norma “a” não seja mais compatível com a norma constitucional “A”, não porque houve alteração do conteúdo do objeto de controle ou do parâmetro de controle, mas sim em virtude da substituição de grau de exigência da compatibilidade fraco para forte (controle forte). Assim, no nosso exemplo, ter-se-ia substituído o empregado encarregado da seleção das frutas para um mais criterioso. Nesse sentido, a invalidade que antes era tolerada pelo critério fraco, passa a ser considerada inconstitucional pelo novo critério (controle forte). Por conseguinte, a fim de desempenhar corretamente a sua função de guarda da Constituição, deve o Tribunal poder desenvolver os três elementos da comparação.

Caso se considere que há coisa julgada em relação à questão constitucional, conforme orientação do direito tedesco, isso obstaria, *a priori*, a submissão da questão ao Tribunal constitucional. Para evitar a inamovibilidade do sistema, entretanto, a doutrina alemã aceita a colocação do problema novamente, para averiguação, apenas se preenchidos determinados requisitos⁸⁵². Assim, para não fugir às concepções processuais tradicionais, principalmente referentes à coisa julgada, permitiu-se a propositura de nova demanda, desde que haja alteração da *causa petendi*, o que significa que houve uma alteração fática ou normativa relevante em relação ao momento da decisão anterior, de forma que não mais estaria vinculado o Tribunal à decisão anterior. Isso impediria de se chamar à baixa a *exceptio rei judicata*, pois, conforme refere Liebman, a coisa julgada está assentada sob a cláusula *rebus sic stantibus*⁸⁵³, a qual engloba tanto alterações fáticas quanto jurídicas⁸⁵⁴.

O grande empecilho, em tal forma de enfrentar o problema, é que a principal questão a ser debatida não será o próprio mérito da questão constitucional, mas sim a questão processual anterior. Nesse sentido, terá o Tribunal de, primeiramente, decidir se está diante de uma alteração da situação fática-normativa de modo a configurar uma nova ação, pois, caso se constate que referida mudança não ocorreu, o processo deve ser extinto de imediato em decorrência de coisa julgada anterior. Em muitos casos, possivelmente será

⁸⁵² MENDES, *Jurisdição constitucional*. p. 362; MENDES; MARTINS, *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. p. 590; MARTINS, *Direito processual constitucional alemão*. p. 106.

⁸⁵³ LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*. p. 19; *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. p. 44.

⁸⁵⁴ Cappelletti nega a própria existência de uma coisa julgada *rebus sic stantibus* nessas hipóteses: CAPPELLETTI, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*. p. 165.

mais controvertida a própria questão processual do que o mérito da ação. Apenas depois de ultrapassada a questão de conhecimento, poderá o Tribunal julgar o mérito, vale dizer, analisar se houve uma das três “mutações” – alteração do objeto de comparação, do parâmetro de controle e do grau de exigência do controle – necessárias para que o Tribunal passe a considerar nula uma lei antes declarada constitucional. Importante frisar que o reconhecimento de alteração da causa de pedir em decorrência de alterações fático-jurídicas não implica, por si só, a procedência da ação. Isso, pois mesmo presentes tais mudanças, ainda assim a norma pode ser compatível com os dispositivos constitucionais.

Porquanto, ao se possibilitar a propositura de novas demandas, independentemente da constatação de mudanças fático-jurídicas relevantes, permite-se de forma mais fácil a reapreciação da questão e o desenvolvimento constitucional. O lado negativo consistiria na possibilidade de abuso da sua utilização, com propositura de ações com intuito exclusivamente político e infundadas⁸⁵⁵. Nessas hipóteses, poderá o relator liminarmente indeferir a petição inicial (art. 4º da Lei 9.868/99), decisão essa que pode ser objeto de agravo⁸⁵⁶. Ainda assim, é preferível que o Tribunal declare em mais de uma oportunidade a constitucionalidade de determinada norma ou ato normativo, ao ver excluída ou dificultada a análise da questão, pois mesmo nessas hipóteses muitas questões serão esclarecidas e definidas⁸⁵⁷.

5. CONCLUSÕES

Conforme visto no decorrer do capítulo, o processo constitucional e, dentro dele, todas as questões técnicas-processuais propriamente ditas, ganharam em importância com a sua eleição, pela maioria dos países, como principal instrumento de tutela da Constituição⁸⁵⁸. Como a premência de proteção da Constituição é uma questão

⁸⁵⁵ CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*. p. 384.

⁸⁵⁶ Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

⁸⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. «La ‘giurisdizione costituzionale delle libertà’ al convegno dei processualisti tedeschi». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXIII, 1968. p. 329.

⁸⁵⁸ Indaga-se o mestre italiano qual o fundamento comum que levou a quase totalidade de países a adotar algum tipo de controle judicial das leis: “Il quesito può essere così formulato: c’è – e, se c’è quale è – una base comune, una comune ragione d’essere del fatto che tanti Paesi del mondo contemporaneo sono

relativamente recente, a doutrina e mesmo a jurisprudência encontram dificuldades de adaptação e compatibilidade do controle de constitucionalidade, dada sua função e estrutura, com institutos jurídicos, com configurações próprias e arraigadas na cultura jurídica. A harmonização entre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade, ao menos em uma das suas modalidades, dada a estrutura que cada um possui e a função que são chamados a desempenhar, mostra-se problemática.

Em relação à espécie de controle judicial por via de exceção, como a própria questão constitucional não é o assunto central da ação, não se constatou qualquer incompatibilidade com a coisa julgada. Isso porque, no fundo, o que se decide não é sobre a constitucionalidade ou não da norma propriamente, mas o caso concreto levado ao Poder Judiciário. Ainda no atinente ao controle difuso, verificou-se uma tendência de desprestígio do aspecto da certeza nas relações em prol da efetividade e proteção da Constituição. Nesse sentido, a divergência na interpretação do texto constitucional e, mesmo a mudança de orientação, passaram a ser causas para a impugnação da coisa julgada, seja pela sua desconsideração (art. 475-L, §1º, e art. 741, parágrafo único, ambos do CPC), seja pela propositura de ação rescisória (art. 485, V, do CPC).

Já em relação à outra modalidade de controle, por via de ação, concluiu-se pela sua incompatibilidade com a coisa julgada, por qualquer das teorias analisadas, seja a libmaniana, da coisa julgada enquanto qualidade, seja da *res iudicata* enquanto situação jurídica. Tal consequência decorreu das peculiares características que envolvem o processo e a decisão na ação direta e do papel que o Supremo Tribunal Federal é chamado a desempenhar na ordem constitucional brasileira. Como visto, a necessidade de desenvolvimento da ordem constitucional pela contínua interpretação da própria Constituição encontram fortes barreiras na coisa julgada e na impossibilidade de re colocação do problema constitucional para análise e reflexão.

stati indotti ad adottare un qualche sistema di judicial review?"; CAPPELLETTI. *Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo*. p. 497.

III. CONCLUSÃO

O presente trabalho visou a analisar a coisa julgada, instituto clássico da tradição ocidental, e sua compatibilidade com o controle de constitucionalidade das normas no direito brasileiro. Dada a amplitude do tema e profusão de escritos na doutrina brasileira e estrangeira, antes que o esgotamento da bibliografia, buscou-se apontar as contradições existentes na doutrina e, dentro do possível, esboçar respostas para as mesmas.

Assim, ao se abordar, primeiro, os aspectos relacionados à coisa julgada, destacam-se as seguintes conclusões:

1. O processo, ainda que seja estruturado de forma a alcançar a verdade, fenomenologicamente, não pode dar mais que uma certeza. Nesse sentido, a certeza jurídica é alcançada pela introdução de um ato formal que estabelece uma situação de utilidade prática para as partes. A esse fenômeno se convencionou chamar de coisa julgada.

2. Todavia, como é próprio dos fenômenos culturais, ao longo da história, presenciou-se à variação do conceito de coisa julgada acompanhando a alteração dos valores dominantes em cada momento.

3. A doutrina e legislação brasileira, de uma forma geral, sempre refletiram as concepções mais atuais em relação à coisa julgada desenvolvidas na Europa.

4. Entre os múltiplos pontos de divergência na doutrina em relação ao tema, o único acordo diz respeito à função da coisa julgada, a imposição de um fim ao litígio e estabelecimento de certeza jurídica sobre a relação decidida. Nesse sentido, o grande problema consiste em explicar a estrutura e os vínculos que decorrem da coisa julgada.

5. Entre as principais influências para a elaboração da legislação e doutrina sobre o assunto, destacaram-se as figuras de Enrico Tullio Liebman e Francesco Carnelutti. O último via na coisa julgada tanto uma faceta positiva (autoridade), quanto um lado negativo (imutabilidade). O primeiro, por sua vez, concebia a coisa julgada enquanto uma qualidade que se agregava aos efeitos da sentença, tornando-os imutáveis, não lhe atribuindo qualquer efeito positivo.

6. Segundo opinião ainda dominante, o legislador brasileiro, ao regular tal instituto, adotou a teoria de Liebman em relação à coisa julgada. Todavia, a interpretação dos dispositivos do Código de Processo Civil dificilmente permite chegar a tal conclusão.

7. A distinção tradicionalmente empreendida entre coisa julgada formal e coisa julgada material não encontra fundamento lógico ao se conceber a coisa julgada enquanto qualidade da sentença. Nenhum dos critérios utilizados para justificar a distinção se mostrou adequado, concluindo-se pela unidade do conceito. Nesse sentido, ou se adota uma teoria que admite a existência de duas modalidades de efeitos (positivo e negativo), ou se abandona a distinção.

8. A concepção de Liebman sobre a coisa julgada, como uma qualidade incolor que nada agrega à sentença, pode ser considerada como uma teoria restritiva da coisa julgada. A concepção original do mestre italiana, ainda que implicasse a diminuição de importância do instituto, era correta do ponto de vista lógico. Posteriormente, ao precisar justificar um “algo a mais” e admitir a existência de um elemento positivo, Liebman acaba atacando o cerne de sua teoria.

9. A única forma de explicar satisfatoriamente o vínculo positivo da coisa julgada é atribuindo-lhe verdadeiro conteúdo. Assim, conclui-se, consoante Barbosa Moreira, que a coisa julgada estabelece uma situação jurídica entre as partes, de forma que não deixa de ser relevante (eficácia preclusiva) a correspondência da situação do mundo dos fatos, com a estabelecida no mundo jurídico.

Cumprida essa primeira etapa de estabelecimento de premissas, buscou-se averiguar a sua compatibilidade com o controle de constitucionalidade. Assim, depois de se referir, brevemente, a evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro e o papel e função que o Supremo Tribunal Federal possui na ordem constitucional brasileira, constatou-se:

10. O controle de constitucionalidade por meio de exceção é perfeitamente acorde com a estrutura e função da coisa julgada. Como o objeto do processo em referidas ações não constitui a questão constitucional, o estabelecimento da situação de certeza jurídica diz quanto ao direito afirmado em juízo, e não à questão constitucional propriamente dita.

11. A questão constitucional incidentalmente conhecida é irrelevante para a identificação da demanda, não estando ela alcançada pela imutabilidade da coisa julgada. Assim, como consequência dos limites objetivos, os limites subjetivos da coisa julgada no controle de constitucionalidade também não trazem qualquer aspecto de destaque.

12. A questão constitucional também é abarcada pela eficácia preclusiva da coisa julgada, pois, por se tratar de questão de direito, poderia o juiz, no momento da decisão, tê-la conhecido. Todavia, se verifica hoje uma tendência pela supervalorização do elemento constitucional, de forma a possibilitar a reabertura do caso sob o fundamento da máxima proteção à Constituição. Assim, quando a decisão de mérito transitada em julgada contraria o entendimento do Supremo Tribunal Federal, constata-se a tendência à relativização⁸⁵⁹ da coisa julgada pelo seu simples afastamento (art. 475-L, §1º, e art. 741, parágrafo único, ambos do CPC) ou pela ampliação de hipótese específica de cabimento da ação rescisória (art. 485, V, do CPC).

13. A coisa julgada implica para o juiz, por um lado, a impossibilidade de conhecer idêntica ação (efeito negativo) e, por outro, a obrigação de colocar como premissa necessária de seu raciocínio a situação jurídica estabelecida pela coisa julgada quando, em juízo posterior, se discute relação jurídica dependente.

14. Para o legislador, a coisa julgada impede que ele tente regulamentar, seja através de norma geral e abstrata, seja por meio de norma específica e concreta, a situação decidida definitivamente. Não se verifica, contudo, qualquer vínculo para o futuro, podendo o legislador desempenhar sua função sem qualquer obstáculo.

15. Como a questão constitucional não é incluída nos limites objetivos da coisa julgada, ela não cria qualquer vínculo, seja para o juiz, seja para o legislador.

16. As características próprias apresentadas pelo controle de constitucionalidade por via de ação, dada a natureza jurídica-política de suas decisões, trazem grandes dificuldades de harmonização com institutos processuais criados e desenvolvidos para processos contenciosos.

17. Em referidos processos, a questão central (mérito) consiste na própria lei ou ato normativo cuja (in)constitucionalidade se pretende seja declarada. Nesse sentido, o objeto do processo é a afirmação de (in)compatibilidade de lei ou ato normativo com a Constituição. Assim, tal aferição é feita de forma desvinculada com situações fáticas, ou seja, de forma totalmente em abstrato, e a conclusão diz respeito ao conteúdo normativo do ato impugnado.

18. Os limites objetivos da decisão em ação direta se restringem ao dispositivo da decisão. Ainda que o Supremo Tribunal possua precedentes, incluindo os fundamentos

⁸⁵⁹ O termo relativização é empregado aqui no sentido defendido por Barbosa Moreira: BARBOSA MOREIRA, *Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material*. p. 236.

determinantes nos limites objetivos da decisão, é assente em sua jurisprudência atual a não adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

19. Em relação aos limites subjetivos, a decisão proferida pelo Supremo alcança todos os destinatários da norma. A Constituição Federal, ainda, previu expressamente que a decisão é eficaz contra todos e vinculante em relação aos demais membros do Poder Judicial e administração pública, direta e indireta, dos entes federados (art. 102, §2º, da CRFB).

20. Enquanto perde importância prática a indagação da existência ou não da coisa julgada quando a lei é declarada incompatível com a Constituição, pois ela é excluída do sistema, referida questão ganha em importância quando a decisão confirma a constitucionalidade da norma.

21. Haja vista que o Supremo Tribunal Federal possui como tarefa, não só a guarda, mas igualmente o desenvolvimento da ordem constitucional, uma vez declarada a constitucionalidade da norma, deve ser possível que ele reexamine a questão já decidida. Assim, mostra-se incompatível com tal papel a certeza jurídica advinda com a situação jurídica de certeza trazida com a coisa julgada. Isso porque, como a questão principal é estritamente normativa, a coisa julgada implicaria na imutabilidade de determinada interpretação.

22. Assim, a decisão em sede de controle de constitucionalidade por via de ação é imperativa, mas não imutável.

23. Como não é possível a interposição de recurso contra a decisão ou manejo de ação rescisória, a questão constitucional pode ser novamente levada à apreciação do Supremo por meio de nova ação.

Entre todas as conclusões referidas acima, a única realmente verdadeira é a que segue. Conforme refere Wittgenstein, “[...] *estou consciente que acabei muito longe do possível; simplesmente porque minhas forças são insuficientes para cumprir a tarefa. Talvez outros venham e façam melhor*”⁸⁶⁰.

⁸⁶⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Transl. by C.K. Ogden. New York: Routledge, 2005 p. 29.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLORIO, Enrico. *La cosa giudicata rispetto ao terzi - ristampa*. Milano: Giuffrè, 1993.
- _____. «Natura della cosa giudicata». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, p. 215-252, 1935.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. «A garantia do contraditório». In: *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227-243.
- _____. «O problema da eficácia da sentença». *Genesis: Revista de direito processual civil*, Curitiba, n. 29, p. 437-449, jan./abril 1996.
- _____. «O juiz e o princípio do contraditório». *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, p. 308-318, nov. 1993.
- _____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: volume 1: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.
- AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil Brasileiro*. 1º Volume. Arts. 1 a 290. São Paulo: Saraiva, 1940.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. «Conexão e 'tríplice identidade'». *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, p. 72-80, jul. 1983.
- ASCARELLI, Tullio. «La funzione del diritto comparato». In: *Studi di diritto comparato e in tema de interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 41-54.
- _____. «Premissas ao estudo do direito comparado». In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. 2. ed. com prefácio do Prof. Dr. Waldemar Ferreira. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 1-44.
- _____. «Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. 12. p. 351-364, 1957.
- ASSIS, Araken de. «Eficácia da coisa julgada inconstitucional». *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 4. p. 9-28, jul. 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica no Direito Tributário: entre permanência, mudança e realização*. São Paulo: Tese de Titularidade, 2009.
- _____. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Origem e introdução da apelação no direito lusitano*. São Paulo: FIEO, 1976.
- BARBI, Celso Agrícola. «Evolução do contrôl da constitucionalidade das leis no Brasil». *Revista de Direito Público*, ano I. v. 4. p. 34-43, abr./jun. 1968.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. «A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro». In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 97-109.

_____. «Ainda e sempre a coisa julgada». In: *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p. 133-146.

_____. «Coisa julgada e declaração». In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 81-89.

_____. «Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material». In: *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 235-265.

_____. «Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema». In: *Temas de direito processual* (quarta série). São Paulo: Saraiva, 1989. p. 175-182.

_____. «Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada». In: *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984. p. 99-113.

_____. «Il progetto Carnelutti e il codice di procedura civile brasiliano». In: *Temas de direito processual* (quinta série). São Paulo: Saraiva, 1994. p. 201-215.

_____. «La definizione di cosa giudicata sostanziale nel codice di procedura civile brasiliano». In: *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 211-219

_____. «Notas sobre o problema da "efetividade" do processo». In: *Temas de direito processual civil*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. XX.

_____. «Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil.» In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 90-96.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro, 1967.

_____. «Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema». *Revista de Processo*, São Paulo, p. 7-12, out./dez. 1985.

_____. «Correlação entre o pedido e sentença». *Revista de Processo*, São Paulo, n. 83. p. 207-215, jul./set. 1996.

_____. «Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade». *Revista de Processo*, São Paulo, p. 139-151, nov. 2006.

BARBOSA, Ruy. *Os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Capital Federal: Companhia Impressora, 1893.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

_____. *Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BETTI, Emilio. Bibliografia. *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, p. 70-75, 1928.

_____. «Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio». *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, p. 544-561, 1929.

_____. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1971.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. Atualizada por José Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

_____. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico, terza edizione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. «A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro». *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, São Paulo, v. 55, p. 32-77, 1955.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. «O direito subsidiário na história di direito português». *Revista da consultoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]* (Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul), v. 4, n. 10, p. 11-149, 1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 nov. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, 2: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *O poder público em juízo* – 5. ed. rev., atual., ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUSNELLI, Franceso Donato. «Considerazione sul significato e sulla natura della cosa giudicata». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civil*, Milano, p. 1317-1360, 1961.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CABRAL, Antônio do Passo. «O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas». *Revista de Processo*, São Paulo p. 123-146, maio 2007.

CALAMANDREI, Piero. «La Cassazione Civile Vol I». In: *Opere Giuridiche*. Vol. sesto. Napoli: Morano Editore, 1976.

_____. «La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile». In: *Opere giuridiche volume terzo*, Napoli: Morano, 1968. p. 347-412.

_____. «La distrazione dei giudici come motivo di nullità delle sentenza». In: *Opere Giuridiche Volume Ottavo*. Napoli: Morano Editore, 1979. p. 499-500.

_____. «La sentenza civile come mezzo di prova». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, p. 108-129, 1938.

_____. «La sentenza soggettivamente complessa». In: *Opere giuridiche*. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1965. p. 106-144.

_____. «La teoria dell'"error in iudicando" nel diritto italiano intermedio». In: *Opere Giuridiche Volume Ottavo*. Napoli: Morano Editore, 1979. p. 147-244.

_____. «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova. p. 3-22, 1928.

_____. «Il giudice e lo storico». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova. v. XVI, p. 105-128, 1939.

_____. «Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti». *Rivista di diritto processuale*, Padova. p. 89-98, 1928.

_____. «Processo e giustizia». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova. v. V, p. 273-290, 1950.

_____. «Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente». In: *Opere Giuridiche*, Volume Ottavo. Napoli: Morano Editore, 1979. p. 515-529.

_____. «Sulla distinzione tra "error in iudicando" ed "error in procedendo"». In: *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1979. p. 285-299.

_____. «Vizi della sentenza e mezzi di gravame». In: *Opere Giuridiche*, Volume Otavvo. Napoli: Morano Editore, 1979. p. 245-284.

CALASSO, Francesco. *Medio evol del diritto*. vol. I. Le fonti. Milano: Giuffrè, 1954.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CAPOGRASSI, Giuseppe. «Giudizio processo scienza verità». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. V, Parte I, p. 1-22, 1950.

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direiro comparado*. 2. ed. reimpressão. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

_____. «Alcuni precedenti storici del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, p. 52-68, 1966.

_____. «Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel mondo contemporaneo». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXIII, p. 483-500, 1968.

_____. «Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XI - Parte I, p. 135-166, 1956.

_____. «La 'giurisdizione costituzionale delle libertà' al convegno dei processualisti tedeschi». In: *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXIII, p. 328-329, 1968.

_____.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del precesso civil*. vol. I. Trad. de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America. 1959.

_____. «Bilancio di una polemica». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, p. 78-82, 1937.

_____. «Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, p. 205-214, 1935.

_____. «La certezza del diritto». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, p. 81-91, 1943.

_____. «Verità, Dubbio, Certezza». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 4-9, jan./mar. 1965.

_____. «Verità, dubbio, certezza». *Rivista di diritto procesuale*, Padova, p. 5-9, 1965.

_____. «Efficacia, autorità e imutabilità della sentenza». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, v. I, p. 205-214, 1935.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. “Coisa julgada e controle incidental de constitucionalidade”. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro, p. 151-168, maio/ago. 2010.

CASTRO, Leonardo Prieto. «El cambio del punto de vista juridico». *Revista de derecho procesal*, p. 251-263, 1956.

CAVALLONE, Bruno. «Riflessioni sulla cultura della prova». *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, p. 947-983, jul./set. 2008.

_____. «In difesa della Veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 1-26, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. «Cosa giudicata e competenza». In: *Saggi di diritto processuale civile volume secondo*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 411-423.

_____. «Cosa giudicata e preclusione». In: *Saggi di diritto processuale civile*. Volume terzo. Milano: Giuffrè, 1993. p. 231-283.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol I. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. II. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1969.

_____. «Las formas en la defensa judicial del derecho». In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. v. II., di Giuseppe Chiovenda. Buenos Aires: Ediciones jurídicas europa-américa, 1949. p. 123-154.

_____. «L'idea romana nel processo civile». In: *Saggi di diritto processuale civile* – volume terzo. Milano: Giuffrè, 1993. p. 77-94.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Cada Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

_____. «Sulla cosa giudicata». In: *Saggi di diritto processuale civile* – secondo volume. Milano: Giuffrè, 1993. p. 399-409.

_____. «Identificazione delle azioni. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petita partium'». In: *Saggi di diritto processuale civile* – volume primo. Milano: Giuffrè, 1993. p. 157-177.

_____. «Romanismo y germanismo en el proceso civil». In: *Ensayos de derecho procesal civil*, di Giuseppe Chiovenda. Buenos Aires: E.J.E.A, 1949. p. 301-349.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV: arts. 332 a 475. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

COGLIOLO, Pietro. *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*. Torino: Fratelli Bocca, 1883.

CONSO, Giovanni. «La certezza del diritto: ieri, oggi, domani». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XXV, p. 547-559, 1970.

CORDEIRO, Antônio Menezes. «Os dilemas na ciência do direito no final do século XX». In: *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* – 4. ed. Tradução de Menezes Cordeiro, di Claus-Wilhelm Canaris, IX-LXII. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. Edição revista, aumentada e atualizada. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação de sentença*. São Paulo: Ícone, 1995.

COTTA, Sergio. «Certezza di essere nel diritto». In: *La certezza del diritto: Un valore a ritrovare*. Firenze, 2 - 3 ottobre 1992. Milano: Giuffrè, 1993. p. 77-89.

COUTO E SILVA, Clóvis do. «Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otta Karlowa e Oskar Bülow)». *Revista de Processo*, São Paulo, p. 237-270, jan./mar. 1985.

CRISAFULLI, Vezio. «Le funzioni della corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, p. 207-232, 1966.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada*. São Paulo: revista dos tribunais, 2006.

_____. AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. «O conceito de mérito em processo civil». In: *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I – 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 299-348.

_____. «Liebman e a cultura processual brasileira». *Revista de Processo*, São Paulo, p. 259-284, jan. 2005.

DENTI, Vittorio. «La corte costituzionale e la collegialità della motivazione». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XVI, p. 434- 438, 1961.

DITTRICH, Lotario. «La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 108-125, jan./fev. 2011.

DONOSO, Denis. «Aspectos processuais no Controle Concentrado de Constitucionalidade. Coisa julgada. Objeto, Legitimidade, Efeitos da Medida Cautelar. Aproximação dos Sistemas de Controle Difuso e Concentrado». *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 60, p. 9-27, mar. 2008.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada: fundamento Jurídico e Extensão aos Terceiros*. Rio de Janeiro, 1936.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. «Réu revel não citado: "querela nullitatis" e ação rescisória». *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, p. 7-32, mar. 1988.

FALZEA, Angelo. «Accertamento (Teoria generale)». In: *Enciclopedia del Diritto*. Vol. I. Milano: Giuffrè. 1958. p. 205-219.

FAZZALARI, Elio. «Il cammino della sentenza e della 'cosa giudicata'». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 590-597, 1988.

_____. «Cosa giudicata e convalida di sfratto». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano. p. 1304-1330, 1956.

FERRI, Corrado. «Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata». *Rivista di diritto processuale*, Padova, Anno XXI (Serie II), n. 3, p. 419-441, jul./set. 1966.

FILHO, Willis Santiago Gerra. «Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico». *Revista de Processo*, São Paulo, p. 244-249, abr./jun. 1990.

FINA, Silvio di. «Il controllo sulla legislazione». *Rivista di diritto processuale*, Padova, v. XVI, n. 2, p. 211-239, abr./jun. 1961.

_____. «Il controllo sulla legislazione». *Rivista di Diritto Processuale*, p. 40-71, Padova, v. XVI, n. 1, jan./mar. 1961.

FRATE, Paolo Alvazzi Del. «Aux origines du référé législatif: interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances». Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/254477/Refere-legislatif-cahiers1789>>. Acesso em: 30 out. 2010.

FREITAS, Leonardo E. Silva de Almendra. «Aspectos do mandado de segurança preventivo em matéria tributária: diferenciação do ataque a lei em tese e outras especificidades». *Revista tributária e de finanças públicas*, São Paulo, p. 161-174, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. «O que é a verdade?» In: *Verdade e Método II: complementos e índice* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 57-71

_____. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2007.

GAGARIN, Michael. *Early Greek law*. Los Angeles: University of California Press, 1989.

GARBAGNATI, Edoardo. «Efficacia nel tempo della decisione di accoglimento della corte costituzionale». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 203-235, abr./jun. 1974.

GIANNINI, Massimo Severo. «Certeza pública». In: *Enciclopedia del diritto* Vol. VI. Milano: Giuffrè Editore, 1956. p. 769-791.

GIUDICEANDREA, Nicola. «Verbete Impugnazioni (diritto processuale civile)» In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VIII, di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1968. p. 385-407.

GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. «O direito posto e o direito pressuposto». In: *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43-83.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume II: processo de conhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. «L'insegnamento di Enrico Tullio Liebman in Brasile». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 704-708, 1986.

GUASP, Jaime. «La pretesa processualae». *Jus - rivista di scienze giuridiche*, Milano, p. 463-491, 1951.

HART, Herbert. L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no Direito Comparado*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*. Padova: CEDAM, 1937.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1998.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. *L'età della decodificazione*. quarta edizione. Milano: Giuffrè, 1999.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. «Segurança jurídica, coisa julgada e justiça». *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 3, p. 263-278, 2005.

KASER, Max. *Direito Privado Romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. «A jurisdição constitucional». In: *Jurisdição Constitucional*, di Hans Kelsen. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 123-186.

_____. «A jurisdição constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1º de outubro de 1920». In: *Jurisdição Constitucional*, di Hans Kelsen. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3-46.

_____. «Quem deve ser o guarda da Constituição?». In: *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 237-298.

_____. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. «Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution». *The Journal of Politics*, p. 183-200, maio 1942.

KEMMERICH, Clóvis Juarez. *O Direito Processual da Idade Média*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2006.

KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LAS SIETE PARTIDAS del Rey Don Afonso el IX, con las variantes de mas interés, y con la glosa DEL LIC. GREGORIO LOPEZ. Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes Y C., Calle de escudellers n. 2., 1843.

LENT, Friedrich. «Contributto alla dottrina dell'oggetto del processo». *Jus Rivista di scienze giuridiche*, Milano, Anno IV – Fasc. IV, p. 433-473, dez. 1953.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido: o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Reclamação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. «Efeitos da sentença e coisa julgada». In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 274-284.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Legge e interpretazione nel giudizio di legittimità costituzionale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XXI, n. 4, p. 538-579, out./dez. 1966.

_____. «Limites objetivos da coisa julgada». In: *Estudos sobre o processo civil brasileiro*, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 159-169.

_____. «Ancora sulle sentenze e sulla cosa giudicata». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, p. 237-259, 1936.

_____. «Sentença e coisa julgada: recentes polêmicas». In: *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 285-317.

_____. «Contenuto ed efficacia delle decisioni della corte costituzionale». In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Volume terzo - Diritto processuale. Padova: CEDAM, 1958. p. 409-427.

_____. *Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)*. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. *Giudicato I*. Enciclopedia giuridica Treccani. Roma, 1988.

_____. *Manual de direito processual civil*. vol. I. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano Editore, 1962.

_____. «L'opera giuridica de James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 328-343, 1950.

_____. «Sulla rilevanza d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 359-361, 1947.

_____. «Unità del giudicato». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 233-236, 1986.

LIPARI, F. F. «Contributo alla teoria delle eccezioni contro il giudicato». *Rivista di diritto processuale civile*, Padova, p. 182-201, 1924.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

LONGO, Mario. «Verbete Certezza del diritto». In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. III, Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1966. p. 124-129.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAGNE, Augusto. «Summum ius, summa iniuria». *Romanitas: revista de cultura romana (Língua, Instituições e Direito)*, Rio de Janeiro. Ano II, v. 2. p. 37-40, 1959.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. «Eficácia vinculante: a ênfase à ratio decidendi e à força obrigatória dos precedentes». Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

_____. «Eficácia vinculante da decisão tomada em recurso extraordinário». Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: 2002.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; _____. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. Tomo 2º. Atualização de José Frederico Marques. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MAURER, Hartmut. «A revisão jurídico-constitucional das leis pelo tribunal constitucional federal». In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito*. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 169-198.

_____. «Jurisdição constitucional». In: *Contributo para o estado de direito*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 217-280.

- MAY, Gaston. *Éléments de Droit Romain*. 8. ed. Paris: Contant-Laguerre, 1904.
- MCCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MENCHINI, Sergio. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano: Giuffrè, 1992.
- _____. *Il giudicato civile*. Torino: UTET, 1988.
- MENDES, Gilmar Ferreira. «Ação Declaratória de Constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3 de 1993». In: *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, di Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 51-106.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. «A 'causa petendi' nas ações reivindicatórias». *Revista de direito processual civil*, São Paulo, v. 6, p. 183-198, jul./dez. 1962.
- _____. «Teste de DNA versus autoridade da coisa julgada». *Revista do IASP*, São Paulo. n. 19.p. 341-350, jan./jun. 2007.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo IV (arts. 273-301). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- _____. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. «Coisa julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva». *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba. p. 450-490, jul./set. 2003.
- MONTEIRO, João. *Programa do Curso de Processo Civil ou apontamentos para as lições da 3ª. Cadeira do 4º anno da Faculdade de Direito de S. Paulo*. São Paulo: Typografia Acadêmica, 1936.
- MORAIS, Dalton Santos. «Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade: a importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional». *Revista de Processo*, São Paulo, p. 50-92, out. 2009.
- MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NEVES, António Castanheira. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Almedina, 1983.

NOVÍSSIMA DELTA LAROUSSE. Enciclopédia e Dicionário. Vol. III. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A.

NOVÍSSIMA DELTA LAROUSSE. Enciclopédia e Dicionário. Vol. X. Rio de Janeiro: Editora Delta S.A.

OÑADE, Flavio López de. *La certeza del derecho*. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJE, 1953.

ORESTANO, Ricardo. *L'appello civile in diritto romano*. Corso di diritto romano. Torino: G. Giappichelli, 1953.

PACHECO, José da Silva. *Curso teórico-prático do processo civil*. Tomo III. 2. ed., inteiramente revista e melhorada. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

PALLIERI, Giorgio Balladore. «Effetti e natura della sentenze della Corte costituzionale». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. XX, p. 161-172, 1965.

PAULA BAPTISTA, Francisco de. *Compendio de Theoria e Pratica do processo civil comparado com o comercial e de hermeneutica jurídica*. oitava edição. São Paulo: Saraiva & Comp., 1935.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. V.3 Contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de História da Cultura Clássica*. II Volume - cultura romana, 4. ed. revista e actualizada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

PICARDI, Niccolò. «La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 41-71, mar. 2004.

_____. *Processo civile (diritto moderno)*. Enciclopedia del diritto. v. XXXVI. Milano: Giuffrè.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. «Limites subjetivos e objetivos da coisa julgada no controle abstrato de constitucionalidade». *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 4, p. 122-129, jul. 2003.

PIMENTEL, Wellington Moreira. «Os limites objetivos da coisa julgada, no Brasil e em Portugal». In: *Estudo de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*, de Ada Pellegrini Grinover [e a.]. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 331-347.

PIZZORUSSO, Alessandro. «Sul principio del doppio grado di giurisdizione». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, p. 33-58, jan./mar. 1978.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

PRADO, Fernando de Albuquerque. *A "res judicata" no plano das relações interjurisdicionais*. São Paulo, 1953.

PROTO PISANI, Andrea. «Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 386-419, 1990.

PUGLIESE, Giovanni. «Presentazione». In: *Opere Giuridiche Volume Ottavo*, di Piero Calamandrei. Napoli: Morano Editore, 1979. p. V-XIII.

_____. «Res iudicata pro veritate accipitur». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 503-550, mar. 1967.

_____. «Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 182-232, 1960.

_____. «Verbete: Giudicato Civile». In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè Editore, 1969. p. 727-893.

RADBRUCH, Gustav. *Lo spirito del diritto inglese a cura di Alessandro Baratta*. Milano: Giuffrè, 1962.

ROCCA, Fernando Della. «Verbete: Impugnazione (diritto processuale canonico)». In: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. VIII, di Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Unione Tipografica - Editrice Torinese, 1968. p. 443-451.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906.

ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*. Roma: Athenaeum, 1916.

ROLAND, Henri. *Chose jugée et tierce opposition*. Paris: Librairie Générale de droit et jurisprudence, 1958.

ROMANO, Francesco. «Fenomenologia ed apparenza dei "topoi" di certezza nel diritto civile». In: *La certezza del diritto: Un valore a ritrovare*. Firenze 2 - 3 ottobre 1992. Milano: Giuffrè, 1993. p. 57-66.

ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Prefácio Alaôr Caffé Alves – São Paulo: Quartier Latin. 2004.

ROSSONI, Igor Bimkowski. «O “incidente de resolução de demanda repetitivas” e a introdução do group litigation no direito brasileiro avanço ou retrocesso». *Editra Magister*. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=802>. Acesso em: 01 dez. 2011.

_____. «O processo justo e a decisão justa no ordenamento brasileiro». *Res Severa Verum Gaudim*: revista científica dos estudantes de Direito da UFRGS, Porto Alegre, p. 31-42, 2009.

SÁ, Renato Montans de. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANCHES, Sydney. «Objeto do processo e objeto litigioso do processo». *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 16, p. 133-156, jul. 1979.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. v. 1: 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil*. v. 3: 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHIMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWAB, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*. Tradução de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1968.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. atual. e rev. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Luís Antônio Vierira da. *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*. Brasília: Senado Federal, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*, vol. 1.: processo de conhecimento. 7. ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. «Os limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual». In: *Sentença e coisa julgada: ensaios*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1979. p. 131-170.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Editora Forense, 2003.

_____. «A função dos tribunais superiores». *GENESIS - Revista de direito processual civil*, Curitiba. p. 485-498, 1999.

_____. «Eficácias da sentença e coisa julgada». In: *Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres*. 4. ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1979. p. 93-130.

_____. *Sobrevivência da querela nullitatis*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/>>. Acesso em: 26 nov. 2010.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder*. Uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

STEFANO, Giuseppe de. «Per una teoria dell'oggetto del processo». In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. volume terzo. Padova: CEDAM, 1958. p. 227-244.

TALAMINI, Eduardo. «A coisa julgada no tempo (Os "limites temporais" da coisa julgada)». *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 354. p. 17-26, abr. 2007.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo*. Bologna: Il mulino, 1991.

_____. *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2009.

_____. «Contro la Veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone». *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 995-1011, set./out. 2010.

_____. «Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 438-465, 1967.

_____. «Precedente e giurisprudenza». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 709-725, set. 2007.

_____. «Idee per una teoria della decisione giusta». *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, p. 315-328, mar. 1997.

TARZIA, Giuseppe. «Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo». *Jus rivista di scienze giuridiche*, Milano, p. 265-276, jun. 1956.

TESHEINER, José Maria Rosa. «Autoridade e eficácia da sentença. Crítica à teoria de Liebman». *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 774, p. 64-93, abr. 2000.

_____. *Coisa litigiosa!* Porto Alegre: CORAG - Companhia Rio-grandense de Artes Gráficas, 1973.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento - vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. «Redimensionamento da coisa julgada». *Res severa verum gaudium*. Revista científica dos estudantes de direito da UFRGS, Porto Alegre, p. 15-30, jul. 2009.

_____. «Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação». *Revista de Processo*, São Paulo, jan. 2009. p. 9-24

TÔRRES, Heleno Taveira. *Segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. São Paulo: Tese de titularidade, 2009.

TROCKER, Nicolò. «Enrico Allorio e la dottrina della riflessione della cosa giudicata rispetto ai terzi». *Rivista di diritto processuale*, Padova, p. 339-375, 2001.

UCKMAR, Victor. «L'incertezza del diritto tributario». In: *La certezza del diritto: Un valore a ritrovare*. Firenze, 2 - 3 ottobre 1992. Milano: Giuffrè, 1993. p. 49-56.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*. Tradução da 5 ed. Alemã, rev. e ampl., de Prof^a Kelly Sysane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

VILLATA, Riccardo. *L'esecuzione delle decisioni del consiglio di stato*. Milano: Giuffrè, 1971.

WENGER, Leopold. *Actio iudicati*. Tradução de Roberto Goldschmidt e Jose Julio Santa Pinter. Buenos Aires: EJE, 1954.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Transl. by C.K. Ogden. New York: Routledge, 2005. p. 29.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e juízo rescisório no direito positivo brasileiro*. São Paulo: Tese para concurso de Libre-Docência, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: Legge diritto giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

_____. «Processo costituzionale». In: *Enciclopedia del Diritto*. v. XXXVI Processo - Progressione. Milano: Giuffrè, 1987. p. 521-712.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.