

A SENTENÇA INJUSTA

Ronaldo de Medeiros e Albuquerque

O problema da sentença injusta, que se situa na linha das relações entre o direito e o processo, é, sem dúvida, um dos mais relevantes da teoria geral do processo e mesmo da teoria geral do direito. A doutrina brasileira, contudo, não se viu tentada a debatê-lo, ao contrário do que ocorreu, em especial, na Alemanha e, menos intensamente, na Itália. Dada a paupérrima bibliografia pátria a respeito da matéria, cremos que não será demais ventilá-la.

Na verdade, a sentença injusta de que nos ocuparemos e que tanto tem preocupado os juristas não é a sentença que não se conforma com os ideais de Justiça mas a sentença que não se ajusta à, digamos assim, situação jurídica preexistente⁽¹⁾. Cumpre, no entanto, estabelecer com maior precisão as linhas demarcatórias do presente estudo, para o que se faz mister breve introdução.

Há de se aludir, primeiramente, ao básico fenômeno da incidência da lei. Incidência é o cair da lei sobre um fato ou um conjunto de elementos fáticos previamente enunciado, a que se chama de suporte fático, fazendo-o passar do mundo fático ao mundo jurídico. No momento em que ocorre o último elemento do suporte fático, se composto, ou o fato único, dá-se a incidência, a qual provoca automaticamente o ingresso do suporte fático no mundo jurídico. No preciso instante em que acontece essa entrada, o suporte fático transforma-se em fato jurídico. O fato jurídico, a partir daí, passa a existir. O plano do mundo jurídico em que se verifica a juridicização dos suportes fáticos denomina-se plano da existência. Dos fatos jurídicos, por outro lado, ordinariamente se irradiam efeitos — o nascimento e a extinção dos direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações de direito material e correspondentes posições passivas, exceções e correspondentes posições passivas. A irradiação desses efeitos já se passa noutro plano do mundo jurídico, o plano da eficácia.

De regra, o ordenamento estabelece que o cumprimento do dever descumprido possa ser imposto pelo titular do direito ao qual ele corresponde⁽²⁾, prevê sanções para o descumprimento ou cumula

(1) Não assiste razão a F. Carnelutti (*Derecho y Proceso*, trad. de S. Sentis Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, pág. 310, nota 25) ao sustentar que o problema da sentença injusta se resolve como o da lei injusta, que é social, político e moral, mas não jurídico. Ao contrário, enquanto o problema da lei injusta é metajurídico e, por isso, tratado preferencialmente pelos filósofos do direito, o problema da sentença injusta, no sentido empregado tanto no nosso texto como no do festejado autor italiano, é precipuamente jurídico.

(2) O direito relativo de um corresponde ao dever de outro; o direito absoluto de um corresponde ao dever de todos os outros.

essas prescrições. A imposição do cumprimento do dever descumprido ou da sanção pelo seu descumprimento se dá por meio de modificação no mundo jurídico (v.g., a resolução de um contrato, a transferência forçada da propriedade de um bem) e o poder de fazê-lo é a *ação de direito material* ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾. Ela se exerce diretamente contra o sujeito passivo (autotutela) ou indiretamente, através do organismo encarregado de prestar justiça.

A segunda hipótese é que nos interessa. Quando alguém, pelo meio indireto, exerce, verdadeira ou supostamente, a ação de direito material, pode o organismo encarregado de prestar justiça cometer erro quanto à existência da ação, isto é, julgando que ela existe quando não existe ou que não existe quando existe, ou pode errar no que concerne à identidade da pessoa que é titular, ou seja, atribuindo a *A* sua titularidade, sendo *B* o titular, ou negando seja *A* o titular quando o é.

Há de se cogitar ainda, neste trabalho, dos pedidos de declaração da existência de relação jurídica. A declaração pode versar sobre a relação jurídica inteira, isto é, sobre todos os direitos, pretensões, ações e exceções que a compõem, ou sobre algum ou alguns deles. Pode igualmente a declaração dizer respeito apenas a um elemento passivo da relação, v.g., que inexistente determinado dever de *A* em face de *B*. Também aqui evidentemente o erro do juiz pode manifestar-se das duas maneiras indicadas, vale dizer, quanto à existência da relação jurídica ou quanto à identidade do sujeito.

O que se tentará, enfim, é explicar o que sucede no mundo jurídico quando se verificam todos esses casos.

(3) É precisamente à ação de direito material que se alude no art. 75 do Código Civil.

(4) Sobre a distinção entre ação de direito material e ação como remédio processual, cfr. Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª ed., 1972, vol. I, *passim*; João Bonumá, *Direito Processual Civil*, Saraiva & Cia., s/indicação do lugar da edição, 1946, vol. I, págs. 50 e segs.; Afonso Fraga, *Instituições do Processo Civil do Brasil*, Saraiva & Cia., São Paulo, 1940, vol. I, págs. 105 e segs. Sobre a distinção entre ação de direito material e o poder de provocar o Poder Judiciário para obtenção de prestação jurisdicional, cfr. Guilherme Estellita, *Direito de Ação, Direito de Demandar*, Livraria Jacinto Editora, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1942, *passim*.

(5) Para numerosos juristas, o poder de produzir modificação no mundo jurídico, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas, sem a conjugação das vontades de todos os sujeitos, é também direito — direito potestativo. Estamos, contudo, em que não existem os chamados direitos potestativos. Se houve violação de direito do titular, esse poder nada mais é que a ação de direito material. Há, pois, ação de resolução em decorrência de inadimplemento, não direito (potestativo) à resolução. Se, por outro lado, o poder de produzir modificação no mundo jurídico não surge da violação de direito, ele é fático e se insere na capacidade geral das pessoas de produzirem efeitos jurídicos. Cfr. a convincente crítica de F. Ferrara à teoria dos direitos potestativos in *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Athenaeum, Roma, 1917, vol. 1º e único, págs. 341 e segs.

(6) No curso do presente trabalho, a expressão *ação de direito material* será encontrada quer nesse sentido quer no sentido de posição jurídica do titular do mesmo poder.

Assim enfocado o problema, pode-se passar ao exame das principais teorias que, direta ou indiretamente, lhe deram alguma solução.

Lembremos de início a teoria que vê a sentença como *lex specialis*. O grande nome que a defendeu na Alemanha foi O. Büllow⁽⁷⁾. Segundo ele, as abstratas e hipotéticas disposições da lei são, por si sós, impotentes para regulamentar as relações concretas e reais da vida. Daí a necessidade de que sejam complementadas pela norma individualizada e especializada para cada caso contida na sentença. As normas legais, no seu pensamento, se limitam a fornecer uma pauta obrigatória mais ou menos precisa para a formação da norma concreta, mas não fornecem, por si sós, a norma. As leis não representam mais que um plano ou projeto da futura ordenação jurídica desejada.

Teoria que se assemelha a esta é a de Hans Kelsen⁽⁸⁾. Através da sentença, a seu ver, o juiz aplica normas jurídicas gerais e estabelece normas individuais, determinadas, quanto ao seu conteúdo, pelas normas jurídicas gerais, e nas quais é estatuída uma sanção concreta, que pode consistir numa execução civil ou numa pena⁽⁹⁾. O juiz, para individualizar a norma geral por ele aplicada, tem de verificar se existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral. Sua função não é simples descoberta do direito ou juris-dicção (declaração do direito). A própria determinação da norma geral a aplicar tem caráter constitutivo, uma vez que ele precisa decidir a questão da constitucionalidade da mesma. Só através da verificação, efetuada na sentença, de que uma norma a aplicar ao caso é vigente, e tal norma é vigente quando criada constitucionalmente, torna essa norma aplicável ao caso concreto e se cria, através dela, para o caso, uma situação jurídica antes inexistente. A averiguação do fato delitual é também uma função plenamente constitutiva do juiz, porquanto o dito fato só entra no domínio do direito, passando de natural a jurídico, após essa verificação. "Com efeito, a proposição jurídica não diz: Se um indivíduo determinado cometeu um homicí-

(7) Cfr. *Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*, trad. de M. A. R. Lichtschein, E. J. E. A., Buenos Aires, pág. 3, nota 3; cfr. também as exposições, embora concisas, da tese de Büllow, desenvolvida, principalmente, na obra *Gesetz und Richteramt*, que foram feitas por Alf. Rocco, *La Sentenza Civile*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1962, pág. 118 e nota 1, por Ugo Rocco, *L'Autorità della Cosa Giudicata e i suoi Limiti Soggettivi*, Athenaeum, Roma, 1917, págs. 114 e 115, por G. Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Nicola Jovene e C. Editori, Nápoles, 4ª ed., 1928, págs. 71 e 72, e por Leo Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de A. R. Vera, E. J. E. A., Buenos Aires, 1955, vol. II, pág. 449.

(8) Cfr. *Teoria Pura do Direito*, trad. de J. B. Machado, Armênio Amado — Editor, Sucesor, Coimbra, 4ª ed., 1976, págs. 327 e segs. e 363 e segs.

(9) Tanto a execução civil como a pena, explica o publicista austríaco (*op. cit.*, pág. 164), são produções compulsórias de um mal, mas, enquanto a primeira é levada a efeito para compensar (indenizar) o ilícito que consiste na conduta contra a qual a sanção é dirigida como reação, a última não tem esse caráter.

dio, deve ser-lhe aplicada uma determinada pena, mas: Se o tribunal competente, num processo determinado pela ordem jurídica, verificou, com força de caso julgado, que determinado indivíduo praticou um homicídio, o tribunal deve mandar aplicar a este indivíduo uma determinada pena''⁽¹⁰⁾. Quanto à questão de-se saber se o juiz é competente ou se o processo não é deficiente, igualmente só tem relevância a opinião dos órgãos aos quais a ordem jurídica entrega a função de verificá-lo.

Assim, *O. Büllow* e *Hans Kelsen* vêem o juiz como criador de normas jurídicas.

De outro lado, *L. Mortara* entende que, sem a uniforme correlação das vontades do sujeito ativo e do sujeito passivo da relação jurídica, só a sentença confere força e efeito de direito subjetivo à pretensão⁽¹¹⁾ e faz presumir que o direito preexistia ao processo. O direito subjetivo nasce do encontro das vontades dos sujeitos ativo e passivo (relação jurídica normal) ou da sentença que reconheça a sua existência (relação jurídica processual)⁽¹²⁾. Portanto, de acordo com essa tese, a sentença não cria o direito objetivo mas direitos subjetivos.

Tanto nela como nas anteriores, evidentemente, não há lugar para as sentenças injustas.

Atendo-nos às mais expressivas críticas feitas à teoria de *Büllow*, cabe considerar, com *J. Goldschmidt*⁽¹³⁾, que, se o complexo de leis escritas e não escritas não constituísse efetivamente o ordenamento jurídico, que inexistiria antes das sentenças, não haveria relações jurídicas antes do processo e o próprio juiz não estaria obrigado a observar as disposições legais.

A teoria de *Hans Kelsen* está calcada em profundo rigorismo lógico. É preciso, porém, que seja aceita toda a construção do genial jurista austríaco, que rompe por completo com a doutrina tradicional, para que se possa afirmar que sua teoria dá solução adequada ao problema da sentença injusta. Se por um lado é difícil apontar o que há de errado nela, por outro não conseguiu *Kelsen* evidenciar a incorreção da doutrina tradicional. Será então a sensibilidade jurídica de cada um que indicará o caminho certo. A nós não parece razoável

(10) *Op. cit.*, pág. 332.

(11) O termo *pretensão* não está aí no sentido em que vem sendo empregado no texto. Tal como o direito, corresponde ao dever, ou seja, é o reverso do dever, a pretensão, no sentido do texto, corresponde à obrigação, ou, o que é o mesmo, ao dever exigível.

(12) *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, 3ª ed., vol. II, págs. 539 e segs.

(13) *Teoría General del Proceso*, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936, pág. 37.

que a incidência das leis e a juridicização dos fatos deva depender da manifestação do juiz. Elas ocorrem da forma descrita no início do trabalho. Daí rejeitarmos a concepção kelseniana.

A tese de *L. Mortara* igualmente não pode ser acolhida. Segundo a doutrina tradicional, com algumas nuances, para a juridicização do suporte fático, ou seja, para a sua entrada no mundo jurídico, transformando-se em fato jurídico, com a conseqüente irradiação de efeitos, basta que sobre ele incida a lei. O emérito processualista italiano, que não adere à concepção de que a sentença é *lex specialis*, não considera também seja ela elemento fático indispensável a que ocorra a incidência. Deveria, pois, explicar que tipo de pressuposto necessário à produção do efeito jurídico (criação do direito subjetivo) seria a sentença, ou apresentar outro esquema, em substituição ao proposto pela doutrina tradicional, como o fizeram *O. Büllow* e, com maior desenvolvimento, *Hans Kelsen*. Na verdade, o que se vê é confusão entre a *existência* do direito e a *evidência* de que ele existe (e assim mesmo considerando-se que as sentenças sejam sempre justas).

Estas, a nosso ver, as razões pelas quais entendemos que o problema da sentença injusta há de ter solução diversa da propugnada pelos aludidos juristas.

Já bem diversa é a teoria sustentada, entre outros, por *G. Chiovenda*⁽¹⁴⁾. Assinala ele que a definição de processo deve ser formulada de um prisma ideal, sem que se dê relevância aos defeitos no funcionamento prático do mesmo que sejam capazes de levar o juiz a uma errônea convicção. Não obstante possa a sentença *de fato* modificar o direito existente, *juridicamente* a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei. Nota, em outro trecho, que se a sentença pode ser injusta, seja afirmando vontade da lei inexistente, seja negando vontade existente, isto não permite se atribua natureza constitutiva a ela. A injustiça da sentença é um juízo que se faz, na grande maioria dos casos, com critérios relativos e subjetivos, sendo certo que essa pretensa forma de constituição ou extinção de direitos não é querida nem considerada como tal pelo direito. Portanto, embora de fato possam ser injustas, de direito as sentenças são sempre justas⁽¹⁵⁾.

(14) *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de J. G. Menegale, Saraiva, São Paulo, 3ª ed., 1969, vol. I, págs. 43 e 44; *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., págs. 77 e segs. e 910, nota 1.

(15) Essa tese obteve o apoio de *P. Calamandrei* (*Estudios sobre el Proceso Civil*, trad. de S. Sentis Melendo, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires, págs. 433 e segs.) e de *E. T. Liebman* (*Efficacia ed Autorità della Sentenza*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1962, pág. 31).

De seu lado, *Ugo Rocco*, que professa opinião análoga, distingue a hipótese de funcionamento normal da tutela jurisdicional, quando são apenas declaradas relações jurídicas preexistentes, do caso de funcionamento anormal, em que se criam relações jurídicas que não existiam e se extinguem relações jurídicas que existiam. Mas, aduz, esses efeitos patológicos, porque não previstos e não queridos pelo direito, não têm o caráter de efeitos jurídicos, devendo ser tidos como meros efeitos de fato⁽¹⁶⁾.

A conclusão a que chegou *Ugo Rocco* é absolutamente insustentável. As relações jurídicas só existem no *interior do mundo jurídico*. Não é concebível, pois, que possam ser criadas ou extintas através de efeitos que não sejam jurídicos, isto é, que não se produzam no mundo jurídico. Além do mais, como salienta *E. Couture*⁽¹⁷⁾, diante das constantes mutações da jurisprudência, não se justifica nem mesmo que se considerem patológicos os efeitos da sentença injusta. Outrossim, não é certo considerar esses efeitos como não previstos pelo direito. O Estado, ao chamar a si a tarefa de administrar a justiça, não podia prometer a infalibilidade dos julgadores. As conseqüências dos erros deles, portanto, não poderiam deixar de ter sido dispostas.

A fórmula da *G. Chiovenda* deve ser igualmente rechaçada. Também parte ele da perspectiva de que os efeitos da sentença injusta não são considerados pelo direito, o que torna oponível à sua teoria objeção idêntica à feita a tese de *Ugo Rocco*. Demais, salta aos olhos a contradição de se admitir que uma relação jurídica exista antes do processo e se sustentar que, negada sua existência por sentença transitada em julgado, ela não tenha existido nunca, ou de se admitir que não exista determinada relação jurídica antes do processo e se sustentar que, reconhecida sua existência por sentença transitada em julgado, ela tenha existido desde antes. Ou se admite que as relações jurídicas só existem depois da sentença — e já vimos que não lograram êxito as teorias que de algum modo pretenderam vincular a existência delas ao resultado do processo — ou se admite que, nos casos em tela, alguma modificação se dá no mundo jurídico.

Chega-se, então, ao confronto das conhecidas teorias processualística e materialística da coisa julgada, que, ao tratarem desse instituto, buscaram determinar as modificações que ocorrem no mundo jurídico em razão da sentença injusta.

(16) *Op. cit.*, págs. 142 e segs. e 441 e segs. Anote-se que, em obra posterior, o *Trattato di Diritto Processuale Civile*, UTET, Turim, 1957, o autor italiano, ao tratar da coisa julgada, embora de modo muito mais conciso, não ratificou esse ponto de vista, omitindo-se na abordagem do problema da sentença injusta.

(17) *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 3ª ed., 1973, pág. 312.

Examine-se em primeiro lugar a teoria processualística⁽¹⁸⁾.

Sustentam seus partidários que a sentença injusta só produz efeitos processuais. A eficácia declarativa da sentença⁽¹⁹⁾, seja justa ou injusta, vincula os juízes⁽²⁰⁾, impedindo-os de decidir, em processo futuro, de outra forma⁽²¹⁾. As relações jurídicas substanciais permanecem tal como eram, ainda no caso de erro na declaração judicial⁽²²⁾. Produz-se tão-somente como explica K. Hellwig, um direito do vencedor do pleito à observância do que foi decidido e um correspondente dever dos órgãos jurisdicionais de respeitar a declaração contida na sentença passada em julgado.

(18) Criada por K. Hellwig (cfr. as sínteses de sua tese, que expôs na obra *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, feitas por Ugo Rocco, *L'Autorità della Cosa Giudicata e i suoi Limiti Soggettivi*, cit., págs. 133 e segs., José Carlos Barbosa Moreira, *Cosa Julgada e Declaração*, in "Revista de Direito do Ministério Público" (do antigo Estado da Guanabara), vol. 13, págs. 60 e 61, e E. T. Liebman, *op. cit.*, págs. 11 e segs.) e F. Stein, obteve ela o apoio da maior parte dos processualistas germânicos deste século. Alguns dos grandes nomes que a defenderam foram J. Goldschmidt, *Teoría General del Proceso*, cit., págs. 40 e segs., e *Derecho Procesal Civil*, trad. de L. Prieto Castro, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1936, págs. 387 e 388; Leo Rosenberg, *Tratado*, cit., vol. cit., págs. 449 e segs.; F. Lent, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. de E. F. Ricci, *Morano Editore*, Nápoles, 1962, págs. 240 e segs. Na Itália, decisivamente em seu favor, E. Heinitz, *I Limiti Oggettivi della Cosa Giudicata*, CEDAM, Pádua, 1937, págs. 60 e segs., e E. Betti, *Diritto Processuale Civile Italiano*, Soc. Edit. del "Foro Italiano", Roma, 2ª ed., 1936, págs. 90 e segs. No Brasil, expressamente, Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, cit., vol. cit., pág. 251, e *Comentários ao Código de Processo Civil*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1974, vol. V, pág. 126, embora fazendo colossal concessão à teoria materialística no *Tratado de Direito Privado*, Editora Revista dos Tribunais, 4ª ed., 1976, vol. VI, pág. 62. (Sobre isso, v. a nota 22.) Cfr. ainda a ampla bibliografia relacionada por Ugo Rocco, *L'Autorità della Cosa Giudicata e i suoi Limiti Soggettivi*, cit., pág. 137, nota 1, e por E. Heinitz, *op. cit.*, pág. 77, notas 2 e 4, e pág. 78, notas 5 a 12 e 14.

(19) Como se sabe, K. Hellwig afirmava que a coisa julgada material consiste no efeito específico da sentença irrecorrível vinculante da declaração nela contida, efeito esse que ele colocava ao lado de outros, como o constitutivo. Nessa conceituação da coisa julgada, K. Hellwig foi acompanhado por grande parte da doutrina e, de modo geral, pelos sequazes da teoria processualística.

(20) Que a coisa julgada não surte efeito senão perante os tribunais, di-lo J. Goldschmidt, in *Teoría General del Proceso*, cit., pág. 41, embora em seu *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 388, tenha admitido, em alguns casos, a vinculação de autoridade administrativas. Leo Rosenberg admite a vinculação dos órgãos estatais genericamente, excetuando o juiz penal (*Tratado*, cit., vol. cit., págs. 454 e 460). Já Pontes de Miranda assinala (*Comentários*, cit., vol. cit., pág. 126): "Forremo-nos, porém, de crer que as forças e efeitos das sentenças só se produzem noutro processo. Produzem-se na vida, pela respeitabilidade da eficácia da sentença. Naturalmente, por ocasião de outro processo é que se torna mais sensível a força ou o efeito" (os grifos são do original).

(21) No sentido, porém, de que não é possível novo pronunciamento judicial sobre o mesmo caso de outra forma ou da mesma forma, ou seja, que o impedimento alcança qualquer rediscussão futura, Leo Rosenberg, *Tratado*, cit., vol. cit., págs. 456 e segs.

(22) Pontes de Miranda, no entanto, nega a sobrevivência, mesmo sob a forma de obrigação natural, do direito existente mas cuja existência é negada na sentença (*Tratado de Direito Privado*, cit., vol. cit., págs. 60 e segs.), o que, além de significar enorme concessão à teoria materialística, torna até contraditória sua posição de defensor da teoria processualística, pois a afirmativa envolve o reconhecimento de que a sentença produz efeito material.

Suponha-se, de início, que se declare na sentença a existência de determinado crédito que, de acordo com o direito material, não existia. Consoante a teoria processualística, a declaração contida na mesma não faz nascer o crédito. Como explicar-se, então, a posterior transferência desse, segundo ela, falso crédito? E. Heinitz procura superar a dificuldade argumentando que, se os juízes estão obrigados a reconhecer a existência do crédito, estão obrigados também a reconhecer suas qualidades⁽²³⁾. Entende-se, pois, que, não obstante a ineficácia da cessão, dado que o crédito inexistia, haveria um direito do cessionário de que os juízes reconhecessem a eficácia do ato e um correspondente dever dos órgãos jurisdicionais de reconhecer essa eficácia. Cedido novamente o crédito, outro direito nasceria para o novo cessionário bem como outro dever para os órgãos jurisdicionais e assim por diante. Ora, isto conduziria à admissão de uma verdadeira ordem jurídica paralela, voltada exclusivamente para a correção dos julgamentos errados⁽²⁴⁾, o que nos parece difícil de aceitar-se frente à teoria geral do direito.

Suponha-se agora que seja decretada a anulação de um contrato sem que tenham sido preenchidos os pressupostos necessários. Segundo K. Hellwig, o efeito constitutivo não fica protegido pela coisa julgada, que só atinge a declaração contida na sentença⁽²⁵⁾. Mesmo, porém, que fosse assim e sem embargo de outros defeitos dessa colocação⁽²⁶⁾, a sentença injusta é que seria o fato jurídico produtor do efeito material de desconstituição da relação jurídica. Destarte, particularmente quanto às sentenças constitutivas, a teoria processualística se mostra debilíssima. De feito, ela só conseguiria livrar-se da crítica se se adotasse a posição de alguns de seus autores⁽²⁷⁾, os quais, negando que as sentenças dessa categoria estejam cobertas pela autoridade da coisa julgada, sustentam que, em relação a elas, não cabe invocar os princípios da dita teoria⁽²⁸⁾.

(23) *Op. cit.*, pág. 82.

(24) A uma duplicidade de ordens jurídicas, à ordem legal e à ordem judicial alude brevemente Goldschmidt, na *Teoria General del Proceso*, cit., pág. 42, averbando que, em caso de discordância, a última prevalece sempre.

(25) Cfr. a nota 19.

(26) Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, *Cosa Julgada e Declaração*, cit., págs. 61 e 62.

(27) L. Rosenberg, *op. cit.*, vol. cit., págs. 23 e 24 e 443; F. Lent, *op. cit.*, págs. 258 e segs.

(28) Enquanto K. Hellwig dizia que nas sentenças constitutivas, a par da produção do efeito constitutivo, há a declaração do direito à modificação do mundo jurídico, os seguidores dessa corrente afirmam que, nelas, inexistente tal declaração mas tão-somente a constituição de um efeito, razão pela qual não se pode cogitar aí de coisa julgada material, que se liga à eficácia declarativa da sentença (cfr. a nota 19). Essa tese tem sido objeto de críticas pelos que realçam a finalidade prática do instituto da coisa julgada, de conferir estabilidade à tutela jurisdicional. Como notou Liebman (*op. cit.*, pág. 15), a se admitir o ponto de vista em questão, ter-se-ia de reconhecer que a existência do efeito produzido poderia ser negada por sentença posterior. Nenhum óbice haveria, juridicamente, a que o juiz do segundo processo decidisse livremente, o que retiraria das sentenças dessa categoria a aludida estabilidade.

Ainda há um ponto em que ela é seriamente atacável. K. Hellwig assinalava que o direito existente mas considerado inexistente na sentença sobrevive na ordem jurídica sob a forma, visto pelo reverso, de obrigação natural. Ora, essa transformação do direito em obrigação natural já seria suficiente para caracterizar a produção, negada pela teoria processualística, de efeito material⁽²⁹⁾.

Por todos os motivos expostos, temos de abandoná-la.

Ao que pensamos — e chegou o momento de dizê-lo — o problema da sentença injusta, genericamente considerado, se resolve com o reconhecimento de que ela, como fato jurídico, produz efeito equivalente ao que já teria sido produzido no mundo jurídico por outros fatos jurídicos se fosse justa. Destaque-se que se falou em equivalência e não, em igualdade, pois um crédito nascido, por exemplo, de um contrato de mútuo não se pode dizer igual a um crédito nascido de uma sentença injusta, ainda que idênticos todos os demais elementos particularizadores deles. Esta constatação, no entanto, em nada atrapalha a solução preconizada.

A opinião de que a sentença injusta produz efeitos materiais nos posiciona na linha da teoria materialística⁽³⁰⁾, à qual modestamente aderimos, pois.

Cabe, nesse ponto, precisar quais sejam os vários efeitos materiais por ela criados.

Como já dissemos, o erro do juiz pode ser quanto à existência do direito, pretensão, ação, exceção, das posições passivas que lhes correspondem ou mesmo de toda a relação jurídica, ou pode ser quanto à identidade do titular.

Vejamos inicialmente as conseqüências do primeiro tipo de erro.

Em nossa maneira de pensar, a sentença injusta declaratória ou condenatória, em que é julgada existente a ação, cria-a e ao direito do qual ela emana. Se a ação é o poder de realizar coercitivamente o direito ou de impor a sanção decorrente da sua violação, impossível a existência de ação sem a existência do direito respectivo. Se a sentença, porém, é constitutiva, não se cria ação ou direito mas ocorre unicamente a modificação do mundo jurídico postulada pelo autor. A razão é simples. A ação só existe, até por definição,

(29) Se fosse correta a opinião de Hellwig, ocorreria, na verdade, a transformação de um direito dotado de ação em direito mutilado da ação, pois outra coisa não é a obrigação natural. Cfr., a propósito desta, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., vol. cit., págs. 49 e segs.

(30) Tendo em J. Kohler e Max Pagenstecher (cfr. um sumário da tese deste autor *In Ugo Rocco, L'Autorità della Cosa Giudicata e i suoi Limiti Soggettivi*, cit., págs. 106 e segs. e 123 e segs.) seus mais destacados partidários, a teoria materialística, a princípio dominante na Alemanha (cfr. a bibliografia indicada por E. Heinitz, *op. cit.*, pág. 77, nota 7), foi aos poucos abandonada em prol da teoria processualística, recebendo a adesão, de poucos juristas. Na Itália, manifestou-se em seu favor E. Allorio, *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*, Dott. A. Giuffrè — Editora, Milão, 1935, págs. 3 e segs.

para que o direito se realize ou seja imposta a sanção decorrente da violação dele. Ocorridas que sejam essas circunstâncias — realização do direito ou imposição da sanção — não pode mais a ação existir. Assim, ela sobrevive às sentenças condenatórias justas, uma vez que com estas não se realiza o direito ou se impõe a sanção, o que só acontece, sem a colaboração do devedor, no processo de execução. Evidentemente, pois, também sobrevive às declaratórias justas. Mas não sobrevive às constitutivas justas, mediante as quais se realiza o direito ou se impõe a sanção. Daí que a sentença constitutiva injusta, congruentemente, não crie a ação mas já produza a própria modificação do mundo jurídico que seria objeto dela se existisse e após o que ela não poderia existir.

A sentença injusta através da qual é julgada inexistente a ação extingue-a sem extinguir o direito, que pode existir sem estar dotado de ação.

A sentença injusta que dá pela existência da pretensão, cria-a bem como ao direito do qual ela emana; a que dá pela sua inexistência, extingue-a sem extinguir o direito.

Julgado inexistente o direito por sentença injusta, extinguem-se ele e, se existirem, a pretensão e a ação; julgado existente, nasce o direito, mas não a pretensão ou a ação.

A exceção nasce ou se extingue em conseqüência da sentença injusta que decide sobre sua existência, sem que outros efeitos sejam produzidos.

Se são julgados inexistentes o dever, a obrigação e as posições passivas correspondentes à ação e à exceção, as conseqüências serão as mesmas que de serem julgadas inexistentes as posições ativas, pois dar-se por inexistente tal dever é o mesmo que dar-se por inexistente o direito correspondente.

Se da relação jurídica inteira se reconhece a existência ou a inexistência, nascem ou se extinguem todos os direitos, pretensões, ações e exceções que a compõem.

No tocante ao erro relativo à titularidade, a regra é a de só serem atingidos direitos, pretensões, ações e exceções dos que foram partes no processo. Da mesma forma que, se *A* deve a *B* determinada quantia e *C* cede o crédito a *D*, essa cessão é evidentemente ineficaz, se *A* deve a *B* determinada quantia e, num processo em que são partes *A* e *C*, na sentença se reconhece ser este o credor, afora o efeito que toda sentença produz⁽³¹⁾, ela só pode produzir o de criar um crédito em favor de *C* mas não o de extinguir o crédito de *B*. É que a eficácia da sentença proferida neste processo, em que foram par-

(31) Ao que entendemos, toda a sentença só produz o efeito de extinguir o direito dos que foram partes de obter a prestação de justiça relativamente a uma demanda. A questão não pode ter, todavia, nos limites deste trabalho, o desenvolvimento que merece.

tes A e C, tem seus limites, tal como a eficácia dos negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu* o têm, não podendo atingir direitos, pretensões, ações e exceções de outras pessoas senão quando assim disposto no ordenamento⁽³²⁾. Se, porém, se declara equivocadamente que A não é titular de um direito, num processo em que é réu o devedor, B, beneficia-se este de não subsistir o dever se o direito se extinguiu.

Outrossim, devemos advertir de que, na nossa linha de raciocínio, o problema da sentença injusta não se vincula ao da coisa julgada. De feito, existiriam sentenças injustas mesmo nos ordenamentos que porventura não contemplassem o instituto da coisa julgada. E, neles, nada impediria que uma segunda sentença produzisse novo efeito, de modo a restabelecer a situação existente antes da primeira sentença.

Passemos a examinar as principais críticas que são feitas à teoria materialística. Elas quase se resumem na afirmativa de que não é capaz de explicar convenientemente as repercussões do conteúdo da sentença quanto a terceiros.

Ao aludirmos ao erro do juiz quanto à titularidade, já tocamos no assunto de que agora nos ocuparemos, embora enfocando-o por outro ângulo. É momento de retomarmos o estudo do tema, abordando casos mais complexos que os ventilados.

Ao pensarmos nas relações jurídicas que se ligam a outras por um laço de dependência, como a sublocação em face da locação e a fiança em face da obrigação principal, é necessário que saibamos se a sentença injusta proferida num processo entre A e B pode atingir a esfera de C, que não foi parte no feito mas é sujeito de uma daquelas relações, ou, de alguma forma, beneficiá-lo ou prejudicá-lo.

E. Heinitz, o propósito, noticia⁽³³⁾ a seguinte hipótese apreciada pelo *Reichsgericht*: Uma determinada dívida, garantida por fiança, foi reconhecida como válida por sentença passada em julgado. Posteriormente, uma nova sentença declara inválida a fiança por considerar viciado o débito principal⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾, entendendo errada a deci-

(32) Cfr. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado, cit.*, 1974, vol. V, págs. 71 e 72. À conclusão do texto chega também A. A. Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, José Konfino — Editor, Rio de Janeiro, 1946, vol. III, pág. 116, com explicação um pouco diferente. Assinala o mestre mineiro que agir em juízo importa sempre o risco de sentença desfavorável, o que aproxima da ação a disposição de direitos. Como não se pode dispor de direito alheio, a sentença de regra só obriga as próprias partes.

(33) *Op. cit.*, pág. 61, nota 3.

(34) Cfr. o art. 1.488 do Código Civil.

(35) Na verdade, não é correto falar-se em fiança (como relação jurídica) ou débito principal válidos ou inválidos. Inválidos só podem ser os atos que os teriam criado. Da nulidade do ato decorre a *não-produção dos efeitos*. No caso, caberia referir-se com propriedade à *inexistência do débito principal e da fiança*.

são anterior. Segundo *Heinitz*, o teor da segunda sentença não seria sustentável do ponto de vista da teoria materialística, porque, pelo menos no momento do trânsito em julgado da primeira, o débito principal teria passado a existir.

A afirmativa do jurista italiano, do modo por que concebemos a teoria materialística, não é exata. No caso, a primeira sentença foi desfavorável ao terceiro, o fiador, sem, no entanto, atingir sua esfera jurídica. É que não havendo, evidentemente, choque entre a existência do débito principal, afirmada na sentença e a existência da fiança, a sentença não produzirá qualquer efeito reflexo sobre esta relação jurídica. O juiz do segundo processo só haveria de observar o que fora decidido no feito precedente, ao conhecer a questão principal deste como prejudicial, se assim determinasse o ordenamento. Logo, à falta de disposição em tal sentido, o conteúdo da sentença proferida no segundo processo seria sustentável do ponto de vista da teoria materialística.

Convém examinar algumas outras hipóteses.

Se a sentença injusta declara inexistente ou resolve a locação, extingue-a, atingindo necessariamente a esfera jurídica do sublocatário. O efeito reflexo aí não pode ser posto de lado. Dá-se a extinção também da sublocação a menos que esteja prevista a transformação dela em locação, o que não deixa de ser efeito reflexo⁽³⁶⁾.

A sentença injusta pode ainda ser favorável ao terceiro, atingindo ou não sua esfera jurídica.

Exemplo da segunda é a que declara existente a locação, em face do sublocatário. A locação não existia, passou a existir; a sublocação, que não existia, continua sem existir. Se, todavia, o ordenamento assim o prescrever, o juiz de processo futuro em que seja parte o sublocatário terá de observar o decidido naquele primeiro processo ao conhecer, como prejudicial, da questão principal do mesmo.

Aluda-se, por fim, à sentença injusta favorável ao terceiro que atinge sua esfera jurídica, como a que declara inexistente o débito principal — e por isso o extingue — em face do fiador. Não podendo a fiança, em princípio, subsistir no mundo jurídico inexistindo o débito principal, ela também se extingue, salvo se o ordenamento dispuser de modo diverso, caso em que faltaria o laço de dependência entre as duas relações jurídicas.

Deve-se lembrar, em seguida, o caso da ação declaratória de inexistência de relação jurídica por nulidade do negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, em que se põe a questão de se saber quais as consequências da sentença de rejeição do pedido, proferida num processo entre *A* e *B*, quanto a *C*, concorrentemente legitimado mas que não foi parte. Poder-se-á optar por permitir, no or-

(36) Cfr. os arts. 38 e 40 e seus parágrafos da Lei nº 6.649, de 16-5-1979.

denamento, que C, mesmo depois daquela sentença, postule a declaração de inexistência da relação jurídica. Suponha-se, então, que esse pedido de C seja acolhido. Se a primeira sentença é injusta, ela cria a relação jurídica, que é extinta pela segunda ⁽³⁷⁾. Se a primeira sentença é justa, e injusta a segunda, esta extingue a relação. Poderá igualmente ser adotada no ordenamento a solução oposta, bastando, para tanto, que se estabeleça que nova sentença de teor diverso não configure suporte fático extintivo da relação jurídica.

A matéria, porém, em que mais acerbas são as críticas à teoria materialística é a dos direitos absolutos que, na verdade, não tenham como titular uma das partes do processo.

Tomemos o caso da propriedade. Diz-se que a teoria em apreço não pode explicar devidamente porque a declaração de que A é proprietário de determinado bem não surte efeito quanto ao verdadeiro titular do direito, B, que não foi parte.

Como se sabe, em alguns ordenamentos a propriedade se transmite apenas pela convenção dos contratantes. Em outros, como o nosso, a transmissão só se opera com o registro do ato.

Em ordenamento do primeiro grupo, no exemplo figurado, afora o já referido efeito comum a todas as sentenças, nenhum outro se produz seja em relação a vencido, C, seja em relação ao verdadeiro proprietário, B, seja em relação a qualquer outra pessoa. É evidente que, tal como não seria eficaz a alienação da propriedade feita por C, para A, pois aquele não era o seu titular, a sentença proferida num processo em que fossem partes A e C também não teria eficácia sobre o direito de B. Já se acentuou que a eficácia da sentença tem seus limites, tal como a dos negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*. Para que uma sentença injusta possa produzir o efeito de tornar proprietário do bem o autor, desde que acolhido o pedido, mister se faz tenha ela eficácia em face do titular do direito. Indispensável, assim, que este tenha sido parte no processo, salvo disposição expressa em contrário, disposição essa que dificilmente poderá ser encontrada nos ordenamentos politicamente afins do nosso.

Em ordenamento do segundo grupo, cabe indagar-se, antes de mais nada, se a sentença injusta proferida em processo no qual o verdadeiro proprietário tenha sido parte, opera por si só a extinção do direito de propriedade de um e o nascimento do outro, ou se a produção desses efeitos, mercê da disciplina do instituto em pauta, depende do registro da sentença. A questão pode ter qualquer das duas soluções no ordenamento. Se dispuser que a sentença basta, não produzirá ela, no exemplo cogitado, tal como em ordenamento do pri-

(37) A segunda sentença, na espécie, não é injusta, pois a relação jurídica que existia quando ela veio a lume nascera da primeira sentença e não, do ato nulo. Nada impede, todavia, que se preveja no ordenamento a produção, pela segunda sentença, do efeito em causa, isto é, a extinção da relação jurídica nascida da primeira sentença.

meiro grupo, qualquer efeito; se, ao contrário, o ordenamento estabelecer que o registro é necessário, a sentença não será título hábil a ser registrado.

Acreditamos haver demonstrado com a exposição feita que a teoria materialística, ao contrário do que asseveram alguns juristas, está perfeitamente habilitada a resolver as questões atinentes às repercussões do conteúdo da sentença quanto a terceiros, qualquer que seja a opção do legislador diante dos temas focalizados.

Cumprе aludir, ainda, às ações declaratórias de autenticidade ou falsidade de documento, também lembradas pelos adversários da teoria materialística. Não se cuida af de declaração da inexistência de direito, pretensão, ação de direito material ou exceção, das posições passivas correspondentes ou de uma relação jurídica inteira. Logo, é claro que a teoria materialística, como a concebemos, não pode ocupar-se da hipótese.

Por último, a invocação de haver a teoria materialística suprimido a diferença entre as sentenças constitutivas e declaratórias não a abala, pois a afirmativa de que as últimas nunca produzem efeitos materiais é mera petição de princípio.