

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

CARMEN HELEN AGRA DE BRITO

**COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL:
análise da problemática da sua execução à luz do princípio da
segurança jurídica**

**JOÃO PESSOA
2015**

CARMEN HELEN AGRA DE BRITO

**COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL:
análise da problemática da sua execução à luz do princípio da segurança
jurídica**

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a Escola Superior da Magistratura – ESMA, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

ORIENTADORA: Prof^a. Ms. Danielle Dantas Lins de Albuquerque

JOÃO PESSOA
2015

B862c Brito, Carmen Helen Agra de
Coisa julgada inconstitucional [manuscrito] : análise da
problemática da sua execução à luz do princípio da segurança
jurídica / Carmen Helen Agra de Brito. - 2015.
125 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Prática Judicante EAD) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2015.

"Orientação: Profª. Meª Danielle Dantas Lins de
Albuquerque, Direito Privado".

1. Coisa julgada. 2. Declaração de inconstitucionalidade. 3.
Título executivo judicial. I. Título.

21. ed. CDD 341.5

CARMEN HELEN AGRA DE BRITO

**COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL:
análise da problemática da sua execução à luz do princípio da segurança
jurídica**

Monografia apresentada à Universidade Estadual da Paraíba em parceria com a Escola Superior da Magistratura – ESMA, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Prática Judicante.

Aprovada em: 16 / 03 / 2015

BANCA EXAMINADORA

Danielle Dantas Lins de Albuquerque

Profª. Mestre DANIELLE DANTAS LINS DE ALBUQUERQUE
Orientadora

[Handwritten signature]

Membro Examinador

Gilmarcy Alves de Araújo Vitor

Membro Examinador

Dedico em especial aos meus pais e ao meu namorado, pessoas muito importantes na minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar vivendo este momento e aos meus pais pelo incomensurável apoio que me proporcionaram, permitindo-me aqui chegar.

Aos meus irmãos, parentes, namorado e amigos que me acompanharam e por mim torceram nesta escalada.

Aos meus mestres, em particular à minha orientadora, professora Danielle Dantas Lins de Albuquerque, responsáveis pelo aprendizado e cultura jurídicas que adquiri na vida acadêmica.

A partir deste momento, respaldada por esta grande corrente de apoio moral, força e incentivo a mim dedicados, cabe-me enfrentar o desafio de continuar, obstinadamente, a percorrer os caminhos da trajetória profissional, priorizando a ética e a justiça, acima de tudo.

O direito pode criar um sistema perfeito, no tocante à justiça; mas se esse sistema for aplicado, em última instância, por homens, o direito valerá o quanto valham esses homens.

(Couture)

RESUMO

Esta monografia apresenta um estudo crítico sobre os efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal em face da coisa julgada material. Para tanto, avalia-se aqui se uma decisão transitada em julgado deverá continuar a produzir efeitos quando, em momento posterior, a lei ou o ato normativo que a fundou for declarada inconstitucional pela Corte Suprema, mais precisamente, em virtude dos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos introduzidos no Código de Processo Civil pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, indaga-se se a declaração de inconstitucionalidade emanada do STF constitui argumento suficiente para obstaculizar a execução. Objetiva-se, portanto, examinar uma questão que sempre proporcionou bastante controvérsia na doutrina: a coisa julgada inconstitucional. Assim, focaliza-se o estudo na solução dada pela inovação legislativa, a qual, com intuito de solucionar a problemática, permite que, verificada a formação de uma coisa julgada inconstitucional, o título executivo judicial seja considerado inexigível. Neste sentido, a presente monografia está organizada em três capítulos: o primeiro deles consistirá em uma análise mais específica e detalhada do instituto da coisa julgada, destacando-se, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, sua função estabilizadora das relações jurídico-processuais; no segundo capítulo, aborda-se a coisa julgada, tanto sob o aspecto da inconstitucionalidade, como sob o ângulo da injustiça intolerável, onde serão sintetizadas opiniões que, respectivamente, almejando a quebra do “absolutismo” da *res judicata*, além de realçar o princípio da supremacia da Constituição, são desfavoráveis à eternização de injustiças sob o argumento de se evitar incertezas; e, por fim, no terceiro capítulo, examina-se a constitucionalidade dos artigos anteriormente referidos. Assim, em virtude da inovação legislativa gerar a inexigibilidade de decisões que cristalizam disposições contrárias aos ditames constitucionais, a apreciação da matéria será basicamente direcionada aos impactos de sua aplicação em face da coisa julgada. De tal sorte, analisa-se aqui a incidência da norma sob diversos ângulos, dentre os quais, cumpre-nos ressaltar a sua aplicação diante dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, bases estruturantes do Estado Democrático de Direito, e do dever constitucional, conferido a todos os juízes e tribunais, de realizar o controle difuso de constitucionalidade. A metodologia utilizada para a confecção dessa monografia foi a que se segue: natureza da vertente metodológica qualitativa, método de abordagem dedutivo, método jurídico interpretativo sistemático, pesquisa exploratória e bibliográfica - com relação ao objetivo geral e procedimento técnico - e técnica de pesquisa da documentação indireta.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Declaração de Inconstitucionalidade. Título Executivo Judicial. Inexigibilidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This monograph presents a critical study on the effects of unconstitutionality pronouncements Supremo Tribunal Federal, in face of material 'Res judicata'. For in such a way, it is here evaluated if a 'Res judicata' decision should continue to have any effects when in a posterior moment, the law or normative act which had founded it is declared unconstitutional by the Supreme Court. More importantly, in virtue of articles 475-L, §1º e 741, unique paragraph, both introduced in the Civil Process Code by the law number 11.232, on 22nd of December of 2005, it is questioned if the declaration of unconstitutionality emanated from the STF constitutes enough argument to set an obstacle to the execution. The objective therefore, is to examine a question that always propitiated much controversy to the doctrine: unconstitutional 'Res judicata'. Thus, focusing the study in the solution given by the innovative legislation, in which, intending to solve the problematic, it allows to verify the formation of unconstitutional 'Res judicata', the executive judicial title being considered unclaimable. In this sense, the present monograph is organized in three chapters: the first consists in an analyses more specific and detailed of the 'Res judicata' institute, underlining in homage to the principle of legal security, it's stabilizing procedural juridical function; in the second chapter, 'Res judicata' is approached both by the unconstitutionality aspect as by the intolerable injustice aspect., where opinions will be synthesized, respectively aiming for the break of 'Res judicata's' "absolutism", as well as enhancing the Constitution supremacy principle, are unfavorable to the eternal injustices, under the argument of avoiding uncertainty; and ultimately, in the third chapter it's examined the constitutionality of articles referred previously. Thus, in virtue of innovative legislation generating unclaimable decisions, which crystallizes contrary dispositions to the constitutional sayings, the appreciation of the matter will be basically directed to the impacts of it's application, in face of 'Res judicata'. It is analyzed here the incidence of the norm under it's many angles, of which compiles us to highlight it's application before the principles of legal security and protection of trust, structural bases of a Democratic Estate of Law, and of the constitutional duty granted to all judges and courts, to practice the constitutionality diffuse control. The methodology applied to this monograph was the one that follows: nature of the methodological qualitative source, deductive approach method, juridical systematical interpretative method, exploratory and bibliographic research – in relationship to the general objective and technical procedure – and indirect research and documentation technique.

Keywords: Res judicata. Unconstitutionality Declaration. Judicial Executive Title. Unclaimable Juridical Security.

SUMÁRIO

| | | |
|--------------|---|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 | DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.. | 16 |
| 2.1 | A NOÇÃO DA COISA JULGADA..... | 16 |
| 2.1.1 | Diversas acepções sobre o instituto | 19 |
| 2.2 | A DISTINÇÃO ENTRE A COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL..... | 21 |
| 2.2.1 | Coisa julgada formal e preclusão | 22 |
| 2.2.2 | Coisa julgada material | 23 |
| 2.2.2.1 | Pressupostos da coisa julgada material..... | 24 |
| 2.3 | TEORIA DA IDENTIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA..... | 25 |
| 2.4 | LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL..... | 27 |
| 2.4.1 | Eficácia preclusiva da coisa julgada | 29 |
| 2.4.2 | O problema da limitação temporal da coisa julgada | 31 |
| 2.4.3 | A aplicação da art. 471, do CPC, às relações jurídicas continuativas . | 32 |
| 2.5 | LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA..... | 34 |
| 2.6 | MODO DE PRODUÇÃO DA COISA JULGADA..... | 37 |
| 2.7 | A COISA JULGADA E A SEGURANÇA JURÍDICA..... | 39 |
| 2.7.1 | A coisa julgada e seus efeitos positivos e negativos no processo | 41 |
| 2.7.2 | Segurança Jurídica, Coisa Julgada e Estado Democrático de Direito .. | 42 |
| 2.8 | A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL..... | 43 |
| 3 | DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL | 46 |
| 3.1 | NOÇÕES DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL..... | 46 |
| 3.2 | NATUREZA JURÍDICA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL..... | 48 |
| 3.3 | MECANISMOS DE COMBATE À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL..... | 53 |
| 3.4 | FORMAS DE APRESENTAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL..... | 64 |
| 3.5 | RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS CASOS DE INJUSTIÇA DA DECISÃO..... | 67 |
| 3.5.1 | A tese de Cândido Rangel Dinamarco | 68 |
| 3.5.2 | Os exemplos apresentados | 70 |

| | | |
|-------|---|------------|
| 3.5.3 | A inconsistência da tese..... | 73 |
| 4 | A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO OBSTÁCULO À EXECUÇÃO DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO..... | 79 |
| 4.1 | O SURGIMENTO DA LEI Nº 11.232, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2005..... | 79 |
| 4.2 | A INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EM FACE DA COISA JULGADA..... | 83 |
| 4.3 | OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APLICÁVEIS AOS ARTIGOS 475-L, §1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO.... | 88 |
| 4.3.1 | A abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade..... | 94 |
| 4.4 | A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 475-L, §1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO, INSERIDOS NO CPC ATRAVÉS DA LEI Nº 11.232/05..... | 100 |
| 4.5 | OS VÍCIOS PROCESSUAIS QUE ACOMETEM A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL PARA FINS DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 475-L, §1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO, INSERIDOS PELA LEI Nº 11.232/05... | 110 |
| 4.6 | A QUESTÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL: INAPLICABILIDADE DA NORMA ÀS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO EM DATA ANTERIOR À DA SUA VIGÊNCIA..... | 113 |
| 4.7 | SENTENÇA INCONSTITUCIONAL: RESCISÃO OU INEXIGIBILIDADE... | 117 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 119 |
| | REFERÊNCIAS..... | 123 |

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico versa sobre uma matéria relevante e ultimamente bastante analisada pela doutrina pátria: a chamada “relativização” da coisa julgada. De fato, verifica-se que, há algum tempo, os doutrinadores processualistas vêm se debruçando sobre o tema com o intuito de desmistificar a intangibilidade da coisa julgada, enfatizando a necessidade de relativizá-la, especialmente quando se encontra em face dos demais princípios também importantes, como o princípio da supremacia constitucional.

O objetivo geral desta pesquisa monográfica consiste em esmiuçar o estudo da coisa julgada inconstitucional frente à atividade executória de um título executivo judicial, analisando-se, mormente, a transgressão de princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, buscou-se, especificadamente: a) conceituar, mediante a análise da evolução histórica e sob a ótica de opiniões de diversos doutrinadores, o instituto da coisa julgada, estabelecendo os seus limites objetivos e subjetivos, bem como a sua confrontação com o princípio da segurança jurídica; b) definir o que vem a ser coisa julgada inconstitucional, especificando sua natureza jurídica, seus mecanismos de combate e suas formas de apresentação e c) analisar as consequências de uma declaração de inconstitucionalidade como impedimento à execução de um título judicial transitado em julgado, detendo-se, especificadamente, no exame da constitucionalidade dos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil (CPC).

Almeja-se, portanto, avaliar a teoria da “coisa julgada inconstitucional”, focando-se, sobretudo, nas diversas formas pelas quais este fenômeno se revela ou pode manifestar-se, bem como em quais instrumentos processuais estão disponibilizados no ordenamento jurídico, ou que podem ser oferecidos, para a sua devida apreciação.

Assim, esta monografia envolve assuntos relevantes, tais como: a “relativização” da coisa julgada, que muito vem sendo debatida no cenário jurídico brasileiro e estrangeiro; os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada material; a importância dos princípios da segurança jurídica e da

proteção da confiança, como base estruturante do Estado Democrático de Direito; e as últimas alterações introduzidas no ordenamento jurídico-processual relacionadas ao tema em comento.

Em suma, o centro da discussão gira em torno da seguinte pergunta: os arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do CPC, são inconstitucionais por violarem o princípio da segurança jurídica?

Com o intuito de atingir o objetivo almejado, na segunda seção, estuda-se o instituto da coisa julgada, destacando, em uma análise pormenorizada, sua função estabilizadora das relações jurídico-processuais, de forma a prestigiar o princípio da segurança jurídica. Logo, examina-se o conceito da coisa julgada aplicado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como também as suas diversas acepções, inclusive o entendimento majoritário da doutrina em relação à autoridade tão relevante. Neste âmbito, enfatiza-se tanto a influência do doutrinador Enrico Tullio Liebman, processualista italiano que inspirou o ordenamento jurídico brasileiro mediante a elaboração de conceitos técnico-jurídicos, como as críticas à teoria por ele adotada.

Nesta mesma seção, são diferenciadas a coisa julgada formal, fenômeno processual referente à preclusão, e a coisa julgada material, núcleo do presente estudo. Ademais, se estabelecem os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, bem como o modo de sua produção, a limitação temporal dos seus efeitos e suas funções positivas e negativas no processo. Por fim, será focalizado o status da coisa julgada no ordenamento jurídico, ou seja, o seu elo com o Estado Democrático de Direito e sua posição como garantia constitucional.

Já na terceira seção, trata-se da coisa julgada inconstitucional. Demonstra-se uma noção do fenômeno, sua natureza jurídica, seus mecanismos de combate e suas formas de apresentação. Assim, inicialmente se apresenta a corrente doutrinária a favor da “relativização” da coisa julgada nas hipóteses de vícios de inconstitucionalidade - fortemente liderada pelo doutrinador Humberto Theodoro Jr. Esta, fundada no aspecto hierárquico-normativo da Constituição e na asseveração do princípio da constitucionalidade, afirma que não apenas os atos legislativos deverão respeitar os preceitos constitucionais, mas também os atos do Poder Judiciário, inclusive as decisões judiciais transitadas em julgado.

Logo mais, em análise aos instrumentos processuais aplicáveis à chamada “coisa julgada inconstitucional”, serão evidenciadas as opiniões dos defensores da “relativização” da coisa julgada, no sentido de que os mecanismos postos à

disposição pelo ordenamento jurídico-processual são insuficientes para um efetivo controle da constitucionalidade dos pronunciamentos jurisdicionais. À vista disso, estima-se que as decisões judiciais contrárias aos preceitos constitucionais nunca se tornarão imutáveis, o que, por conseguinte, possibilita a sua desconstituição a qualquer momento, mesmo sem ser através de interposição de ação rescisória.

Mais adiante, analisa-se a “relativização” da coisa julgada sob o ângulo das injustiças intoleráveis, cuja finalidade principal pode ser sintetizada em uma única afirmação: a de que não há como eternizar injustiças sob o argumento de se evitar incertezas. De tal sorte, além de ser apreciada a fundamentação dos defensores desta teoria, mais precisamente, as idéias do doutrinador Cândido Rangel Dinamarco, serão apresentadas as críticas a tal posicionamento, como por exemplo, as de José Carlos Barbosa Moreira.

Sendo assim, nesta seção será examinada a “relativização” da coisa julgada em face das decisões tanto consideradas inconstitucionais como as que consagram as injustiças intoleráveis, ambas baseadas na manifestação doutrinária que vislumbra a quebra da coisa julgada através da relativização de seu suposto “absolutismo”.

Resumindo-se, apresentam-se os fundamentos adotados pelas duas teorias, esclarecendo a inconsistência da tese referente à injustiça da sentença e realçando a teoria fundada na inconstitucionalidade da decisão, de forma a demonstrar que os argumentos por esta utilizados são mais sólidos e pertinentes, razão pela qual proporciona um debate mais consistente.

Finalmente, na quarta seção, a discussão incide sobre a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade em face da coisa julgada material, mais precisamente sobre os arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC, ambos introduzidos pela Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Neste prisma, em relação à aplicabilidade de tais dispositivos, indaga-se se futuro pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (STF) terá o condão de obstaculizar a execução da sentença transitada em julgado.

Destarte, o cerne desta última seção engloba a coisa julgada material em face da atribuição de inexigibilidade do título executivo judicial. Assim, serão avaliados os impactos da inovação legislativa sob o ponto de vista da intangibilidade da coisa julgada material e dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Em análise à constitucionalidade da inovação legislativa, frisa-se a opinião de diversos doutrinadores, principalmente a de Luiz Guilherme Marinoni, que aponta esta prerrogativa dispensada ao executado como não podendo ser tratada à distância do significado do dever constitucional, dispensado a todo e qualquer magistrado, de exercer o controle da constitucionalidade no caso concreto. Para um adequado aperfeiçoamento da matéria, destaca-se ainda a diferença entre a norma abstrata e a norma jurídica do caso concreto, aspecto essencial na discussão sobre a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada.

Mais adiante, no debate sobre a inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência, com o intuito de delimitar a incidência dos dispositivos, demonstra-se o posicionamento de alguns doutrinadores como Nelson Nery Jr., o qual critica a tese de Humberto Theodoro Jr., que, conforme se verá, dispõe não haver necessidade de fixação de prazo para que a decisão de inconstitucionalidade proferida do STF seja capaz de retirar a exigibilidade do título executivo judicial. Ao final, questiona-se se a sentença inconstitucional será passível de rescisão ou de inexigibilidade, discussão que levará em consideração o rejuízo da causa.

Em suma, o núcleo do presente trabalho consistirá em um exame mais acurado acerca da constitucionalidade dos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC. Objetiva-se, portanto, demonstrar as lacunas de tais dispositivos e, conseqüentemente, os diversos questionamentos direcionados à sua aplicabilidade.

Para a construção desta pesquisa, foram aplicados diversos procedimentos metodológicos, cuja finalidade precípua fora a de garantir um grau de cientificidade ao trabalho. No âmbito da vertente metodológica, a pesquisa utilizará a natureza qualitativa, pois o trato da matéria cingirá principalmente à tensão existente entre o princípio da segurança jurídica e a necessidade de que as decisões jurisdicionais estejam em consonância com os preceitos constitucionais. O complexo da discussão gira em torno dos questionamentos doutrinários a respeito do ferimento da coisa julgada, passando-se para a temática mais importante: a aferição da violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, pilares do Estado Democrático de Direito, em face da aplicação retroativa das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF.

O método de abordagem adotado será o dedutivo, haja vista que o exame do assunto se iniciará através de questões mais amplas, através do estudo da coisa

julgada, até controvérsias bem particulares, que é a problemática trazida pela inovação legislativa, mediante os arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC. Assim, o caminho percorrido corresponde, primeiramente, à análise do instituto da coisa julgada, depois à avaliação da coisa julgada constitucional, e, por fim, à (in)constitucionalidade destes dispositivos sob a ótica da estabilidade das relações jurídicas, a chamada coisa julgada material.

Quanto ao método jurídico, faz-se uso do jurídico interpretativo sistemático, uma vez que, sob o ponto de vista dos jurisdicionados, fora avaliado o grau de insegurança jurídica proporcionado por tais dispositivos.

Na parte concernente à classificação da pesquisa, encontram-se duas vertentes: uma com relação ao objetivo geral e outra referente ao procedimento técnico. Neste mister, o objetivo central do trabalho está no exercício de uma pesquisa exploratória, posto que a constatação da (in)constitucionalidade dos artigos mencionados fora alcançada através da análise de diversos assentamentos doutrinários e jurisprudenciais. Já no que tange ao procedimento técnico utilizado, a classificação é a bibliográfica. De tal sorte, serão utilizadas fontes de interpretação primárias, tendo-se como meio de consulta, muitos livros, artigos jurídicos, interpretações jurisprudenciais, além de leis e jurisprudências.

A técnica de documentação é a indireta, visto que não foi produzida doutrina, havendo uma pesquisa bibliográfica de livros, artigos, leis e jurisprudências, sendo utilizados resumos e fichamentos das fontes como instrumentos de viabilização da pesquisa.

A análise de dados será feita com base nos resultados das pesquisas em livros e artigos, que auxiliem a esclarecer toda a problemática do tema, já que há maiores divergências doutrinárias sobre o assunto. Para obter as seguintes informações, serão realizadas diversas leituras, bem como o uso de grifos para evidenciar partes importantes do texto, além de fichamentos, esquemas e resumos que viabilizem um bom estudo.

Destarte, todos os mecanismos metodológicos supramencionados serão utilizados para a confecção deste trabalho monográfico, almejando, assim, uma pesquisa aprofundada acerca da constitucionalidade da inovação legislativa, que acrescentou os arts. 475-L, parágrafo primeiro, e 741, parágrafo único, ambos do CPC.

2 DA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 A NOÇÃO DA COISA JULGADA

O estudo da própria evolução histórica da coisa julgada demonstra a diversidade de ideias acerca do tema. Inicialmente, acredita-se que a regra *bis de eadem re ne sit actio*¹ tenha surgido em período anterior à Lei das Doze Tábuas. Contudo, estima-se que o instituto da coisa julgada tem origem no Direito Romano, quando este, objetivando a praticidade das relações jurídicas, passou a exigir certeza e segurança no gozo dos bens da vida².

A partir da incursão dos romanos no território ocidental, a jurisdição começou a ter profundas transformações. O Estado e a lei, como expressão da sua vontade, tornaram-se fracos diante da destruição de sua soberania e da instalação do feudalismo. A atividade jurisdicional passou a ter cunho privado, sendo transmissível e alienável, o que desencadeou uma considerável reprodução processual, surgindo, desta forma, processos feudais, canônicos, populares, régios e eclesiásticos. Consequentemente, a autoridade da coisa julgada caminhou do

¹ De acordo com Leciona Cogliolo, a expressão corresponde à seguinte tradução: “Sobre a mesma relação jurídica não se pode exercer duas vezes a ação da lei, isto é, o processo” COGLIOLO, Leciona *apud* MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 66.

² Objetivando precisar qual o momento em que o processo passaria a ser obstáculo para a reprodução de outra ação, os juriconsultos romanos inicialmente identificaram como momento determinante e conclusivo para tal o da *litis contestatio*. Assim, considerando que na época da *legis actiones* o processo era dividido em duas fases, sendo a primeira em face do Estado, a chamada *in iure*, e a segunda diante do juiz privado, denominada de *in iudicium*, a *litis contestatio* consistia no marco final da *in iure*, ou seja, era vista como o momento final e conclusivo da intervenção estatal. Desta forma, a *litis contestatio* se referia ao período em que testemunhas eram solenemente reunidas para presenciar o momento em que o pretor, definitivamente, aprovava ou não as pretensões das partes, concedendo ou não a *actio*. Frise-se que aqui o mais importante não era a sentença, mas sim a *litis contestatio*, uma vez que aquela era proferida pelo cidadão privado e esta residia ao último ato estatal. Posteriormente, o marco testemunhal não mais fora determinante, pois, com a adoção do processo formular pelos romanos, o pretor não mais tinha a tarefa exclusiva de definir as pretensões das partes; ele, além disto, passou a dar uma fórmula que deveria ser observada no julgamento do dissídio. A partir de então, dois foram os momentos escolhidos para impedir a apreciação da mesma causa: a primeira poderia ser de ofício pelo pretor, que deveria negar a fórmula; e a segunda, por ser mais complexa, era exercida através de uma *exceptio*, onde o juiz, de forma prejudicial, iria analisar a existência ou não de processo análogo. Logo, após o período formular, adveio a *extraordinaria cognitio*, momento em que não mais havia a separação do processo nas fases anteriormente referidas. Aqui, o papel de extinguir a causa passou a não mais ser realizado pela *litis contestatio*, sendo, portanto, objeto da *sententia*. Apesar das divergências existentes sobre o tema, podemos concluir que não há controvérsia no direito romano sobre a consumação do direito do autor ter sido fato primordial para a criação da coisa julgada. De tal sorte, o significado da *res judicata* adveio da função exercida pela sentença, já que julgada a *res*, após tal ato, emanaria o impedimento que impediria uma nova análise da lide, constituindo-se, portanto, em *res judicata*. (Ibid., p. 65 et seq.).

campo da vontade para o da lógica, transformando-se em uma presunção de verdade utilizada nos pronunciamentos judiciais.

A aclamação à presunção da verdade no século XIX influenciou o Código Francês da época, como também as ideias de Savigny³, que apresentavam a ficção da verdade inserida nas decisões judiciais. Entretanto, indo de encontro aos pensamentos do referido autor, Chiovenda⁴ mentalizou a autoridade da coisa julgada baseada na vontade do Estado, onde o juiz aplicaria a vontade da lei ao caso concreto.

Partindo das influências de Chiovenda,⁵ na noção clássica de jurisdição (*iuris dictio*), a função jurisdicional tem por escopo o pronunciamento do direito referente ao caso concreto. A certificação do direito tem origem no juízo de concreção, ou seja, a subsunção de uma norma legal abstrata, hipotética e geral a um fato específico demandado em juízo. Portanto, atestada a vontade do ordenamento jurídico ao caso concreto, finaliza-se a atividade jurisdicional; a partir de então, encontram-se solucionados os conflitos de interesses.

A maior crítica a esse posicionamento se dá pela inexistência de preocupação com o mundo real. A simples certificação do direito muitas vezes não exaure a função jurisdicional, uma vez que esta sozinha não possui aptidão para solucionar determinados conflitos de interesses e firmar os direitos reconhecidos.

Não obstante o referido questionamento, tradicionalmente, tem-se a certeza de que, ao efetivar o elo entre a norma prevista e o fato concreto, conclui-se a função jurisdicional. Assim, uma vez julgada a demanda, restará comprovado que o direito abstrato é compatível com a situação específica. Desta forma, a essência da coisa julgada surge desse pensamento: ao prestar a tutela jurisdicional, atingindo o seu objetivo fundamental, necessário se faz a sua imutabilidade.

Com intuito de regular a conduta social indefinidamente, as normas abstratas possuem certa estabilidade, obedecendo a rígidos requisitos para sua elaboração, bem como para sua modificação, fazendo com que haja uma imobilização da realidade na norma produzida. Pelo fato de a coisa julgada ser

³ SAVIGNY apud HOLZ, Fabiano Beserra. **Apontamentos sobre a coisa julgada**: de Liebman à relativização do instituto. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2004/apontamentos_sobreacoisajulgadafabiano.htm>. Acesso em: 21 set. 2012.

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil** - v. I. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, p. 183 apud HOLZ, *ibid*.

⁵ CHIOVENDA, Giuseppe apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 632 et seq.

reflexo da declaração da ordem jurídica abstrata no caso concreto, e esta, em princípio, ser imutável, possível é que a decisão judicial, que faz a lei do caso concreto, também se torne estável.

Nesta órbita, tem-se que a coisa julgada é imutável em relação ao direito da parte que solicita alguma prestação jurisdicional. A existência de um direito torna-se fundamental para que se possa ocorrer a coisa julgada. Destarte, caso o magistrado não possua condições adequadas para aferir a ocorrência do direito da parte, como na hipótese de ambas as partes não terem tido ampla oportunidade de alegação e produção de prova, a decisão não terá o condão de produzir a coisa julgada, uma vez que a cognição não foi exauriente. A título de exemplo, tem-se a ação cautelar, em que há uma sentença baseada na aparência do bom direito, e não na certeza dos fatos – exceto o caso de ocorrência de prescrição ou decadência do direito, conforme dispõe o art. 810, do Código de Processo Civil.

Consoante a evolução histórica exposta inicialmente, dentro das acepções clássicas sobre a coisa julgada, existia a idéia de que esta se confundiria com a descoberta da verdade, bem como com a afirmação de alguns demonstrando que não necessariamente a verdade seria atestada, mas sim haveria uma ficção ou uma presunção da verdade.

Na realidade, nenhum dos dois posicionamentos representa, nos dias hodiernos, a autoridade da coisa julgada. De acordo com a conveniência social e a estabilidade de certas relações jurídicas, cabe ao legislador decidir sobre a perenidade das decisões judiciais. Neste âmbito, inclinar-se-á privilegiando a certeza jurídica, nos casos em que necessária será a revisão da decisão, ou a estabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais, indicando que a solução posta representa a vontade do Estado em relação ao conflito. A prova disso é que, em muitas hipóteses, não há a incidência da coisa julgada, como no caso da jurisdição voluntária ou mesmo nas decisões contenciosas, onde não se aprecia o mérito.

A coisa julgada corresponde efetivamente à segurança jurídica, direito fundamental do jurisdicionado assegurado em todo Estado Democrático de Direito, consoante dispõe expressamente a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXVI. Desta maneira, garante-se que os conflitos judiciais não serão eternizados e que a busca da verdade em sua essência não poderá ser alcançada, em virtude do perfil da sociedade moderna, sendo, portanto, indispensável o término do litígio em um determinado momento.

Os ordenamentos jurídicos, atualmente, preveem a revisão das decisões judiciais. Contudo, pelo fato de a impugnabilidade das decisões não poder ser irrestrita, esta previsão legal é, de certa forma, limitada. Ao esgotar ou não utilizar os recursos previstos em lei, a discussão jurídica termina e o julgamento final passa a ser imutável, surgindo, assim, a coisa julgada.

Vale ressaltar que, ao afirmar que a coisa julgada impõe definitividade às decisões, não se quer demonstrar que esta autoridade é um instrumento de justiça dos julgamentos. Apenas se quer indicar que há uma garantia da segurança jurídica em relação àquele litígio que fora posto em análise.

2.1.1 Diversas acepções sobre o instituto

O entendimento referente ao instituto da coisa julgada passou por inúmeros posicionamentos desde a sua origem. Houve uma progressiva transformação nas opiniões dos renomados doutrinadores que se debruçaram sobre o tema. A polêmica ainda subsiste em torno de três acepções: a coisa julgada como um efeito da decisão; a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão; e a coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a matéria relativa à coisa julgada é tratada tanto na Lei de Introdução do Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/42), no seu art. 6º, §3º, que dispõe: “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que não caiba mais recurso”; como também, no art. 467, do Código de Processo Civil (CPC), que dita: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Em relação à primeira disposição legal acima elencada, tem-se que a alegação da coisa julgada como sendo decisão judicial que não caiba mais recurso não é muito apropriada. Isso porque ela não engloba a real essência do instituto. Ressalta Eduardo Talamini⁶, como fundamento para tal afirmação, que nem todos os pronunciamentos jurisdicionais decisórios produzem a autoridade da coisa julgada.

Já a definição oferecida pelo art. 467, do CPC, evidencia um certo avanço no conceito, esclarecendo que a imutabilidade e indiscutibilidade referem-se não

⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005. p. 30 apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Salvador: Jus PODIVM, 2007. p. 22

somente a qualquer decisão, mas sim à sentença, e de mérito, conforme análise comparada com o art. 468, do CPC. Além disso, aparentemente, através de uma interpretação literal, aquele enunciado transmite a ideia de que o Código adotou a teoria que vislumbra a coisa julgada como efeito da decisão.

Ainda de acordo com essa teoria, a coisa julgada reduz-se ao efeito declaratório da decisão. A declaração emanada do ato jurisdicional torna-se indiscutível e imutável, isto é, a autoridade da coisa julgada recai sobre um efeito próprio e específico deste ato, qual seja, a alegação da existência ou não de um determinado direito.

Entretanto, diante do contexto, destaca-se que é imprescindível uma análise conjugada do art. 467, do CPC, com outros dispositivos, em face da necessidade de complementação e correção de algumas imperfeições. Um estudo comparado entre os preceitos legais postos nos arts. 468 e 485, do CPC, evidencia a fragilidade da definição contida no artigo supracitado, já que acrescenta a ideia de que a sentença deverá ser de mérito transitada em julgado.

Apesar de o Código de Processo Civil adotar expressamente a teoria que privilegia a coisa julgada como o efeito declaratório da sentença, a doutrina tradicional brasileira recepciona, de maneira dominante, o pensamento de Liebman⁷. Segundo sua concepção, a autoridade da coisa julgada não pode ser vista como um efeito declaratório da decisão em razão da imutabilidade não ser um efeito autônomo, sendo, na verdade, uma qualidade desses efeitos. Ademais, enfatiza que a intangibilidade engloba não apenas os efeitos da decisão, mas também o seu conteúdo.

Não obstante a forte influência do processualista italiano, uma terceira corrente doutrinária surge, apontando críticas bastante relevantes sobre o tema. De acordo com essa teoria, os efeitos da decisão poderão ser disponíveis e modificáveis, ou seja, nem sempre permanecerão perenes após o seu trânsito em julgado. O fundamento para tal posicionamento, de acordo com Fredie Didier Jr.⁸, encontra-se evidenciado em exemplos elementares, tais como: a) a não implementação da execução, caso o devedor pague ou o credor dispense o pagamento da dívida; b) a consumação da execução, não restando nenhum sinal de

⁷ LIEBMAND, Enrico Tulio apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus PODIVM, 2008. v. II., p. 557.

⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ibid.*, p. 559.

tal efeito; c) ou ainda, a modificação de tais efeitos, como nas hipóteses do art. 461, do CPC.

A solução apresentada pelos críticos da teoria liebmaniana é entender a coisa julgada como uma situação jurídica, consistindo a intangibilidade no conteúdo da sentença, mais precisamente no seu dispositivo. Desta forma, retira-se a imutabilidade em torno dos efeitos por estes serem mutáveis, conforme exposto anteriormente, passando a estabilizar apenas o conteúdo da decisão.

Filiamo-nos a esta última corrente, entendendo a coisa julgada como uma situação jurídica, pois, mediante o trânsito em julgado da sentença, uma nova situação passa a existir, qual seja, a imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da decisão.

2.2 A DISTINÇÃO ENTRE A COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL

A diferenciação entre a coisa julgada material e formal é bastante importante para a compreensão do presente estudo, uma vez que a expressão “coisa julgada” será utilizada de forma habitual no decorrer dessa produção textual. Ao examinar a matéria, vislumbra-se que a distinção é necessária, já que possibilita ao leitor saber qual dos dois institutos está sendo aplicado na hipótese analisada.

Inicialmente, para que se atinja a referida distinção com clareza, há que se separar os institutos da coisa julgada e do trânsito em julgado. Nas lições dispostas por Eduardo Talamini⁹, o trânsito em julgado da decisão é meramente um aspecto cronológico, decorrente do esgotamento das vias internas de revisão da sentença, e a coisa julgada corresponde à autoridade que impossibilita a restauração do processo. Ele alega ainda que, apesar de a coisa julgada trazer sempre com ela mesma o trânsito em julgado da decisão, não necessariamente o trânsito em julgado acarretará a coisa julgada material.

Diante disso, conclui-se que os dois institutos são inconfundíveis, estabelecendo uma relação entre si de causa e efeito. Constata-se, portanto, que a análise referente à diferenciação entre a coisa julgada e o trânsito em julgado da decisão já demonstra uma sutil distinção entre a coisa julgada formal e a material.

⁹ TALAMINI, Eduardo apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 26.

Consoante as opiniões de alguns doutrinadores, como Liebman¹⁰ e seus seguidores, há ainda que se destacar o fato de a coisa julgada formal, bem como a material, participarem de um mesmo fenômeno jurídico: são institutos que não possuem autonomia total. De fato, mesmo que em diferentes níveis, ambos possuem uma estreita relação, no sentido de igualmente transmitirem segurança jurídica ao atribuir imutabilidade ao conteúdo sentencial.

Não obstante o entendimento acima evidenciado, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni¹¹ parte da idéia de que o fenômeno da coisa julgada deverá ser examinado apenas no seu âmbito material, e não como espécie do mesmo gênero. O fundamento para tal posicionamento encontra-se no fato de que a coisa julgada formal é, na verdade, uma modalidade de preclusão, assunto que será abordado mais a frente.

2.2.1 Coisa julgada formal e preclusão

A coisa julgada formal é um fenômeno endoprocessual, ou seja, torna indiscutível o comando da decisão dentro do mesmo processo em que fora prolatada, quer seja em virtude do esgotamento das vias recursais, quer seja pelo transcurso do prazo do recurso adequado.

Desta forma, cria-se uma barreira impedindo a rediscussão de elementos processuais, como partes, causa de pedir e pedido, além da parte dispositiva da sentença na própria ação instaurada. No entanto, enfatiza-se que essa estabilidade conferida, típica das sentenças terminativas, não priva o autor de rediscutir a matéria no decorrer de outro processo.

Pelo fato de a coisa julgada formal atribuir imutabilidade à matéria decidida dentro do mesmo processo, inevitável é a sua comparação com a idéia de preclusão. Assim, confrontando-se os dois institutos, verifica-se que o vínculo é estabelecido em razão de a preclusão ser a perda de uma faculdade processual e a coisa julgada formal ser a extinção do poder de exigir nova decisão após o trânsito em julgado.

Em verdade, a coisa julgada formal é vista pela maior parte da doutrina como uma preclusão máxima, ou seja, a última do processo de conhecimento. Sob

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz, *Ibid.*, p. 27.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*, p. 631.

esse ponto de vista, o juiz ou tribunal ficará adstrito ao que restou decidido, não sendo permitido o rejuízo da causa, como também as partes não terão a faculdade de recorrer da decisão.

É correto afirmar que toda sentença, quando se torna irrecorrível, gera a coisa julgada formal. Mas, em contrapartida, demonstra-se que nem toda sentença produz coisa julgada material. Isto se dá, como destaca Cândido Rangel Dinamarco¹², em virtude da função intrínseca da sentença, pois, quer sejam terminativas ou de mérito, elas sempre extinguirão a relação jurídico-processual.

Conforme explicação mais adiante, para que a coisa julgada material surja, necessário é que o conteúdo decisório seja valorizado, não sendo desprezado nem modificado, mesmo em outro processo, exceto em caso de ação rescisória, cujo objetivo principal é a desconstituição da coisa julgada material.

2.2.2 Coisa julgada material

A coisa julgada material consiste em uma imutabilidade mais ampla que a coisa julgada formal. Observa-se que a indiscutibilidade do comando sentencial exterioriza-se para além da relação jurídica principal, ou seja, torna-se cristalina tanto em relação à demanda instaurada, quanto em relação a qualquer outro processo.

Essa característica extraprocessual faz com que os efeitos da decisão se dispersem para fora do processo, impedindo, assim, que o autor ingresse com nova ação vislumbrando os mesmos elementos, tais como partes, causa de pedir e pedido. Caso o demandante insista, conseqüentemente, a ação será extinta sem resolução do mérito, uma vez que a este só é permitido o exame jurisdicional em apenas uma única oportunidade.

Destarte, a coisa julgada material possui aspectos mais amplos: além de impor a autoridade da *res judicata* ao autor da demanda, não consentindo interposição de nova ação, projeta essa imutabilidade para todas as esferas de poder, quer seja judiciária, administrativa ou legislativa.

Consoante exposto anteriormente, ressalta-se que todo pronunciamento jurisdicional final enseja a formação da coisa julgada formal. Todavia, nem toda

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. vol. III., p. 297, apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 29.

sentença traz consigo a constituição da coisa julgada material, já que apenas as decisões que versam sobre o mérito da demanda, acolhendo-a ou rejeitando-a, possuem aptidão tal.

A coisa julgada material é a que está garantida no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (CF), ou seja, é a coisa julgada por excelência. Diante disso, quando na presente pesquisa for utilizado o termo “coisa julgada”, estar-se-á privilegiando o conceito disposto na Carta Magna, qual seja, o da coisa julgada material.

2.2.2.1 Pressupostos da coisa julgada material

Os pressupostos para que uma decisão venha a adquirir o manto da coisa julgada material, segundo o doutrinador Fredie Didier Jr.¹³, são: a) exige-se uma decisão jurisdicional; b) a sentença há que examinar o mérito da causa; c) a análise do objeto litigioso deverá ser realizada através de cognição exauriente; d) tenha se atingido a preclusão máxima, ou seja, a coisa julgada formal.

A partir do exame do art. 468, do CPC, verifica-se que o legislador preferiu imputar a coisa julgada material somente às decisões de mérito. Então, o magistrado, ao pronunciar decisão que certifique a existência ou inexistência de algum direito, de acordo com os incisos do art. 269, do CPC, estará resolvendo o objeto litigioso posto em conflito, e, por conseguinte, atribuindo a autoridade da coisa julgada ao julgamento da lide.

Não é suficiente, porém, que apenas a decisão jurisdicional seja de mérito. É essencial que o mérito tenha sido analisado em cognição exauriente, ou seja, o juiz terá que possuir todas as condições necessárias para proferir um julgamento calcado na certeza, declarando a existência ou não de um direito.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni¹⁴ afirma que a decisão decorrente de um juízo de aparência, onde o magistrado não possui certeza dos fatos, em virtude de a parte não ter tido a oportunidade de ampla defesa e produção de prova, não terá força para produzir a coisa julgada material, constituindo-se apenas de uma declaração sumária.

¹³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 554 et seq.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 634.

Geralmente, a doutrina exemplifica como julgamentos que proferem declarações sumárias os oriundos de processos cautelares. Todavia, esquece-se de que, quando o juiz reconhece a prescrição ou decadência, consoante art. 810, do CPC, está ele decidindo a partir de um juízo de certeza, e não de aparência. Nessa hipótese, a convicção é obtida através de questão meramente de direito, não sendo necessária a análise mais apurada dos fatos.

Indispensável, ainda, para que haja a coisa julgada material, é a existência anterior da coisa julgada formal. Ou seja, a coisa julgada formal, que é a imutabilidade da decisão judicial internamente no processo, funciona como pressuposto lógico para o alcance da coisa julgada material, conforme expressa menção do art. 467, do CPC.

Finalmente, consoante a opinião de Fredie Didier Jr.¹⁵, para que se atinja a coisa julgada material, basta que a decisão judicial emanada satisfaça a todos os pressupostos acima indicados. Assim, no seu entendimento, até mesmo as decisões interlocutórias, quando versam sobre mérito, podem eventualmente encaixar-se, tais como as que julgam antecipadamente parte da demanda ou as que reconhecem parcialmente a prescrição.

2.3 TEORIA DA IDENTIDADE DA RELAÇÃO JURÍDICA

Em meio às lições de Alexandre Freitas Câmara¹⁶, a autoridade da coisa julgada material, demonstrada nas sentenças definitivas, funciona como impedimento processual, quando o magistrado, seja de ofício ou mediante requerimento da parte, verifica que já houve pronunciamento jurisdicional sobre o objeto do processo instaurado. Desta forma, deverá o juiz extingui-lo sem apreciação do mérito, conforme o art. 267, V, CPC.

Afirma-se, de acordo com a teoria das três identidades ou teoria do *tria eadem*, adotada pelo sistema processual brasileiro no art. 301, §2º, do CPC, que a coisa julgada somente desencadeará a extinção processual, quando existir, no novo processo instaurado, a repetição idêntica das partes, causa de pedir e pedido da demanda já proposta.

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 556.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. I., p. 462 et seq.

Entretanto, a teoria das três identidades não engloba todos os casos, fazendo com que seja utilizada apenas como regra geral. Assim, para essas hipóteses que não se enquadram neste sistema, aplica-se a teoria da identidade da relação jurídica, segundo a qual o novo processo instaurado deverá ser extinto apenas quando a *res in iudicium deducta* for igual à contida na demanda original.

Destarte, para demonstrar a fundamentação de tal teoria, imagina-se uma situação onde a questão decidida no primeiro julgamento da ação seja um precedente lógico do objeto do segundo processo. A título de exemplo, suponha que o autor tenha proposto uma ação objetivando apenas a declaração da existência de um crédito em seu favor, mas que, contudo, não logrou êxito, uma vez que seu pedido fora rejeitado ao se comprovar o pagamento da dívida realizado pelo réu. Adiante, novamente, após o trânsito em julgado desta decisão, o autor impetra outra ação, com as mesmas partes envolvidas no processo anterior, com a mesma causa de pedir, porém, com outro pedido: o da condenação do réu ao pagamento da dívida. Assim, nessa hipótese, observa-se que, apesar de a nova demanda conter as mesmas partes e causa de pedir, não possui o mesmo pedido da primeira ação. Por conseguinte, em respeito ao primeiro julgamento, onde se declarou a inexistência do crédito, o segundo pedido deverá ser extinto através de uma sentença terminativa, ou seja, sem resolução de mérito.

Situação parecida consta nas ações declaratórias de paternidade. Aqui, tem-se uma decisão acobertada pelo manto da coisa julgada material, atribuindo a paternidade a alguém, ou seja, declarando que A é pai de B. Posteriormente, B ingressa com uma nova demanda, a “ação de alimentos”, fundado na pretensão decorrente do estado de filiação declarado na primeira decisão. Nesta segunda relação processual, o réu, A, no entanto, contesta a pretensão do autor, alegando que, em virtude deste novo processo não possuir o mesmo objeto do anterior, a questão poderá ser novamente apreciada.

Em análise ao exemplo supracitado, nota-se que a relação jurídica dispensada neste novo processo é a mesma da demanda original. Desta maneira, a discussão, se A é pai ou não de B, é incontestável, já que se deve respeito ao primeiro julgamento proferido, onde se recai a coisa julgada material. A única diferença em relação ao primeiro exemplo demonstrado é que o resultado desta segunda situação não será o julgamento sem resolução de mérito. Já a semelhança entre as duas hipóteses é a de que, tanto em uma como na outra, a coisa julgada

deverá ser respeitada, impedindo que a questão seja apreciada novamente, tornando-a imutável e indiscutível.

Assim, conclui-se que o magistrado, quando se colocar diante de uma questão prejudicial, que já tenha sido atingida pela coisa julgada material, deverá ater-se a tal julgamento, cabendo-lhe tão somente aproveitar o conteúdo da primeira sentença transitada em julgado.

2.4 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL

Ao examinar o instituto da coisa julgada, necessário se faz estabelecer o alcance da sua imutabilidade e indiscutibilidade sob seu aspecto objetivo, ou seja, busca-se, na realidade, saber o que realmente transitou em julgado.

Os limites objetivos da coisa julgada foram bastante discutidos pela doutrina. A redação do art. 287, do CPC-39, elaborada pelo legislador, provocou grande polêmica entre os operadores do direito. O núcleo da discussão consistiu em uma interpretação dúbia por parte da doutrina: alguns entendiam que a coisa julgada atingiria as questões prejudiciais, outros que o referido dispositivo relacionava-se à eficácia preclusiva da coisa julgada.

Entretanto, entende-se que a questão prejudicial suscitada em uma decisão somente conseguirá revestir-se pela autoridade da coisa julgada, quando houver requerimento em petição inicial ou interposição de ação declaratória incidental. Assim, caso venha a ser discutida apenas como fundamento da demanda, ou seja, como questão incidental, a solução não terá o condão de produzir a coisa julgada.

Com o intuito de finalizar o debate jurídico acerca do tema, o legislador corrigiu o erro ao elaborar o art. 468, do CPC, que dispõe: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. De acordo com Fredie Didier Jr.¹⁷, uma primeira análise do texto normativo demonstra que a sentença tem força de lei nos limites da lide decidida. Isso significa dizer que, mediante o pedido interposto pela parte, colocado como questão principal, atinge-se a composição do conflito de interesses.

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 561.

Então, o exame da referida norma jurídica evidencia que a imutabilidade e indiscutibilidade da coisa julgada inserem-se na parte dispositiva da sentença, pois é nela que se constata o julgamento do pedido (a questão principal, a lide). Complementando a idéia de que à parte dispositiva da decisão é que se recai a autoridade da *res iudicata*, o art. 469, do mesmo diploma legislativo, determina que tanto aos motivos da decisão, quanto à verdade dos fatos e às questões prejudiciais julgadas de forma incidental, não se atribui o fenômeno da coisa julgada.

À vista disso, tanto o relatório, por não possuir conteúdo decisório, sendo uma peça acrítica, sem nenhum juízo de valor, quanto a fundamentação, de acordo com o art. 469 acima mencionado, não fazem parte do comando sentencial, e, portanto, não se submetem à estabilidade da coisa julgada.

É correto dizer que a coisa julgada somente se limita à parte dispositiva da decisão. Todavia, é preciso delimitar a extensão desta expressão, estabelecendo sua abrangência. Apesar de os motivos da decisão não serem objeto da coisa julgada, eles são essenciais para entender o verdadeiro alcance do pronunciamento jurisdicional. Além disto, André Luiz Santa Cruz Ramos¹⁸ ressalta que consta do conteúdo decisório não apenas o que está inserido no dispositivo, ou seja, na parte final da sentença, mas também qualquer outro aspecto que o juiz porventura tenha decidido em relação aos pedidos das partes.

Não obstante o entendimento discorrido acima, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão¹⁹ compreende que os objetivos da coisa julgada não estão elencados apenas na parte dispositiva da sentença, mas sim na união do fundamento e do dispositivo. Para este autor, o objeto do processo é delimitado pela causa de pedir e pelo pedido, os quais correspondem, respectivamente, aos fundamentos e aos dispositivos da sentença.

Argumenta o autor que, quando se utiliza apenas o dispositivo da decisão como imutável, caso nova demanda venha a ser instaurada com o mesmo pedido da ação original, mas, contudo, com a causa de pedir diferente desta, poderá concluir-se que haverá coisa julgada, já que o pedido da segunda é idêntico ao da primeira. Porém, a situação exposta trata, na verdade, de outra demanda, não incidindo, portanto, a coisa julgada nos termos do art. 301, §3º, do CPC.

¹⁸ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p.36 et seq.

¹⁹ MOURÃO, Luiz Ribeiro Eduardo. Op. cit., p. 206 et seq.

Ademais, diz que o art. 469, do CPC, ao relatar que os motivos da decisão não transitam em julgado, está afirmando, na verdade, que estes só não são cobertos pelo manto da coisa julgada, quando estão atrelados a um novo pedido, já que, caso estejam unidos ao mesmo pedido, produzirão a coisa julgada.

Nosso entendimento, no entanto, é o de que o fenômeno da coisa julgada incide necessariamente no dispositivo da decisão, pois, neste é que se encontra a declaração do pronunciamento jurisdicional. Ressalte-se que, tanto no relatório, quanto na fundamentação, o magistrado não certifica o direito de acordo com o caso concreto, ocorrendo esta declaração apenas na fase final do ato, ou seja, no dispositivo.

2.4.1 Eficácia preclusiva da coisa julgada

Com a finalidade de prestigiar a declaração transitada em julgado, o Código de Processo Civil, em seu art. 474, estabeleceu que toda e qualquer alegação relacionada com o primeiro julgamento fica preclusa, de forma a impedir a reapreciação da causa em ação superveniente. Logo, dentro desse contexto, estarão inclusas, tanto as alegações que foram deduzidas, como também aquelas que poderiam ter sido pronunciadas e não as foram, quer seja pelas partes, quer seja pelo próprio magistrado no seu poder de ofício.

A presunção que as alegações foram oferecidas e repelidas não nos leva a acreditar que os motivos da sentença transitam em julgado, mas tão somente que, uma vez julgado o conflito de interesses, através da criação da regra concreta ao caso, todo o substrato usado como fundamento para se alcançar essa declaração torna-se irrelevante e superado.

Questão interessante diz respeito ao alcance da eficácia preclusiva da coisa julgada em relação às alegações não deduzidas. Esse tema fez surgir, na doutrina, diferentes correntes: a primeira delas, a majoritária, entende que só permanecem preclusos os argumentos e provas referentes a mesma causa de pedir, por força do que dispõe o art. 474, do CPC. Assim, o efeito preclusivo recai tão somente nos fundamentos que embasaram o pedido do autor. Nesta órbita, permite-se que haja uma nova demanda, com o mesmo pedido, desde que aquela possua como fundamento uma causa de pedir diversa da anterior.

A segunda corrente, que é a minoritária, é defendida pelos doutrinadores Humberto Theodoro Júnior²⁰ e Araken de Assis²¹. De acordo com estes, em relação à eficácia preclusiva da coisa julgada, existe o chamado “julgamento implícito”, onde o juiz, ao julgar, estaria implicitamente examinando e descartando todas as hipóteses relevantes que poderiam ter sido alegadas pelas partes e não as foram. Desta forma, o pronunciamento jurisdicional final, em relação ao pedido argüido na demanda, abrangeria não somente a causa de pedir alegada como fundamento da ação, mas sim todas as demais que poderiam ter sido requisitadas e não as foram.

A terceira e última linha de pensamento, elaborada por José Maria Thesheiner²², sustenta que o efeito preclusivo da coisa julgada atinge todos os fatos jurídicos substancialmente semelhantes, que poderiam fundamentar o pedido requerido, ainda que possam dar ensejo a várias causas de pedir diferentes. Exemplifica sua teoria ao ditar que o autor que instaura uma ação de despejo alegando danos nas paredes do imóvel, não poderá interpor outra demanda fundamentada em danos nas portas, exceto se o fato ocorrer após o término da instrução.

Todavia, juntamente com o doutrinador Fredie Didier Jr.²³, discordamos do pensamento acima exposto e adotamos a corrente majoritária. A justificativa para tal posição se dá através da ideia de que, ao se ingressar uma segunda demanda baseada em outra causa de pedir, na verdade, está-se diante de uma nova ação diferente da primeira interposta. Então, por ser uma demanda distinta, o Poder Judiciário não poderá abster-se da sua devida apreciação, já que a atividade jurisdicional lhe é atribuída. Caso venha a ser admitido o impedimento de se intentar novas demandas com diferentes causas de pedir, estar-se-ia ofendendo o direito fundamental de ação, o devido processo legal e o contraditório, inseridos no art. 5º, XXXV, LIII e LV, CF/88.

O verdadeiro alcance do art. 474, do CPC, está no fato de que, ao se atingir sentença de mérito transitada em julgado, passa-se a ser irrelevante toda a arguição que poderia ter sido levada à juízo e que não a foi. Isto se dá em virtude dos motivos da decisão não transitarem em julgado, pois, caso estes viessem a ser

²⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto apud CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 470.

²¹ ASSIS, Araken de apud DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 571.

²² MARIA, José Thesheiner apud DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Loc. cit.

²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 571 et seq.

imutabilizados, o raciocínio do juiz seria levado em consideração, abrindo-se, assim, oportunidade para que os prejudicados pelo julgamento desconsiderassem a coisa julgada a cada momento em que se lembrassem de alguma alegação que poderia ter sido feita e não a fora.

Desta forma, a decisão transitada em julgada apenas poderá ser modificada quando as alegações utilizadas se inserirem nas exceções previstas pelo legislador, tais como a ação rescisória, a querela *nullitatis* e, dentro da inovação legislativa, a matéria referente à inconstitucionalidade do título executivo, que, de acordo com futura análise, poderá ser questionada na defesa da execução²⁴.

2.4.2 O problema da limitação temporal da coisa julgada

O objetivo primordial buscado neste tópico refere-se ao exato momento em que a coisa julgada acontece. É necessário que se estabeleçam quais as circunstâncias fáticas que são englobadas pela coisa julgada cristalizada por um determinado julgamento, ou melhor dizendo, quais os fatos no curso do tempo que permanecem indiscutíveis com o advento da coisa julgada.

Com fulcro nos ensinamentos de André Luiz Santa Cruz Ramos²⁵, tem-se que o cerne da questão encontra-se na delimitação, mormente em função do que dispõe o art. 474, já analisado, do momento perfeito em que fatos novos possam vir a compor uma nova causa de pedir, e, por conseguinte, proporcionarem uma eventual interposição de uma nova demanda, sem, contudo, transgredirem a coisa julgada anteriormente formada.

Existem fatos que constituem o objeto processual e que são anteriores tanto ao próprio processo quanto à formação da coisa julgada decorrente do mesmo. Nessa hipótese, conforme aplicação do art. 474, já estudado, tais eventos ficarão acobertados pela autoridade da *res judicata*, até mesmo quando, ocasionalmente, não tenham sido conhecidos no trâmite processual.

No entanto, verifica-se que determinados fatos supervenientes, capazes de modificar a relação jurídica objeto da sentença transitada em julgado, autorizam o ajuizamento de nova ação, sem, todavia, infringir a indiscutibilidade atribuída pela

²⁴ Ibid., p. 38.

²⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 39-41.

coisa julgada. Isto se dá em decorrência de tais fatos formarem uma nova causa de pedir e, conseqüentemente, uma demanda diversa.

O que importa, na verdade, é estabelecer um limite temporal, ou seja, até que ponto se estende ou não a autoridade da coisa julgada em relação a fatos posteriores ao trânsito em julgado da decisão. Neste prisma, o exame da questão detém-se aos acontecimentos supervenientes ocorridos no transcurso do processo.

Conforme interpretação do art. 462, do Código de Processo Civil, o magistrado, ao proferir sua decisão, deverá considerar, seja de ofício, seja mediante requerimento, qualquer fato posterior à propositura da ação capaz de influenciar a justa e adequada composição da lide. Além disso, a doutrina e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendem que o termo “sentença”, utilizado por aquele dispositivo, deverá ser compreendido como a última decisão jurisdicional decorrente da fase recursal ordinária. Diante disso, conclui-se que somente restarão abrangidos pela autoridade da coisa julgada os fatos alegados na causa de pedir e os que surgirem durante o curso processual, mais precisamente, até o instante da conclusão dos autos em virtude do último pronunciamento jurisdicional nas instâncias ordinárias.

2.4.3 A aplicação da art. 471, do CPC, às relações jurídicas continuativas

Outro aspecto relativo aos chamados “limites temporais” da autoridade da *res judicata* é a indiscutibilidade das decisões que disciplinam as relações jurídicas continuativas. Essas nada mais são do que sentenças que examinam relações jurídicas que se protraem no tempo, ou seja, são as que abrangem as prestações periódicas.

O trato da matéria está inserido no art. 471, do CPC. Consoante este dispositivo, nenhum magistrado poderá rediscutir questões que já foram analisadas referentes a mesma lide, exceto: a) se tal discussão versar sobre relação jurídica continuativa, quando sobrevier novo estado de fato ou de direito - o que possibilita a parte ingressar com uma ação revisional; b) e nas demais hipóteses previstas em lei.

Alguns doutrinadores acreditam que esse preceito legal transmite a ideia de que, nas relações de trato sucessivo, a decisão não transita em julgado. Permite-se que a sentença, com o surgimento de um fato ou direito superveniente, possa ser reformulada através de uma simples ação de revisão. Entende-se, ainda, juntamente

com Fredie Didier Jr. e outros²⁶, que o instituto da coisa julgada material não é compatível com essa permissão de alteração das decisões dada pelo ordenamento jurídico.

Nossa opinião, bem como a da maioria da doutrina, é a de que tal posicionamento está equivocado. A coisa julgada não é um empecilho para uma nova apreciação da matéria, pois, caso surjam fatos ou direitos supervenientes ao julgamento final, uma nova causa de pedir e um novo pedido se formam, possibilitando, conseqüentemente, uma propositura de uma nova ação, qual seja, a revisional.

A demanda instaurada que objetiva a revisão da decisão é totalmente diferente da anterior, já que o juiz fundamentará sua sentença com base em uma nova situação que se estabelecera. Além disso, a coisa julgada correspondente ao primeiro pronunciamento jurisdicional não pode evitar o reexame da matéria. O aparecimento de fatos ou direitos supervenientes ao trânsito em julgado não são alcançados por sua eficácia preclusiva, pois apenas se descarta aquilo que fora deduzido ou o que poderia ser pelas partes na época do julgamento.

A legislação nacional prevê na Lei 5.478/68, art. 15, que “a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira e econômica dos interessados”. Conforme explicação realizada, tal dispositivo não discorreu corretamente sobre o tema. Afirmar que as sentenças proferidas nas ações de alimentos não transitam em julgado é uma impropriedade, pois caso essa declaração fosse tomada como verdade, as decisões poderiam ser modificadas em quaisquer situações, mesmo não se alterando as circunstâncias financeiras das partes.

O que se constata, realmente, não é uma exceção à regra da coisa julgada, pois tão somente se quer reconhecer o dinamismo de certas relações jurídicas. Em essência, o que se examina são as alterações das circunstâncias de fato ou de direito que fazem com que surja uma nova *causa petendi*, autorizando a interposição de uma nova demanda e abrindo caminho para a produção de uma nova coisa julgada material.

Destaca-se, ainda, que necessário se faz conhecer o instrumento adequado para a revisão da decisão. Caso a parte tenha a finalidade de revisar o

²⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 575.

juízo com base nas mudanças do quadro fático e/ou jurídico, a via apropriada será a propositura de nova demanda. Já em relação àqueles que pretendem revisar o *decisum*, mesmo não estando as circunstâncias de fato ou de direito alteradas, será inevitável o ajuizamento de uma ação rescisória, dentro das restritas hipóteses elencadas no art. 485, do CPC.

Conclui-se, portanto, que a ação revisional deverá ser impetrada quando os elementos de fato ou de direito sejam distintos da demanda original, constituindo, assim, uma nova causa de pedir. Ressalte-se ainda que a sentença pronunciada nesta nova ação não modifica a decisão da primeira demanda; apenas altera a relação jurídica de maneira *ex. nunc.*²⁷

2.5 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada, conforme explanação anteriormente realizada, alcança a declaração inserida na sentença de mérito, determinando a “lei do caso concreto”, capaz de identificar de maneira específica a demanda proposta em juízo. Entretanto, além desta noção, é preciso estabelecer a extensão subjetiva da coisa julgada. Não seria justo, se uma vez julgada a ação entre duas partes, seus efeitos recaíssem sobre todas as outras pessoas, impedindo-as, assim, de rediscutir a sentença, até mesmo quando fossem prejudicadas de forma direta.

O art. 472, do CPC, ao tratar a matéria, preceitua os limites *inter partes*, estabelecendo que a autoridade da coisa julgada apenas seja atribuída às partes que participaram do processo, não se prolongando a terceiros estranhos à demanda. Então, a regra geral é a de que o autor e réu da ação instaurada se submetam à imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, já que a eles foi dada a oportunidade para exercitarem o contraditório.

Imaginar que uma decisão judicial possa se tornar indiscutível em relação a quem não teve condições de influenciar no processo seria uma idéia totalmente inconcebível. O princípio constitucional do contraditório é dirigido não apenas para quem compôs a relação processual, mas também para terceiros, fazendo com que não haja pronunciamentos jurisdicionais, cujos resultados possam vir a atingi-los, sem que, contudo, os tenham discutido em juízo.

²⁷ Ibid., p. 576.

A concepção inclinada no art. 472, do CPC, segundo o qual a decisão imutável só abrange as partes, sem prejudicar ou beneficiar terceiros, embora correta, não considera algumas hipóteses especiais. Além dos limites *inter partes*, a doutrina acrescenta, ainda, os limites *ultra partes* e *erga omnes*.

A coisa julgada *ultra partes* opera-se não somente aos que participaram do processo, mas também a determinados terceiros, ou seja, a certa categoria de indivíduos. No entanto, para que se compreenda melhor tal classificação, é preciso que haja uma distinção entre terceiros juridicamente indiferentes e terceiros juridicamente interessados.

Em meio às lições de Alexandre Freitas Câmara²⁸, os terceiros juridicamente indiferentes subdividem-se em terceiros desinteressados e terceiros com interesse de fato. Os primeiros são aqueles que não serão afetados pela coisa julgada em nenhum momento, ou seja, são indivíduos literalmente estranhos à lide. Já os interessados de fato são aqueles que, apesar de não serem titulares da relação processual, sofrem abalos apenas na esfera fática e não na jurídica. Assim, por não possuírem nenhum prejuízo de direito, mas tão somente danos de fato, ambos não podem intervir no processo por absoluta falta de interesse de agir.

Os terceiros juridicamente interessados representam também duas categorias, as de terceiros com idêntico interesse jurídico aos das partes, bem como as de terceiros subordinados ao interesse jurídico destas. Os primeiros poderão se opor à autoridade da coisa julgada, já que, em virtude de serem igualmente titulares do mesmo interesse jurídico das partes, possuem a prerrogativa de instaurar uma outra demanda com o mesmo fundamento a qualquer tempo.

Por outro lado, encontram-se aqueles com interesse jurídico inferior aos das partes, ou seja, os que sofrem algum prejuízo no âmbito jurídico, mas que, por estarem subordinados àquelas, apenas poderão questionar a coisa julgada nos casos de decisão injusta oposta ao direito ou flagrantemente contrária à prova dos autos. Entretanto, se este terceiro intervier como assistente na relação processual, mais adiante não poderá suscitar a chamada “justiça da decisão”, uma vez que obteve a oportunidade de discutir os fatos no transcurso do processo.

²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 474 et seq.

Analizados os terceiros que podem vir questionar a coisa julgada, passemos a demonstrar algumas situações em que se estabelecerá a coisa julgada *ultra partes*.

Inicialmente, a doutrina, de maneira pacífica, elenca a substituição processual. Aqui, a abrangência dos efeitos da coisa julgada acomete também o substituído, já que o substituto pleiteia o direito deste em nome próprio. Desta forma, a coisa julgada vincula o substituído pelo fato de ele não ser verdadeiramente um terceiro, mas sim o real titular do interesse ajuizado.

Além desta hipótese, considera-se também que, ao sucessor, seja a transmissão *inter vivos* ou *mortis causa*, é atribuído o manto da coisa julgada, pois, mediante a sucessão, ele passa a tomar todas as posições jurídicas que antes eram ocupadas pelo sucedido. Por conseguinte, ao sucessor incumbem-se todas as obrigações e direitos do sucedido, inclusive o lugar como parte no processo em que este litigava, recaindo-lhe assim a imutabilidade da sentença proferida.

Fredie Didier Jr. e outros²⁹ ainda enfatizam a polêmica em torno da coisa julgada *ultra partes* nos casos de legitimidade concorrente. A discussão evidencia-se na seguinte situação: se em uma ação interposta um indivíduo co-legitimado dela não participar na qualidade de litisconsórcio unitário facultativo ativo, poderiam os efeitos da coisa julgada produzida pelo julgamento desta causa vinculá-lo?

A solução discriminada pelo doutrinador dá-se através de uma interpretação extensiva do art. 47, parágrafo único do CPC, segundo a qual o juiz, mediante atividade de ofício, deverá ordenar que o autor da demanda intime todos os demais que possuam legitimidade concorrente, mas que não estão no pólo ativo, para integrarem a lide. Ademais, assinala que também nos casos de solidariedade entre credores, na hipótese de decisão favorável, existe a coisa julgada *ultra partes*, estendendo-se os efeitos aos demais que não participaram da relação processual.

Ainda examinando terceiros interessados, a segunda parte do art. 472, do CPC, dispõe que: “nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros”. A simples leitura do texto legislativo nos leva a crer, equivocadamente, que seria possível a incidência da coisa julgada *erga omnes* nas questões envolvendo estados de pessoa.

²⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 564.

Na realidade, o legislador confundiu-se ao tratar o efeito próprio da coisa julgada como o natural decorrente da sentença. De acordo com a regra explanada, se todos os interessados viessem a compor a relação processual, participando efetivamente do processo, a sentença naturalmente seria indiscutível para todos os indivíduos. Reunidas as partes e todos os terceiros interessados, a decisão tornar-se-ia imutável para todos, quer seja por terem integrado os pólos da relação, quer seja em razão da intervenção, ou até mesmo pela falta de interesse processual dos terceiros indiferentes.

Por fim, a coisa julgada *erga omnes*, prevista no art. 103, do Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública nº 7.347/85, consiste na distribuição dos efeitos da autoridade da *res iudicata* a todos os jurisdicionados, estando ou não estes como partes da relação processual. Tal situação se encontra, geralmente, nas ações coletivas que tratam os direitos difusos e individuais homogêneos.

2.6 MODO DE PRODUÇÃO DA COISA JULGADA

O instituto da coisa julgada merece um exame pormenorizado acerca das maneiras como poderá se constituir. Atualmente, Fredie Didier e outros³⁰ dispõem que existem três espécies de formação da autoridade da *res judicata*, quais sejam: a coisa julgada *pro et contra*; a coisa julgada *secundum eventum litis*; e, por fim, a coisa julgada *secundum eventum probationis*.

A primeira delas, utilizada como regra geral pelo Código de Processo Civil, é a chamada coisa julgada *pro et contra*. Segundo esta, a formação da coisa julgada independe da procedência ou não do julgamento final. Assim, com o intuito de garantir a igualdade entre as partes, qualquer decisão definitiva, favorável ou não ao autor, terá o condão de produzir a coisa julgada.

Ocorre que, como bem lembra Juliana de Correia Carvalho³¹, se a regra fosse a possibilidade de instaurar-se uma nova demanda, em razão da decisão que somente se tornasse imutável quando procedente, uma quantidade enorme de ações seriam ajuizadas. À vista disto, o sistema jurídico entraria em colapso, já que

³⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Op. cit., p. 565.

³¹ CARVALHO, Juliana de Correia. Op. cit., p. 43.

os órgãos jurisdicionais não iriam dar conta do caos proporcionado pelas inúmeras inconformidades dos autores.

Não obstante a regra acima exposta, algumas situações se enquadrarão na chamada coisa julgada *secundum eventum litis*. Aqui, a imutabilidade da decisão somente restará caracterizada, quando a ação for julgada procedente. Conseqüentemente, quando uma determinada decisão vier a ser desfavorável para o autor, ou seja, improcedente, a coisa julgada material ali não incidirá. O tratamento ora evidenciado é visto pela doutrina como uma desvantagem para o réu, já que as partes ficam em posições desiguais.

O terceiro e último modelo de constituição da coisa julgada é o *secundum eventum probationis*. De acordo com este, para que se consiga a formação da coisa julgada da decisão, tanto da procedência, como da improcedência, exige-se sempre o esgotamento de provas. Então, diferentemente do regime *pro et contra*, que imutabiliza a decisão de improcedência por falta de provas, aqui o julgamento desfavorável ao autor somente restará indiscutível, quando forem exauridos todos os meios probatórios.

Realizados os devidos esclarecimentos acerca do que venha a ser cada modelo de produção da coisa julgada, resta-nos agora analisar em que situações serão aplicados os regimes *secundum eventum litis* e o *secundum eventum probationis*.

Atualmente, ambas as modalidades são utilizadas para proteger os direitos coletivos *latu sensu*, quais sejam, os difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos. Assim, para que se compreenda satisfatoriamente a utilidade de tais regimes, necessário é que se faça a distinção desses direitos.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.,³² conceituam os direitos difusos como aqueles que têm por finalidade regulamentar os interesses transindividuais de natureza indivisível, ou seja, direitos que pertencem a uma coletividade e que não podem ser dimensionados individualmente, necessitando serem tratados como um todo. Além disto, protegem pessoas indeterminadas que não possuem nenhum vínculo de natureza jurídica.

³² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. IV., p. 74.

Da mesma forma, os interesses dos direitos coletivos em sentido estrito³³, em relação aos seus aspectos subjetivos e objetivos, respectivamente, são transindividuais e indivisíveis. Todavia, a diferença entre o direito difuso reside tanto na sua titularidade, que é determinável, podendo ser um grupo, categoria ou classe, quanto no fato de se exigir uma relação jurídica base, criada anteriormente à transgressão do direito. Destaca-se, ainda, que esse vínculo jurídico poderá surgir entre os membros do próprio grupo ou pela ligação com a parte contrária.

Por fim, tem-se a categoria dos direitos individuais homogêneos. Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.³⁴, esses direitos, na verdade, representam uma ficção jurídica elaborada pelo direito positivo, cujo único objetivo é proteger coletivamente os direitos individuais. Apesar de possuírem natureza divisível e titulares determinados, são tratados de forma homogênea, ou seja, como se surgissem de uma origem comum.

Examinadas todas as espécies de direitos coletivos *latu sensu*, pode-se concluir, a partir da análise do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor e de determinadas leis específicas, qual o específico regime de produção da coisa julgada que irá protegê-los.

Conforme o inciso III do artigo supramencionado, a coisa julgada *secundum eventum litis*, que se constitui apenas com a procedência da ação, resguardará somente os direitos individuais homogêneos. Já a autoridade da *res iudicata*, operada através do modelo *secundum eventum probationis*, que estabiliza a decisão judicial tão somente com o esgotamento de todos os meios de provas, protege os direitos difusos e coletivos em sentido estrito tanto nos incisos I e II, do art. 103, do CDC, como nas leis que regem a ação popular e o mandado de segurança individual ou coletivo.

2.7 A COISA JULGADA E A SEGURANÇA JURÍDICA

O poder jurisdicional do Estado, como “aplicação da justiça”, decorre justamente da impossibilidade dos membros da sociedade solucionarem seus próprios conflitos. A manifestação dos órgãos estatais investidos de jurisdição,

³³ Ibid., p. p. 74 et seq.

³⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 76-77.

resolvendo os litígios e aplicando o direito vigente, é indispensável para uma convivência harmônica entre os indivíduos. O desenvolvimento pacífico da sociedade estaria comprometido caso as desavenças entre os cidadãos não chegassem ao fim.

Em consonância com André Luiz Santa Cruz Ramos³⁵, a partir do momento em que a jurisdição é invocada pelo Estado, o poder de decidir passa a conter duas características essenciais. A primeira, a chamada “inegabilidade dos pontos de partida”, exige que este poder se baseie em uma norma do ordenamento jurídico, e a segunda, pronunciada como “proibição do *non liquet*”, impõe ao Estado a obrigação de julgar todas as contendas relevantes que lhe são submetidas. Portanto, a função jurisdicional se dá mediante a resolução definitiva de controvérsias postas em juízo através do direito de ação.

No entanto, a jurisdição não é apenas um caminho para a solução dos conflitos, mas precisamente uma expressão do Estado com finalidade de suprimi-los, extinguindo-os de maneira definitiva. Assim, caso a decisão emanada pelo poder estatal não pudesse ser consolidada, impedindo que, tanto as partes, quanto os outros setores do poder do Estado, alterassem-na, a jurisdição serviria para absolutamente nada.

Ressalte-se, ainda, que o juiz, ao proferir o julgamento de um determinado litígio, deverá impor imutabilidade e indiscutibilidade à decisão, não somente com o intuito de impedir a instauração de uma nova demanda versando sobre a mesma matéria, mas sim com o objetivo de afirmar a autoridade estatal. Desta forma, emanada de um poder legítimo, a decisão jurisdicional será protegida não apenas pelo próprio poder Judiciário, mas também pelos demais setores, o Legislativo e o Executivo.

Diante disso, deduz-se que a estabilização dos pronunciamentos jurisdicionais é de suma importância. As relações jurídicas debatidas em juízo não poderão permanecer eternamente instáveis, sob pena de gerar total insegurança para a sociedade. Uma decisão que não possa gerar estabilidade e certeza não tem propósito algum, o que nos leva à conclusão de que a coisa julgada é um pressuposto lógico para a existência do próprio discurso jurídico.

³⁵ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 42 et seq.

2.7.1 A coisa julgada e seus efeitos positivos e negativos no processo

A coisa julgada, proveniente da exclusiva atividade jurisdicional, é quem confere imutabilidade e indiscutibilidade às declarações introduzidas no comando decisório. Por meio deste fenômeno, além dos julgamentos tornarem-se estáveis, a situação específica demandada passa a ser vislumbrada como a “lei do caso concreto”. À vista disso, a resolução indiscutível do conflito sobrevive até mesmo no caso de leis supervenientes.

Com isso, observa-se que a coisa julgada está intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica, pois além de ser sua finalidade, é o seu embasamento jurídico. A sua função positiva e negativa, muito discutida na doutrina, vem para confirmar esta relação, já que ambas referem-se à impossibilidade de discussão da decisão proferida, quer seja no mesmo processo, quer seja em processos subsequentes.

O efeito positivo da coisa julgada consiste na vinculação dos magistrados de causas futuras à declaração emitida e transitada em julgada em processo anterior. Assim, caso na ação originária reconheça-se que o autor é filho do réu, o juiz em posterior demanda alimentícia, não terá permissão de negar o estado de filiação anteriormente decidido. Desta forma, esta declaração não mais poderá ser rediscutida, nem pelos demais juízes, nem por nenhum órgão jurisdicional.

Já o efeito negativo da *res judicata* dá-se quando alguém ingressa com uma nova demanda objetivando reexaminar declaração já transitada em julgado. Destarte, impede-se o debate jurídico daquilo que já fora alcançado pela coisa julgada em um novo processo. Não há permissão, portanto, para que a questão principal da primeira ação seja reapreciada em uma segunda demanda. Caso isso ocorra, qualquer das partes poderá arguir a *exceptio rei iudicatae*, como defesa para obstar o prosseguimento do novo processo.

O doutrinador Liebman³⁶, apesar de reconhecer as funções inerentes à coisa julgada, defende que o efeito positivo da *res judicata* nada mais é do que o da sua eficácia natural. Fundamenta seu posicionamento afirmando que, em razão de os efeitos da sentença serem independentes em relação à coisa julgada, e esta apenas os imutabilizar, nítida torna-se a sua função: a de exclusivamente impedir

³⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op.cit., p. 44.

que todo juízo rediscuta os efeitos produzidos pela decisão precedente. O autor então conclui que apenas a função negativa da coisa julgada configurar-se-ia.

Não obstante a opinião do referido doutrinador, entendemos que há sim uma distinção entre os efeitos da coisa julgada. Nota-se, efetivamente, que a coisa julgada, mediante suas funções negativa e positiva, detém o poder de obstacularizar uma nova avaliação por parte dos magistrados da decisão transitada em julgado, bem como de proibir que qualquer órgão jurisdicional desrespeite a sentença acobertada pela sua autoridade ao julgá-la como questão incidental.

2.7.2 Segurança Jurídica, Coisa Julgada e Estado Democrático de Direito

O princípio da segurança jurídica é visto, atualmente, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. A coisa julgada, ao atribuir estabilidade às decisões provenientes dos órgãos jurisdicionais, passa a ser considerada como um instituto inerente ao princípio da segurança jurídica. Assim, sendo esta parte integrante do Estado Democrático de Direito, conclui-se que a coisa julgada a ele está estritamente associada.

Destarte, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni³⁷, mesmo que a coisa julgada não estivesse elencada expressamente no texto Constitucional, isto não seria obstáculo para sua afirmação no direito processual brasileiro, uma vez que a estabilidade das decisões deriva do Estado Democrático de Direito e está amparada nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Segundo o autor, em virtude da dimensão dos seus objetivos, o Estado Democrático de Direito é, na realidade, um sobreprincípio que, para alcançar os seus fins, interliga-se com diversos outros princípios. Entre estes princípios que compõem seus fundamentos, está o da segurança jurídica.

Neste prisma, a segurança jurídica poderá ser analisada tanto no âmbito objetivo como no subjetivo. No plano objetivo, há incidência da segurança jurídica em relação ao ordenamento jurídico, ou seja, a garantia de irretratabilidade e previsibilidade dos atos estatais.

A garantia objetiva do princípio da segurança jurídica está evidenciada no ordenamento jurídico através da proteção aos direitos adquiridos, na igualdade de

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 64 et seq.

aplicação do direito e na indiscutibilidade das decisões definitivas. Além disto, demonstra-se, em caráter especial, quando se exige uma regulamentação prévia do direito positivo, fazendo com que haja segurança e certeza na aplicação da norma.

Já no plano subjetivo, a segurança jurídica é examinada em relação à confiança dos cidadãos frente aos atos do Poder Público. O princípio da proteção da confiança, inserido nesta perspectiva subjetiva, traduz que a coisa julgada deverá proporcionar aos cidadãos segurança suficiente capaz de garantir que, em nenhum momento, a decisão prolatada em juízo seja violada ou alterada por outro ente estatal.

Desta forma, por ser a segurança jurídica um preceito geral utilizada em várias esferas do direito, a Constituição Federal a incluiu entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, no seu art. 5º, inciso XXXVI. Assim, através do instituto da coisa julgada é que será efetivado o princípio da segurança jurídica, tutelando-se, portanto, a confiança dos cidadãos e a ordem jurídica estatal nas decisões jurisdicionais.

2.8 A COISA JULGADA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Há uma discussão na doutrina quanto à coisa julgada ser ou não um instituto constitucional ou infraconstitucional. Alguns autores afirmam que existe uma hierarquização entre os princípios jurídicos, demonstrando, assim, a falta de necessidade de ponderação de interesses - determinada através da proporcionalidade em certos casos de conflitos principiológicos.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior³⁸, por ser o princípio da intangibilidade da coisa julgada inferior à Supremacia da Constituição, não há conflito de valores entre ambos, já que, neste caso, pressupõe-se que estejam em um mesmo plano de relevância. Desta forma, haveria um choque entre princípios apenas nos casos em que não há preponderância entre si, como nas colisões entre a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, elencados no preâmbulo da Constituição.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord). **Coisa julgada inconstitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 181 et seq.

Enfatiza ainda que os princípios acima dispostos decorrem da força da Supremacia da Constituição. Isso, por conseguinte, torna o princípio da constitucionalidade o valor máximo da ordem jurídica. Assim, a segurança jurídica, por se inserir em um sistema de preponderância e respeito, estaria em um patamar inferior, ou seja, submissa à Supremacia Constitucional.

Entende-se, portanto, que, no ordenamento jurídico brasileiro, a imutabilidade da coisa julgada não se estabelece no âmbito constitucional, mas sim no infraconstitucional. Afirma Humberto Theodoro Jr.³⁹ que o tratamento da coisa julgada tem sede no Código de Processo Civil, fazendo com que esta seja hierarquicamente inferior ao princípio da constitucionalidade.

José Augusto Delgado⁴⁰ possui entendimento parecido, mas um pouco mais profundo. Segundo o Ministro do STJ, os valores da legalidade, moralidade e justiça são absolutos e superiores ao princípio da segurança jurídica, pois aqueles decorrem do regime democrático estabelecido na Constituição, e este se situa no ordenamento jurídico como valor infraconstitucional, resultante do regramento processual.

Destarte, para José Augusto Delgado⁴¹, não somente a garantia da coisa julgada se insere na legislação infraconstitucional, mas também o princípio da segurança jurídica.

Para os referidos doutrinadores, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, apenas tratou a coisa julgada como garantia constitucional nos casos de irretroatividade da lei, impedindo que lei posterior transgredisse a autoridade da *res judicata*. Desta forma, as decisões judiciais não se inserem nesta disposição constitucional, já que somente em relação às novas leis é que deveria a coisa julgada predominar. Assim, a sentença que estiver em desconformidade com as diretrizes constitucionais jamais poderá se firmar, haja vista esta atacar diretamente a ordem máxima do ordenamento jurídico.

Não obstante os referidos posicionamentos, concordamos com a opinião do doutrinador Luiz Guilherme Marinoni⁴², que entende que a norma disciplinada

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto e FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 127, set. 2005, p. 11 et seq.

⁴⁰ DELGADO, José Augusto apud FRANÇA JÚNIOR, Fausto. A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord). Op. cit., p. 122.

⁴¹ DELGADO, José Augusto, apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz, Op.cit., p. 129.

neste artigo da Constituição não deverá ser compreendida apenas no seu aspecto literal. O fato de a disposição tão somente se direcionar para as leis posteriores não isenta de sua esfera de aplicação os administradores e os juízes. Não haveria nenhuma segurança jurídica se a decisão judicial, mesmo sendo inalterável pelo Poder Legislativo, pudesse ser negada por quem tem a prerrogativa de produzi-la.

Ressalta o autor que o fato de a legislação inconstitucional prever casos de descon sideração da coisa julgada não significa que esta não está resguardada pela Constituição. As hipóteses de ação rescisória são plenamente aceitas, pois desconstitui a coisa julgada apenas em casos excepcionais e não em situações que permitam modificação da decisão através de sua revisão ou de uma nova interpretação.

Diante do exposto, conclui-se que o objetivo concreto do art. 5º, inciso XXXVI, é o de proteger a coisa julgada de qualquer lei infraconstitucional, não atacada no âmbito executivo, nem alterada na esfera legislativa, que afirme que uma decisão judicial proferida de forma legítima, baseada em todos os argumentos e provas apresentadas, possa ser revista pelo Poder Judiciário. Assim, a lei que autorizar a revisão de tal decisão será considerada inconstitucional.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 68 et seq.

3 DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

3.1 NOÇÕES DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Ao longo dos últimos anos, muitos doutrinadores discorreram sobre a questão da relativização da coisa julgada. Para os defensores desta flexibilização, a coisa julgada não deve ser considerada como um valor absoluto, devendo ser ponderada, quando confrontada com outros valores constitucionais não menos importantes.

Os defensores da relativização sustentam que a coisa julgada poderá ser rescindida mesmo após o transcurso do prazo decadencial de dois anos para a interposição da ação rescisória. Além disso, buscam equilibrar a garantia da coisa julgada com a justiça e com a constitucionalidade das decisões judiciais.

Liderando a corrente doutrinária a favor da relativização da *res judicata*, nos casos de vícios de inconstitucionalidade, o doutrinador Humberto Theodoro Júnior⁴³ afirma que há um princípio geral, o da Supremacia da Constituição, que garante que qualquer ato, decorrente de todos os poderes e órgãos do Estado, deve submeter-se às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição. Para o autor, não há como conceber que um ato decisório transitado em julgado eivado de inconstitucionalidade não possa ser modificado, uma vez que à sentença baseada em uma mera ilegalidade é dada a oportunidade de se afastar a autoridade da coisa julgada através de uma ação rescisória. Assim, entende-se que os atos em desacordo com a ordem constitucional são inválidos e merecem tratamento distinto, já que representam uma gravidade maior, que é a inconstitucionalidade.

O emprego da expressão “coisa julgada inconstitucional” é bastante criticado por alguns doutrinadores, como Barbosa Moreira⁴⁴ e Eduardo Talamini⁴⁵. De acordo com estes, a inconstitucionalidade sobrevém da própria sentença e não da coisa julgada, já que esta apenas serviria para estabilizar a inconstitucionalidade inserida no conteúdo do ato decisório. Desta maneira, o termo mais adequado à situação seria “sentença inconstitucional” acobertada pela autoridade da *res judicata*.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Op. cit., p. 177 et seq.

⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, volume 377, p. 44.

⁴⁵ TALAMINI, Eduardo apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op.cit., p. 92.

Não obstante o referido entendimento, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro⁴⁶, apesar de considerarem uma crítica oportuna, esclarecem que o uso tradicional da “coisa julgada inconstitucional” poderá ser explicado através do comportamento linguístico que normalmente é utilizado, ou seja, tomar o continente pelo conteúdo. Assim, exemplificam o costume da linguagem quando, ao se afirmar que a medicina desenvolve novas pesquisas em relação a determinado vírus, diz-se, na realidade, que são os médicos que estão investigando. Destarte, asseverar que a coisa julgada é inconstitucional significa atestar que uma sentença transitada em julgada realizou a ofensa.

André Luiz Santa Cruz Ramos⁴⁷ constata que efetivamente há uma atecnia na expressão “coisa julgada inconstitucional”. Todavia, entende que o termo deverá ser utilizado no tratamento da matéria. Justifica seu posicionamento alegando que, posteriormente, o próprio crítico da expressão, Eduardo Talamini, fundamentou o seu uso. Consoante a opinião deste autor, o vocábulo “sentença inconstitucional” não é apropriado por não abranger o impasse de maior gravidade, qual seja, a proibição de cassação ou revisão do ato decisório em virtude da existência da coisa julgada.

Deste modo, para o referido autor, o cerne da questão é se a coisa julgada deverá prevalecer nas hipóteses em que estabiliza comandos incompatíveis com outros valores ou normas constitucionais. Além disto, enfatiza o uso da expressão “coisa julgada inconstitucional” ao afirmar que esta demonstra com clareza que toda e qualquer controvérsia em torno do rompimento da coisa julgada só tem legitimidade quando é guiada por parâmetros constitucionais.

Em sintonia com as ideias dos doutrinadores supramencionados, concordamos que o termo “coisa julgada inconstitucional” é o mais adequado para o estudo da problemática, uma vez que o centro da discussão gira em torno, justamente, da prevalência ou não da garantia constitucional da coisa julgada em relação às sentenças incompatíveis com princípios e dispositivos elencados na Constituição Federal. Portanto, este será o termo utilizado na presente pesquisa.

No estudo da relativização da coisa julgada, verifica-se que não há uma exata sistematização da matéria, mediante critérios objetivos capazes de definir as

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. Op. cit., p. 11 et seq.

⁴⁷ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op.cit., p. 92.

hipóteses e os limites em que haverá a flexibilização da autoridade da *res judicata*. Contudo, observa-se um certo avanço no desenvolvimento dos estudos em relação à “coisa julgada inconstitucional”, que vem se firmando na doutrina e na legislação processual pátria.

Diferentemente da relativização da coisa julgada nas hipóteses de decisões injustas intoleráveis, que serão analisadas mais adiante, a tese da coisa julgada inconstitucional possui um amparo jurídico mais amplo. Além de promover um maior número de controvérsias, possui um tratamento distinto, tanto por parte da jurisprudência, conforme dispõe André Santa Cruz Ramos⁴⁸, como através do direito positivo vigente⁴⁹.

À vista disso, podemos concluir que a coisa julgada inconstitucional, a partir da aplicação do princípio da constitucionalidade, tem como base uma decisão jurisdicional que ofende as disposições do ordenamento jurídico máximo. Resume-se, portanto, que o princípio da Supremacia da Constituição faz com que todos os atos, praticados pelos Poderes Públicos, devam guardar respeito absoluto aos valores elencados na legislação constitucional vigente, sob pena de invalidade.

Ademais, ressalte-se ainda que inúmeras soluções são apresentadas pela doutrina com o intuito de resolver o problema, tais como, a ação rescisória, o mandado de segurança, a *querella nullitatis*, a ação declaratória de inexistência, a exceção de pré-executividade e, por fim, os embargos à execução e à impugnação instaurada na fase de cumprimento de sentenças, conforme inovação conduzida pela Lei nº 11.232/05.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A essência da discussão em torno da coisa julgada inconstitucional é se o pronunciamento ulterior do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma específica, ocasionalmente utilizada em uma

⁴⁸ Não incidência da Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, quando o fundamento da ação rescisória decorre da violação literal à dispositivo normativo constitucional. (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 93).

⁴⁹ A previsão, consoante os arts. 741, parágrafo único, e 475-L, §1º, do CPC, da possibilidade de alegar inexigibilidade do título executivo judicial baseado em lei ou ato normativo, declarados inconstitucionais pelo STF ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. (Loc. cit.)

decisão jurisdicional, poderá quebrar a intangibilidade atribuída a este julgamento pela coisa julgada material.

Para se atingir o núcleo dessa controvérsia, aferindo a viabilidade da descon sideração da coisa julgada, necessita-se, de início, de uma análise mais acurada a respeito da natureza jurídica das sentenças inconstitucionais, ou seja, definir quais as espécies de vícios que inquinará a coisa julgada.

As classificações doutrinárias dos vícios que acometem as sentenças inconstitucionais dependem, sobretudo, dos seus níveis de gravidade. Desta forma, o defeito constatado na decisão poderá consistir, quanto ao grau de sua eficácia, em nulidade relativa, em nulidade absoluta, ou mesmo, em uma inexistência jurídica.

A inexistência da sentença somente ocorrerá quando esta possuir um defeito de essência, ou seja, através de uma imperfeição intrínseca capaz de deformá-la ao ponto de comprometer sua natureza de ato sentencial⁵⁰. A gravidade do vício é intensa e não permite que a decisão sequer transite em julgado.

Já em relação à sentença contaminada por uma nulidade absoluta, embora o vício seja grave, o defeito não desconstitui a coisa julgada material. Aqui, apesar de a decisão sobreviver à imperfeição e transitar materialmente em julgado, permite-se a sua impugnação através da interposição da ação rescisória. Desta forma, a sentença será absolutamente nula, mas rescindível.

Finalmente, tem-se a sentença relativamente nula, onde, após a incidência da coisa julgada material, não poderá ser mais desconstituída. À vista disso, as nulidades relativas são sanadas no transcurso processual, ou seja, são defeitos sujeitos à preclusão, não sobrevivendo à imutabilidade que reveste a sentença.

Não obstante a classificação acima elencada, verifica-se que os doutrinadores, ao tratarem da matéria, não são uniformes. Humberto Theodoro Júnior⁵¹, por exemplo, diferencia três grupos de sentenças: as rescindíveis, as nulas e as inexistentes. Para o autor, tanto as decisões nulas, como as inexistentes não são capazes de transitar materialmente em julgado, uma vez que possuem um vício de intensa gravidade.

⁵⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 132.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz, Ibid., p. 134.

Para André Luiz Santa Cruz Ramos⁵², a discussão não traz muitos problemas para o exame da matéria, pois a desarmonia entre os autores apenas incide no aspecto terminológico. O fato mais importante é o de que a doutrina, além de vislumbrar três diferentes níveis de vícios que podem contaminar as sentenças, de acordo com a sua gravidade, atesta, para cada espécie de defeito, um regime jurídico-processual adequado para sua retificação.

A doutrinadora Tereza Arruda Alvim⁵³ defende que as sentenças inconstitucionais são juridicamente inexistentes. Para a autora, a decisão de mérito prolatada, quando ausente alguma das condições da ação é inexistente, não deve ser sequer submetida ao juiz, nem muito menos apreciada por este. Por conseguinte, o julgamento pautado em norma declarada inconstitucional pelo STF não se enquadra nas hipóteses de rescindibilidade das decisões, já que há ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. A sentença, nesse caso, possui como norma fundamentadora uma lei, que, na verdade, não era lei, em virtude da sua incompatibilidade com a Constituição Federal.

Assim, as sentenças inconstitucionais são inexistentes e podem ser atacadas a qualquer tempo, mediante qualquer ação, até mesmo nas demandas executivas, uma vez que não são acobertadas pela autoridade da coisa julgada material. Desta forma, por ser a constituição do título executivo judicial um dos efeitos inerentes ao ato decisório, vindo a ser este considerado juridicamente inexistente, obviamente a execução será prejudicada em sua totalidade, pois lhe falta o requisito principal, qual seja, o título executivo judicial.

Ressalva ainda a autora que, caso a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo STF possua efeitos *ex-nunc*, em virtude da segurança jurídica ou eventual interesse social, o executado não poderá alegar a inexistência da sentença, sendo a este permitido apenas nos casos de declarações com efeitos *ex-tunc*.

Corroborando com o pensamento da autora acima mencionada, Ivo Dantas⁵⁴ afirma que, se o pronunciamento de inconstitucionalidade significa inexistência de lei e/ou ato, não há que se tecer comentários em relação à coisa julgada, pois esta não poderá ser fundamentada em algo que não existe. Então, pelo

⁵² RAMOS, André Luiz Santa Cruz, *Ibid.*, p. 135.

⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord). *Op. cit.*, p. 328 et seq.

⁵⁴ DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord). *Op. Cit.*, p. 111 et seq.

fato de a sentença ser inexistente, não há que se discutir sobre a relativização da coisa julgada, ou seja, a discussão acerca da flexibilização da autoridade da *res judicata* perde o seu objeto.

A segurança jurídica, para o autor, não poderá ser atentada, uma vez que esta não poderá incidir no nada, no inexistente. Desta forma, defende que a situação seja analisada a qualquer tempo e em qualquer instância ou tribunal, como nas hipóteses de arguição de inconstitucionalidade. Assim, caso a ação rescisória não possa ser impetrada em razão do seu limite temporal, aplicar-se-á o mandado de segurança ou a ação declaratória de nulidade absoluta da sentença.

Por outro lado, encontram-se opiniões contrárias aos que entendem serem as sentenças inconstitucionais inexistentes, tais como as de Humberto Theodoro Júnior⁵⁵. Defende este doutrinador que as decisões inconstitucionais são inválidas. Por não estarem em consonância com a Constituição Federal, são sentenças absolutamente nulas, podendo ser revisadas mediante ação rescisória (não sujeita a prazo), ação declaratória de nulidade ou mesmo nos casos de embargos à execução. Destarte, afirma que o fenômeno da inconstitucionalidade nas decisões resume-se a uma relação de validade, sendo, por conseguinte, somente válido aquele ato de acordo com a ordem constitucional.

Humberto Theodoro Jr.⁵⁶ declara, ainda, que a inconstitucionalidade faz com que a sentença seja nula *ipso jure*, sendo incapaz de formar a coisa julgada material. Assim, assevera que a parte não precisa se sujeitar a prazos prescricionais ou decadenciais para retirar-lhe seus efeitos, já que ao não se constituir a autoridade da *res judicata*, a decisão pode ser contestada a qualquer tempo, em qualquer processo, mediante qualquer juiz ou tribunal.

Alude o autor que, para se considerar uma sentença como inexistente, seria necessário que lhe estivesse ausente um elemento material indispensável para a sua ocorrência, como na hipótese de decisão prolatada por quem não é juiz ou proferida sem pressuposto de um processo que pudesse sustentá-la. Ademais, constata que a simples ilegalidade não torna o *decidum* inexistente, uma vez que fora pronunciado através de um processo regular e devidamente transitado em julgado, ainda que contaminado por uma inconstitucionalidade.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord). *Ibid.*, p. 181 .

⁵⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 188.

No entanto, partindo das lições de Araken de Assis⁵⁷, a tese que exclui todas as decisões nulas das hipóteses da ação rescisória é bastante imprecisa, uma vez que não diferencia de maneira eficaz os planos da existência, validade e eficácia. Para o autor, apesar de essa discussão ser comum entre os doutrinadores, o erro é lastimável, pois é inconcebível admitir que o nulo não produza efeitos. O ato processual nulo tem eficácia até o pronunciamento do magistrado, desconstituindo-o de ofício ou a requerimento da parte. Assim, por produzir efeitos, o provimento nulo é apto a formar a coisa julgada material.

Na verdade, verifica-se que, sem a correta distinção entre os planos da inexistência, invalidade e ineficácia, não se atingem soluções convincentes neste tema. Desta forma, entendemos que a sentença inconstitucional padece de vício de nulidade, não lhe estando ausente, portanto, nenhum elemento essencial que comprometa a sua constituição, tal como a falta de um dispositivo ou ainda a inexistência de um magistrado devidamente investido.

Entendemos, ainda, que, embora a sentença inconstitucional seja nula, ela é existente e eficaz até a sua desconstituição mediante pronunciamento jurisdicional. Assim, constata-se, em consonância com Juliana Carvalho Correia⁵⁸, que o referido ato decisório contém apenas um vício estrutural, ou seja, seria um ato-jurídico imperfeito, haja vista ser fundamentado em uma lei inconstitucional desprovida de qualquer eficácia jurídica. Neste prisma, o ato sentencial baseado em norma inconstitucional corresponderia a uma decisão sem fundamentação, o que de fato acarretaria em uma nulidade absoluta.

Diante disto, conclui-se que a sentença inconstitucional é um ato-jurídico inválido, porém, eficaz, uma vez que produzirá efeitos até que o órgão prolator a desconstitua. Deste modo, verifica-se que a sentença viciada será capaz de produzir a coisa julgada material, formalizando, assim, o título executivo judicial. Entretanto, a eficácia deste título poderá ser interrompida através de ações rescisórias,

⁵⁷ O autor distingue de forma precisa o ato processual inexistente do contaminado por uma nulidade absoluta: “Freqüentemente, cria-se lastimável confusão entre a inexistência e a nulidade absoluta, sob o fundamento de que seus efeitos se equivalem. Esta coincidência se revela inexata. O defeito do ato inexistente é de tal ordem que nenhuma consideração merece do juiz, vez que simples fato da vida, do qual “nada resulta”. De seu turno, o ato inválido, porque gera efeitos até seu desfazimento, exigirá desconstituição por resolução do órgão judiciário, pouco importando para tal arte, se *ex officio* ou por iniciativa do prejudicado.” ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1187.

⁵⁸ CARVALHO, Juliana de Correia. **A inexigibilidade do título executivo judicial inconstitucional**. João Pessoa: Idéia, 2009. p. 49.

fundamentadas no art. 485, do CPC, ou ainda de acordo com o novo panorama legislativo, mediante os arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do CPC, cuja constitucionalidade será aferida mais adiante.

3.3 MECANISMOS DE COMBATE À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A sentença prolatada, em princípio, poderá ser contestada mediante duas vias distintas: os recursos e a ação rescisória. Os recursos são utilizados com a finalidade de se evitar ou minimizar o risco de injustiça do julgamento único. No entanto, caso seja esgotada a possibilidade de impugnação recursal, instaura-se a coisa julgada e as relações jurídicas se tornam imutáveis e indiscutíveis.

Entretanto, a sentença, em alguns casos, poderá estar contaminada por algum vício, seja uma nulidade ou um defeito, capaz de torná-la inapropriada para cumprir a missão que lhe destinou a ordem jurídica. Assim, em decorrência de tamanha imperfeição e com o intuito de reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, surge então, a ação rescisória.

Com efeito, apesar de ser uma forma de descon sideração da coisa julgada, a lei a privilegia ao tratar a matéria de maneira excepcional, interpretando restritivamente o art. 485, do CPC. Desta forma, as hipóteses elencadas no dispositivo legal são taxativas, limitando-se o seu uso apenas nos casos em que haja um defeito de extrema gravidade no conteúdo decisório.

No entanto, verifica-se na doutrina e na jurisprudência que essa excepcionalidade de cabimento deverá ser mais flexível, uma vez que há atualmente uma necessidade de ponderar valores, relativizando a *res judicata* e o próprio princípio da segurança jurídica que lhe fundamenta.

Destarte, objetivando retirar do ordenamento jurídico todas as sentenças contrárias à Constituição Federal, vem predominado a ideia de que as hipóteses de cabimento da ação rescisória não são *numerus clausus*, devendo ser alargadas em razão da subsistência de valores maiores que a própria intangibilidade da coisa julgada.

Atualmente, o meio de impugnação comumente aceito das sentenças inconstitucionais é o da ação rescisória, inserida no inciso V, art. 485, do CPC. De acordo com este dispositivo legal, a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser desconstituída quando “violar literal disposição de lei”.

O Supremo Tribunal Federal, buscando preservar a coisa julgada em face das alterações dos tribunais, editou a Súmula nº 343, que declara não caber “ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Compreende-se, portanto, que a decisão que adotar uma das interpretações divergentes entre os tribunais não pode ser objeto de ação rescisória.

A doutrina, procurando flexibilizar as hipóteses de cabimento da ação rescisória, passou a interpretar que o significado de “violação literal de lei” deveria abranger não somente lei infraconstitucional, mas também a transgressão literal de norma constitucional. Ademais, em consonância com tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça⁵⁹ e o Supremo Tribunal Federal⁶⁰ tinham assentado que o enunciado da Súmula nº 343 não seria aplicável aos casos em que houvesse divergência quanto à interpretação da Constituição Federal, restando a sua incidência apenas nas hipóteses em que a decisão se fundasse em lei infraconstitucional.

Na oportunidade, o fundamento dispensado fora o de que uma lei constitucional não é uma lei qualquer, mas sim a lei fundamental do sistema, capaz de gerar apenas uma única interpretação, a juridicamente correta. Assim, admitia-se como “interpretação correta” a pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que a aplicação assimétrica de uma decisão proferida por este tribunal, em matéria constitucional, significa instabilidade maior, já que representa uma violação a um referencial normativo que funciona como sustentáculo para todo o sistema.

Luiz Guilherme Marinoni⁶¹, discordando do posicionamento acima adotado, afirma que a teoria da “interpretação correta” não logrou êxito quando vislumbrada pela doutrina. Para o autor, visualizar uma diferença qualitativa entre a violação de uma norma constitucional e de uma infraconstitucional constitui evidente *contradictio in terminis*. Entende que não há motivos para que uma interpretação seja distinta da outra pura e simplesmente pelo fato de uma dada qualidade de norma – norma constitucional. Acredita-se que ou há uma interpretação correta para

⁵⁹ STJ, 1ª Seção, EDiv no Resp 608.122, rel. Min. Teori Zavascki, j. 09.05.2007. In: CARVALHO JR., Gilberto Barroso de. A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do art. 741 do CPC. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3605/a-coisa-julgada-inconstitucional-e-o-novo-paragrafo-unico-do-art-741-do-cpc>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

⁶⁰ STF, Emb. Decl. no RE nº 328812/AM, REL. Min. Gilmar Mendes, j. 03.06.2008. In: Ibid.

⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 96 et seq.

ambas as hipóteses, já que em todos os casos há sempre um interpretar, ou não há a possibilidade de uma única interpretação correta em qualquer dessas normas. Sustentar que uma determinada norma tem uma interpretação correta e outra uma razoável é inaceitável, posto que o ato de interpretar é um só.

Afirma-se que não há dúvida de que a interpretação do Supremo Tribunal deve prevalecer submetendo os demais juízes. Não se admite que estes possam, diante de questão constitucional, proferir julgamento com interpretação contrária à ofertada pelo Pretório Excelso. Porém, alega que isso não faz com que a interpretação do Supremo Tribunal Federal possa ou deva se sobrepor as demais interpretações judiciais pretéritas, provocando uma verdadeira destruição, ou mesmo uma nulificação, das decisões passadas em julgado.

Não obstante, tem-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal são retroativas e atingem o controle difuso revestido pela coisa julgada. Argumentam aqueles que defendem esta retroatividade que as questões submetidas ao controle concreto da constitucionalidade demoram a chegar ao Supremo Tribunal Federal, fazendo com que as decisões prolatadas pelos tribunais alcancem o trânsito em julgado.

Compreende, o referido autor, que o lapso temporal não justifica a admissão de retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a autoridade da coisa julgada, haja vista ter a decisão judicial um juízo legítimo sobre a constitucionalidade, qual seja, o poder dever do juiz em realizar o controle de constitucionalidade. Enfatiza, ainda, que o fato de a decisão judicial se revestir da autoridade da coisa julgada, antes mesmo do exame do Supremo Tribunal Federal, é uma mera consequência do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Conclui, portanto, que acolher o fundamento da demora para se manifestar sobre a questão constitucional seria o mesmo que negar o efetivo sistema de controle difuso de constitucionalidade. Além disso, aduz que a admissão da retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal significa sujeitar a coisa julgada a uma condição ou a um estado de provisoriedade. A tutela jurisdicional, não obstante sua satisfatoriedade, seria suscetível de revogação, tornando a “decisão final” um verdadeiro juízo provisório, uma vez que não possui uma real estabilidade, podendo vir a ser contrariada pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, aqui se defende, juntamente com o doutrinador supramencionado, que aceitar a não aplicação da Súmula nº 343 é o mesmo que

negar os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. A decisão baseada em um juízo legítimo, ou seja, prolatada em controle difuso, embora produza efeitos imediatos, sempre deixará as partes em estado de espera, já que, ao invés de solucionar o conflito de interesses, transmitindo uma confiança legítima, aumenta a litigiosidade e a expectativa entre os jurisdicionados, demonstrando, de forma nítida, que o processo passa a ser um instrumento desnecessário.

Ressalte-se, por outro lado, que não há decisão estatal legítima que possa ser contrariada pelo próprio Estado. A decisão proveniente de um controle de difuso é tão autêntica como a decorrente do Supremo Tribunal Federal, pois ambas resultam do Poder Judiciário e são legitimadas pela Constituição Federal. Dessa forma, enganam-se aqueles que são adeptos da não incidência da Súmula nº 343, na medida em que não constatarem que aceitar uma decisão baseada em lei (in)constitucional não significa admitir que uma lei declarada inconstitucional produza efeitos. O que se busca, na verdade, é o respeito à autoridade da coisa julgada, privilegiando um legítimo juízo precedente sobre a inconstitucionalidade.

Aqueles que entendem caber a ação rescisória, nos casos de ulterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, cometem um verdadeiro equívoco. O fundamento descoberto, mas não revelado de forma expressa, é o direito superveniente, e não a violação literal de lei ou transgressão de norma constitucional. Todavia, verifica-se que o *ius superveniens* não é capaz de retroagir ao ponto de desconsiderar a coisa julgada, fazendo com que a Súmula nº 343 seja devidamente aplicada nas hipóteses que envolvem a questão constitucional. Romper a intangibilidade da coisa julgada implica não somente na eliminação das expectativas do jurisdicionado diante do Poder Judiciário, mas também desestabiliza a legitimidade conferida aos juízes e tribunais para o exercício do controle difuso de constitucionalidade.

Diante de todo esse panorama argumentativo, em 22.10.2014, em julgamento no Plenário, o STF⁶² mudou de entendimento, passando a aceitar a aplicação da Súmula 343 em caso de violação à norma constitucional, isto é, decidiu-se que a referida súmula deve incidir quando a decisão transitada em

⁶² STF, Plenário, RE 590809/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014. In: Dizer o Direito. Não cabe ação rescisória contra acórdão que, à época de sua prolação, estava de acordo com o STF. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/11/nao-cabe-rescisoria-contra-acordao-que.html>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

julgado foi proferida com base em interpretação controvertida sobre matéria constitucional.

Nesse ínterim, na hipótese da sentença transitada em julgado ser atacada, por meio de uma ação rescisória, calcada no art. 485, V, do CPC, sob a alegação de posterior pronunciamento do STF, resolvendo a controvérsia existente ao tempo da confecção da decisão, deve-se utilizar a Súmula 343, afastando o cabimento da ação referida. Frisou, ainda, o Pretório Excelso que a decisão imutável deve estar baseada na jurisprudência da Corte vigente à época de sua prolação, mas que, posteriormente, teve o entendimento modificado.

Entretanto, a Corte Suprema excepcionou uma situação: se a sentença transitada em julgado fundamentou-se em uma lei e esta foi mais adiante declarada inconstitucional pelo STF com eficácia *erga omnes* e sem modulação de efeitos, nesse caso caberia ação rescisória, afastando-se a Súmula 343-STF.

Inobstante o avanço do entendimento, acreditamos que a referida Súmula deve incidir também na conjuntura excepcionada pelo STF, tendo em vista que houve um juízo legítimo realizado pelos juízes e tribunais, através da feitura do controle difuso de constitucionalidade.

Por outro lado, há uma discussão, na doutrina, a respeito da limitação temporal para a interposição da ação rescisória nos casos de sentenças inconstitucionais. Na visão do autor Ivo Dantas⁶³, quando a decisão contraria a Constituição Federal, estar-se-á diante de um pronunciamento jurisdicional inexistente, o que, por conseguinte, desautoriza a utilização do prazo decadencial de dois anos estabelecido para a propositura da ação rescisória.

Assim, entende-se que, nos casos de coisa julgada inconstitucional, a violação à Constituição poderá ser discutida a qualquer tempo e em qualquer instância ou Tribunal. Além disto, o doutrinador sustenta ser essencial uma maior abertura para cabimento da ação rescisória, fazendo com que haja uma prevalência da Constituição como Lei maior do sistema⁶⁴.

Não obstante, a nossa posição é a de que, observado o prazo legal, somente há que se admitir o uso da ação rescisória fundada em violação de norma

⁶³ DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord). Op. cit., p. 264- 267.

⁶⁴ O autor André Luiz Santa Cruz Ramos discorda alegando que “o uso da rescisória só se justifica se admitir a existência da coisa julgada a ser rescindida. E em se admitindo a existência da coisa julgada, não há como fugir aos parâmetros legais estabelecidos pelo ordenamento processual para o manejo desse mecanismo excepcional.” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 142)

constitucional quando a transgressão resultar em uma não aplicação de decisão proferida em ação direta, súmula ou precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal. Além disto, cabe a ação rescisória aos casos em que se choquem diretamente com o texto constitucional e quando a sentença for prolatada com interpretação manifestamente inconstitucional.

A doutrinadora Tereza Arruda Alvim⁶⁵ considera a sentença inconstitucional um ato jurídico inexistente, uma vez que possui pedido juridicamente impossível. Logo, defende que a inexistência poderá ser invocada a qualquer tempo, mediante qualquer ação, sendo possível até mesmo no curso da execução (embora exista a opção de ingresso de ação própria, objetivando a declaração da inexistência).

Assim, assevera que as sentenças inexistentes, por não produzirem coisa julgada material, não são inseridas nas hipóteses de rescisão. A incidência da ação rescisória restaria apenas aos casos de nulidade da sentença, tendo em vista que o que se rescinde não é a decisão, mas sim a coisa julgada.

Não obstante, conforme explicação já realizada, defende-se que a coisa julgada inconstitucional padece de vício de nulidade, o que, por conseguinte, leva-nos a rejeitar a utilização da ação declaratória de inexistência.

Por outro lado, diante da questão dos meios processuais utilizáveis para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, ressalta-se na doutrina o uso da ação declaratória de nulidade, a chamada *querela nullitatis*. O ordenamento jurídico brasileiro permite que, através desta modalidade de impugnação, uma decisão judicial existente, eivada de determinados vícios, seja considerada inválida, mesmo restando ultrapassado o lapso temporal da ação rescisória.

Segundo Humberto Theodoro Júnior⁶⁶, as sentenças inconstitucionais são nulas e, portanto, não são submetidas a nenhum tipo de prazo, seja prescricional ou decadencial. Deste modo, afirma-se que os atos judiciais nulos são independentes, ou seja, não necessitam do uso da rescisória para suprimir o vício respectivo, tal como ocorre nos casos em que a coisa julgada contempla nulidade absoluta decorrente de vício de citação.

⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord). Op. cit., p. 327-330.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Op. cit., p. 186-187.

Destarte, à vista da nulidade inserida na sentença inconstitucional, assere-se que o uso da rescisória admite-se apenas em virtude do princípio da instrumentalidade e economicidade, sendo, portanto, uma medida extraordinária perante a intensa gravidade do vício incluso na decisão judicial. Na verdade, sustenta-se que o reconhecimento da inconstitucionalidade da coisa julgada pode ser realizado até mesmo de ofício e em qualquer tempo, seja através da ação rescisória sem imposição de prazo, da ação declaratória de nulidade ou dos embargos à execução.

A *querela nullitatis* é destinada ao tratamento dos chamados vícios transrescisórios e, por tal motivo, é recepcionada pelo sistema legislativo brasileiro como algo excepcional, já que a regra é que as decisões judiciais transitadas em julgado acometidas por determinadas invalidades apenas possam ser desconsideradas através da ação rescisória no prazo decadencial de dois anos, estabelecido pelo art. 495, do CPC.

A doutrina aponta que o instituto está inserido nos dispositivos que tratam da fase executória da sentença, ou seja, nos arts. 741, I e 475-L, I, ambos do CPC. Aqui, admite-se a viabilidade da ação declaratória de nulidade, sem a necessidade de rescisória, nas decisões inquinadas de vício de invalidade derivado da nulidade ou inexistência de citação, quando o processo tramitou à revelia.

No entanto, a cogitação realizada pela doutrina para utilizar a ação declaratória de nulidade como instrumento capaz de concretizar a proposta de “relativização” é inadequada. O remédio processual destinado a invalidar sentenças proferidas à revelia do réu, não citado ou nulamente citado, não se corresponde com a injustiça da decisão. Nesta hipótese, o que se objetiva é tão somente atingir a gravidade do vício processual que macula a sentença, e não questionar o teor do julgamento, ou seja, a solução dada ao litígio proferida pelo juiz.

Além disso, adverte José Carlos Barbosa Moreira⁶⁷ que a aceitação da *querela nullitatis* como mecanismo de impugnação da coisa julgada inconstitucional poderia trazer um problema de competência. Na hipótese de vício decorrente de nulidade ou ausência de citação, o órgão competente para apreciar a matéria é o *a quo*, exceto os casos de competência originária de algum tribunal. Desta forma, mesmo que seja proferido acórdão pelo Supremo Tribunal Federal, passando-se,

⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 57 et seq.

portanto, despercebido o defeito no pleito anterior, a competência continuará com o juiz de primeiro grau.

Nota-se, portanto, que a conclusão não ofende, visto que ao magistrado de primeiro grau não será atribuída a tarefa de controlar a correção ou a injustiça da decisão do Supremo Tribunal Federal, mas tão somente lhe será imputado o dever de pronunciar-se a respeito do vício capaz de comprometer a validade do processo. Diferentemente acontece nos casos de “relativização”, uma vez que será proporcionada ao órgão judicial a oportunidade de reexaminar a matéria julgada, e não considerada como um mero *erro in procedendo* disposto na decisão.

Assim, tendo em vista que a maioria das decisões de primeiro grau é substituída por acórdãos, torna-se inconcebível a idéia de que um juiz inferior reavaliasse o mérito dos pronunciamentos jurisdicionais proferidos pelos tribunais. A subversão da análise é inaceitável, pois se deve respeitar a hierarquia das decisões. Desta forma, o reexame da matéria deveria ser levado ao tribunal, tal como ocorre nos casos de ação rescisória, contudo, pelo fato das hipóteses de competência originária serem exaustivas, isto seria impossível.

Enfatiza, ainda, o autor que, a apreciação da ação declaratória de nulidade de forma incidental também não é viável, haja vista que para tal seria necessário qualificar, propriamente, de nula a sentença, o que, conseqüentemente, excluiria a possibilidade de arguição de ação rescisória para desconstituí-la. Neste sentido, argumenta que os adeptos da “relativização” não irão admitir essa consequência, o que por si só é inevitável.

O doutrinador Araken de Assis⁶⁸ em análise ao instituto, menciona que a lei infraconstitucional, diante da intensa gravidade e relevância, privilegia certos vícios, tornando-os essenciais e capazes de resistir até mesmo à autoridade da coisa julgada. Assim, excepcionalmente, o legislador atribuiu ao vício de citação o mesmo tratamento dos atos inexistentes, dando-lhe a oportunidade de sobreviver ao trânsito em julgado da sentença.

Todavia, evidencia a excepcionalidade do instituto ao estabelecer que a sanabilidade do vício só poderá existir quando advir de texto expresso de lei. Caso assim não o fosse, a coisa julgada passaria a ser uma exceção, podendo sempre ser discutida através de arguição de precedentes processuais que a originou.

⁶⁸ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 1.187.

Observando-se que o uso da *querela nullitatis* desconstitui o julgado, em virtude da nulidade absoluta declarada, entendemos não ser adequada a sua utilização como meio de combate à coisa julgada inconstitucional, uma vez que a aplicação de tal instituto resultaria em grave ofensa à coisa julgada inconstitucional. Por ser medida excepcional, a sua incidência reside apenas nas hipóteses de inexistência e nulidade de citação. Ademais, como já explicado, admiti-la seria algo inaceitável, já que autorizaria, por exemplo, um juiz de primeiro grau a “desconsiderar” a coisa julgada que reveste acórdão proferido pela Corte Suprema.

Ao analisar os instrumentos processuais atípicos de combate à coisa julgada inconstitucional, o autor Ivo Dantas⁶⁹ elenca o mandado de segurança como um dos meios aptos a atacá-la. Fundamenta o doutrinador que o cidadão que estiver diante de uma coisa julgada inconstitucional terá preenchido os pressupostos necessários para sua impetração, uma vez que o direito líquido e certo exigido decorre exatamente da pior das ilegalidades: a da inconstitucionalidade do ato judicial.

No entanto, apesar de afirmar que o mandado de segurança é aplicável à coisa julgada inconstitucional, por ser um instrumento processual garantido constitucionalmente, não podendo a legislação ordinária inserir limitações ao seu uso, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é contrário, conforme dispõe a Súmula nº 268⁷⁰. Assim, a posição da Corte Suprema é no sentido de que a nulidade da decisão judicial só poderá ser decretada através da ação rescisória, sendo inadequada a utilização do mandado de segurança para tal finalidade.

Não obstante a opinião do referido doutrinador, acreditamos ser impróprio o uso do mandado de segurança nos casos de coisa julgada inconstitucional, posto que não estão demonstrados precisamente os requisitos que autorizam a sua interposição. Além disto, verifica-se que o instituto fora criado apenas para as hipóteses de ilegalidade, e não para reexame de matérias já revestidas pelo manto da coisa julgada.

Após inúmeros debates a respeito da coisa julgada inconstitucional, introduziram-se, no sistema processual brasileiro, novos mecanismos de controle de

⁶⁹ DANTAS, Ivo. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord). Op. cit., p. 273.

⁷⁰ Evidenciando a forte resistência para a utilização do mandado de segurança contra decisão transitada em julgado, o STF editou a Súmula nº 268 que dita “não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”.

constitucionalidade das sentenças após a formação da autoridade da *res judicata*, tais como os embargos à execução baseados no art. 741, parágrafo único, e a impugnação do devedor disposta na fase de cumprimento de sentença, conforme art. 475-L, §1º, ambos do CPC.

De acordo com estes dispositivos, regulamentados pela Lei n 11.232/05, o executado possui, tanto a prerrogativa de discutir se a sentença está fundamentada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, como a possibilidade de alegar oposição à execução mediante a afirmação de que a sentença está baseada em interpretação considerada incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

A finalidade dos referidos dispositivos, portanto, engloba não apenas a retroatividade nos casos de declaração de inconstitucionalidade, mas também abrange as hipóteses onde o Supremo Tribunal Federal declara que determinada interpretação é inconstitucional, utilizando-se, assim, das técnicas de declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

A despeito dos questionamentos relativos à constitucionalidade de tais artigos, os quais serão realizados no próximo capítulo, ressalte-se que, apesar de em nenhum momento o legislador ter ampliado o rol de vícios processuais capazes de ensejar a *querela nullitatis* de forma expressa, os novos dispositivos trazem a mesma consequência proporcionada por este instrumento, ou seja, a desconsideração da coisa julgada. Como se verá mais adiante, a despeito do texto legal prever tão somente a inexigibilidade do título executivo. Entende-se, aqui, que a norma constitui uma exceção à autoridade da *res judicata*, uma vez que, para assim torná-lo, o magistrado irá examinar algo que já fora discutido e devidamente recrudescido pela coisa julgada. Por tais motivos, logo mais iremos delimitar a aplicação destes artigos.

Há ainda quem defenda a utilização da exceção de pré-executividade como maneira de impugnação das sentenças inconstitucionais. Os adeptos desta corrente, como Gilberto Barroso de Carvalho Jr.⁷¹, entendem que através da inovação legislativa, o título executivo judicial eivado de inconstitucionalidade passou a ser considerado inexigível, o que, por conseguinte, evidenciou de forma explícita a possibilidade do uso do incidente da exceção de pré-executividade.

⁷¹ CARVALHO JR., Gilberto Barroso de. Op. cit.

Consoante a nova sistemática processual, argumenta-se que a matéria relativa à exigibilidade do título executivo judicial é de ordem pública, o que, por tal motivo, permite que seja reconhecida de ofício, ou mesmo através de petição incidental ao processo executivo, a chamada exceção de pré-executividade. Assim, por a inexigibilidade do título executivo corresponder em análise da condição da ação executiva, podendo e devendo ser reconhecida de ofício pelo magistrado, a exceção de pré-executividade seria peça suficiente para provocar a apreciação da matéria perante o Juízo executivo.

Dessa forma, baseados na nova legislação e em jurisprudências do STJ, afirmam que, estando ausente algum pressuposto de existência do título executivo judicial, quais sejam a certeza, a liquidez e a exigibilidade, e mesmo estando precluso o embargo, caberia a exceção de pré-executividade.

Diante do novo panorama legislativo, embora muitos doutrinadores defendam o uso de certos instrumentos processuais capazes de retirar a eficácia dos títulos executivos judiciais, filiamo-nos àqueles que entendem ser estes mecanismos uma verdadeira exceção à intangibilidade da coisa julgada material. Por conseguinte, acredita-se que a negação da executibilidade da sentença baseada em lei ou interpretação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não pode estar contemplada nas hipóteses relativas à execução da sentença.

Inicialmente, fundamenta o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni⁷² que os motivos da oposição à execução, por uma questão óbvia, não podem ser iguais aos que foram debatidos em juízo ou que poderiam ter sido alegados na fase antecedente à resolução do mérito. Para o autor, a eficácia preclusiva da coisa julgada, disposta no art. 474, do CPC, e o princípio da segurança jurídica impedem a rediscussão de questões anteriormente deduzidas ou dedutíveis.

Assim, consoante as lições de Remo Caponi⁷³, afirma que a questão da constitucionalidade da norma utilizada não pode estar inserida entre as matérias oponíveis à execução da sentença, uma vez que a mesma obteve ampla oportunidade de ser deduzida no processo. A faculdade de postular sucessivamente a constitucionalidade de lei ou ato normativo que fundamenta a sentença em fase executiva, com intuito de retirar-lhe a sua exigibilidade, revela uma notável exceção ao princípio de que a coisa julgada recrudescer o deduzido e o dedutível.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p.123.

⁷³ CAPONI, Remo apud MARINONI, Luiz Guilherme. Ibid., p.124.

Em decorrência disso, conclui-se que o instituto da oposição à execução destina-se apenas à apresentação de fatos novos ocorridos após a última circunstância em que poderiam ser arguidos no processo. Destarte, as causas de oposição à execução não abrangeriam a declaração de inconstitucionalidade, já que esta previsão não se enquadra às regras concernentes aos limites temporais do julgado, haja vista ser instrumento capaz de revisar a coisa julgada material.

Ademais, ressalta que, apesar de a decisão de inconstitucionalidade ser superveniente à sentença, considera-se que esta declaração poderia e deveria ser aferida em momento anterior à prolação da sentença. Assevera-se, portanto, que a análise da questão da constitucionalidade é um dever-poder do magistrado ao solucionar o litígio.

Diante do exposto, compreende-se que tanto a decisão de inconstitucionalidade não pode ser tratada como uma causa superveniente, como também a sua invocação sob o argumento de “inexigibilidade do título” transgride a lógica da “oposição à execução”, considerando-se, assim, uma exceção ao princípio da intangibilidade da coisa julgada material.

3.4 FORMAS DE APRESENTAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Após a demonstração dos mecanismos adotados pela doutrina para a impugnação da coisa julgada inconstitucional, tem-se por necessário delimitar quais as formas de apresentação da sentença inconstitucional. Nesse prisma, costuma-se, de forma genérica, atribuir a expressão “coisa julgada inconstitucional” às decisões judiciais transitadas em julgado que contenham alguma violação à Constituição Federal. As hipóteses são várias, porém, resumem-se em: a) sentença amparada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF; b) sentença fundamentada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; c) sentença baseada em interpretação incompatível com a Constituição; d) sentença que, mesmo sem estar inserida nas disposições acima, dispõe uma situação considerada incompatível com a ordem constitucional.

Inicialmente, tem-se a circunstância em que a decisão judicial é fundamentada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. Nesta hipótese, nota-se que o magistrado, ao aplicar uma norma jurídica contrária à Constituição Federal, estará, conseqüentemente, contaminando sua decisão judicial.

À vista disso, tem-se que admitir uma sentença eivada de vício de inconstitucionalidade significa permitir que diretrizes opostas ao ordenamento constitucional possam ser imutabilizadas.

Assim, o comportamento contrário à Constituição poderá derivar da inobservância de requisitos formais ou materiais. Uma sentença violará formalmente a ordem constitucional, quando estiver fundamentada em uma lei cuja elaboração fora realizada em procedimento diverso ao elencado na Constituição ou, quando decorrer de órgão incompetente ou, ainda, quando originada em tempo proibido. Além disso, a decisão estará inquinada de vício inconstitucional material, quando o conteúdo da lei utilizada na fundamentação estiver afetando disposição da Carta Magna, ou seja, quando violar matéria de fundo⁷⁴ presente na Constituição.

A segunda possibilidade de formação das sentenças inconstitucionais dá-se quando uma decisão transitada em julgado nega aplicação à determinada lei ou ato normativo posteriormente declarados constitucionais pelo STF. Com efeito, as disposições constitucionais possibilitam, tanto ao STF quanto aos juízes e Tribunais, o exercício do controle da constitucionalidade das normas jurídicas. Assim, o magistrado, ao examinar a constitucionalidade de uma norma, funcionará como um legislador negativo, impedindo a aplicação de lei ou ato normativo que contrarie a Constituição Federal.

No entanto, considera-se uma decisão inconstitucional aquela em que o juiz, utilizando-se da prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico, deixa de aplicar a norma ao caso concreto por entendê-la inconstitucional, quando na verdade esta norma é vista como constitucional, de acordo com ulterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Luiz Guilherme Marinoni⁷⁵, ao tratar da matéria, enfatiza que a questão é pertinente, pois se relaciona diretamente com a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, uma vez que ambos os casos são rejeitados pelos mesmos fundamentos. Segundo o autor, a decisão que repudia uma

⁷⁴ BULOS, Uadir Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63 et seq. “*Matéria de fundo* é o assunto, o tema, a substância que está por trás dos artigos, incisos ou alíneas da constituição. Não diz respeito ao procedimento, nem à técnica formal de produção legislativa; relaciona-se à conveniência ou inconveniência de editar, ou não determinada lei ou ato normativo. Nisso abrange os grandes princípios formulados pelo constituinte e o *quadro de valores* inseridos na mensagem constitucional positivada.”

⁷⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 87 et seq.

lei, considerando-a, portanto, inconstitucional, é legítima, haja vista não se ter ainda no momento da sua elaboração uma declaração do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, aduz-se que, admitir uma sentença que não adotou uma lei que vem a ser declarada constitucional, não significa permitir a utilização de uma lei inconstitucional. Na realidade, o que ocorre é tão somente o exercício do poder-dever atribuído ao magistrado para o controle da constitucionalidade no caso concreto. Deste modo, a vinculação das decisões judiciais ao pronunciamento de constitucionalidade dá-se a partir da data da declaração da Corte Suprema, ou seja, as sentenças proferidas, após o juízo estabelecido pelo STF, deverão aplicar a lei, considerando-a constitucional, sob pena de serem reformuladas através de recurso e sujeitas ao instituto da reclamação.

Observe-se, ainda, que na hipótese de declaração constitucional não há uma aplicação de lei inconstitucional ou transgressão de norma constitucional, mas apenas existe uma não utilização de norma infraconstitucional. Ademais, adverte-se que não importa se o magistrado não usou a lei por achá-la constitucional, mas não aplicável ao caso concreto, ou mesmo se verificou a sua inconstitucionalidade - preferindo aplicar outra norma - pois em nenhum dos casos a declaração de constitucionalidade atingirá a decisão, já que em qualquer das situações o juízo realizado foi efetivamente legítimo.

Por fim, ressalve-se que a coisa julgada jamais poderia ser atingida por posterior declaração de constitucionalidade do STF, pois, caso viesse a quebrar a intangibilidade da *res judicata*, o jurisdicionada não teria mais confiança nos julgados, o que, de fato, seria absurdo.

Destarte, concordando com o referido doutrinador, compreende-se que o instituto da coisa julgada seria necessariamente nulificado, caso se admitisse a retroatividade da decisão de constitucionalidade, haja vista que na sentença anteriormente prolatada houve um legítimo juízo de constitucionalidade. Frise-se que seria ilógico vincular as decisões judiciais a futuros pronunciamentos de constitucionalidade, posto que o vínculo deverá atingir sentenças futuras, e não pretéritas.

As demais situações, constantes na terceira e na quarta hipóteses acima elencadas, são capazes de demonstrar, respectivamente, a coisa julgada inconstitucional através do chamado controle de constitucionalidade parcial sem redução de texto e da interpretação conforme a Constituição, conforme preceitua

Nelson Nery Jr.⁷⁶. Consoante tais casos, o vício da inconstitucionalidade reside tanto em relação à aplicação de determinada lei, como na interpretação de certa norma.

Assim, atribui-se competência ao STF com intuito deste definir qual a maneira mais adequada para se interpretar determinada norma à luz do ordenamento jurídico constitucional, ou seja, qual a interpretação compatível com a Constituição Federal mais apropriada para a lei que fora utilizada na decisão judicial. Por conseguinte, qualquer interpretação oposta à firmada pela Corte Suprema será considerada inconstitucional e, como tal, deverá ser rechaçada do mundo jurídico, retirando-lhe, portanto, a sua eficácia.

3.5 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NOS CASOS DE INJUSTIÇA DA DECISÃO

Alguns doutrinadores, especialmente Cândido Rangel Dinamarco, buscam a relativização da coisa julgada através do princípio da justiça das decisões. Em suas premissas, alerta o autor que o direito processual civil atual deve se preocupar tanto com a celeridade do processo quanto com a justiça dos resultados que ele produzirá. Assim, ao destacar um indispensável equilíbrio entre objetivos conflitantes, procura o jurista um mecanismo capaz de proporcionar um sistema processual justo e, concomitantemente, rápido, uma vez que o processo deverá ser finalizado, atingindo resultados estáveis tão logo quanto possível.

Com o intuito de declarar que o valor da segurança jurídica não é absoluto, e, por conseguinte, não o é a garantia da coisa julgada, propõe, em suma: (a) que essa garantia não pode transcender os efeitos a serem imunizados; (b) e que ela deverá ser ponderada tanto quando entrar em conflito com as demais garantias constitucionais, como também quando se chocar com os instrumentos jurídicos destinados à produção de resultados justos.

De fato, observa-se, no processo civil moderno, uma efetiva preocupação com a justiça das decisões, já que há um verdadeiro empenho para que a lide seja resolvida definitivamente de forma célere e justa. Porém, admitir a relativização da coisa julgada, instituto processual concretizador do princípio da segurança jurídica, mediante a simples argumentação de “injustiça” das decisões em situações

⁷⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 744.

extraordinárias, é no mínimo uma transgressão ao Estado Democrático de Direito. Portanto, com a máxima *vênia* aos que a propugnam, a tese é, como se demonstrará mais adiante, inconcebível.

3.5.1 A tese de Cândido Rangel Dinamarco

Diante de inúmeros casos em que a coisa julgada fora, de alguma forma, mitigada, Cândido Rangel Dinamarco almejou, através da impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença, reunir critérios objetivos capazes de atribuir segurança no trato da coisa julgada material frente a outros valores inseridos na ordem jurídica.

Ao analisar a coisa julgada material no processo civil de resultados, vislumbra que a doutrina moderna também vem se preocupando com a justiça das decisões, pois, tanto os doutrinadores como os tribunais passaram a questionar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, fundados no fato de que “não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”⁷⁷.

Demonstra-se a preocupação com o valor da justiça da decisão judiciária através de diversas manifestações, tais como as dispensadas pelo Min. José Augusto Delgado⁷⁸, pelo doutrinador Humberto Theodoro Júnior, pelos precedentes do Supremo Tribunal Federal, nos casos de desapropriação, bem como por alguns posicionamentos da doutrina estrangeira.

O núcleo de suas ideias encontra-se, justamente, na proposta de interpretação sistemática e evolutiva dos princípios e garantias constitucionais do processo civil. Objetiva-se garantir o acesso à justiça por meio de ponderação dos princípios, haja vista serem estes instrumentos capazes de proporcionar a justiça, e não valores utilizáveis apenas como fetiches da ordem processual. À vista disso, enumera-se, como exemplo prático, a interpretação da tutela de urgência, que retira o contraditório entre as partes para promover o acesso à justiça em nome da efetividade.

A despeito de admitir o instituto da coisa julgada como garantia constitucional, devendo esta ser observada não apenas pelo legislador, mas

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 109, jan-mar. 2003, p. 13.

⁷⁸ Loc. cit.

também pelos juízes e pelas partes, afirma-se que há uma premissa baseada na prevalência do substancial sobre o processual: a justiça deverá se sobrepor às regras processuais que tratam da coisa julgada.

De tal sorte, assevera-se ser inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada - a que a atribui a capacidade de tornar o preto em branco ou o quadrado no redondo. Para o jurista, visualizar a autoridade da *res judicata* como algo absoluto não significa apagar a inconstitucionalidade inserida na sentença irrecurável; daí, portanto, o uso da expressão paradoxal “coisa julgada inconstitucional”.

Deste modo, apesar de demonstrar que a coisa julgada insere-se no sistema processual como instituto hábil a estabilizar as decisões judiciais, revelando-se, portanto, como um instrumento apto a conferir segurança nas relações jurídicas, critica a sua suposta exacerbação, uma vez que é indispensável atingir um ponto de equilíbrio entre os demais princípios e garantias constitucionais, haja vista ambos não serem absolutos, nem constituírem um valor em si mesmo.

Ao conceituar a coisa julgada material, o autor entende que esta consiste na imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, sendo, portanto, mecanismo suficiente e capaz de imunizar a decisão frente a futuros questionamentos. Destarte, consideram-se efeitos substanciais a declaração, a constituição ou mesmo a condenação constante na decisão judicial final, pois se verifica que em todas estas hipóteses as sentenças disciplinam as realidades da vida dos litigantes, quer examinado as relações dispostas entre si, quer analisando o elo destes com o bem da vida.

Partindo dessa ideia, reconhece-se que, caso se constate a ausência dos efeitos substanciais da sentença, inexistirá a coisa julgada material, já que aquele funciona como pressuposto lógico para sua ocorrência. Em decorrência disto, assegura-se que, da mesma forma das sentenças terminativas, o fenômeno da coisa julgada não incidirá nos casos de sentenças de mérito que contenham preceito juridicamente impossível, isso porque, tanto uma, como a outra, não produzem nenhum juízo substancial eventualmente existente entre os litigantes na vida comum.

Assim, conclui-se que a sentença que contém um enunciado apto a proporcionar efeitos juridicamente impossíveis é, na realidade, uma decisão destituída de efeitos substanciais, ou seja, possui tão somente um efeito aparente,

mas que efetivamente são rejeitados por motivos superiores, de índole constitucional. Ademais, dispõe-se que, mesmo que esta sentença não produza efeitos, por não existirem na realidade do direito e dos litigantes, ela terá o condão, como ato jurídico processual, de extinguir o processo. Logo, apesar de lhe faltar a eficácia pretendida, não será ela tida como inexistente.

3.5.2 Os exemplos apresentados

Na ânsia de comprovar o acerto de sua tese e de demonstrar a pertinência de seus argumentos, Cândido Rangel Dinamarco⁷⁹ elencou vários exemplos, os quais, na sua ótica, revelariam com clareza as sentenças que contém efeitos programados, derivados de preceitos juridicamente impossíveis.

Acredita-se, aqui, em consonância com André Luiz Santa Cruz Ramos⁸⁰ e Barbosa Moreira⁸¹, que o rol exemplificativo utilizado para construir a sua teoria de “relativização” da coisa julgada é no mínimo absurdo. Com a devida vênia, as hipóteses levantadas retratam situações esdrúxulas, incapazes de se efetivarem no mundo real.

Além destas situações, que se considera não acontecerem na prática, o doutrinador destaca que, desde os anos oitenta, em alguns dos seus precedentes, o Supremo Tribunal Federal vem relativizando o poder imunizante da coisa julgada ao decidir que é possível a produção de nova prova pericial nos casos de desapropriação de imóveis. Apoiado nesses julgados, Dinamarco discorre que a realização de nova avaliação pericial, mesmo depois de já ter ocorrido o trânsito em julgado da decisão, é autorizada pela necessidade, em certos casos específicos, de

⁷⁹ “Imagine-se uma sentença que declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil. Um dispositivo como este chocar-se-ia com um dos postulados mais firmes da Constituição Federal, que é o da indissolubilidade da Federação. Sequer a mais elevada das decisões judiciárias, proferida que fosse pelo órgão máximo do Poder Judiciário, seria suficiente para superar a barreira política representada pelo art. 1º da Constituição. Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em conseqüência de uma dívida não honrada; ou que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em uma cláusula contratual. Sentenças como essas esbarrariam na barreira irremovível que é o zelo pela integridade física e pela dignidade humana, valores absolutos que a Constituição Federal cultiva (art. 1º, III e art. 5º). Pensar ainda na condenação por dívida, fora dos casos constitucionalmente ressalvados (art. 5º, inc. LXVII). (DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: Revista de Processo. Op. cit., p.26.)

⁸⁰ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p.83-84.

⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. In: **Revista Forense**. Op. cit., p. 53.

ponderação entre a garantia da coisa julgada e a garantia do justo valor indenizatório, constitucionalmente assegurado. Entende que a indenização justa e prévia tanto figura como garantia constitucional destinada à efetividade do direito de propriedade, direcionada para os particulares, como também resguarda o Estado, protegendo-o contra excessos indenizatórios.

Neste prisma, extrai-se que a fragilização da coisa julgada deverá ocorrer em qualquer área das relações humanas, sendo, portanto, a sua relativização uma verdadeira reação a injustiças, absurdos, fraudes ou transgressão a valores que não admitem violação. Assim, os efeitos juridicamente impossíveis estarão inseridos em sentenças aberrantes, ou seja, que violem princípios, valores, garantias ou normas superiores.

A partir desta concepção, compreende-se que o critério proposto também deverá ser aplicado aos casos de ação de investigação de paternidade julgada procedente ou improcedente à época em que não se conhecia a técnica moderna de testes imunológicos, ou seja, o exame de DNA. Notadamente, a doutrina e os tribunais vêm distinguindo esta situação das demais hipóteses de “relativização” da coisa julgada. Em relação a esta possibilidade, até mesmo Barbosa Moreira⁸², ferrenho crítico da proposta de desconsideração da autoridade da *res judicata*, percebe que a questão é de grande relevância. Para este autor, existe uma discrepância maior neste caso, porque todos os cidadãos têm o direito de ter o reconhecimento verdadeiro de sua filiação.

Ademais, afirma que o contraste entre a sentença e a realidade impressiona mais do que nas outras hipóteses, uma vez que, por mais que o magistrado e as partes se esforcem na investigação dos fatos, não haveria a possibilidade de uma averiguação satisfatória, dada a inexistência do meio mais idôneo, que é o DNA. Todavia, ressalta que, apesar deste descompasso, o cerne da questão continua a ser o mesmo de todos os outros exemplos invocados a favor da proposta “relativizadora”, qual seja, a constatação da injustiça inerente à resolução do litígio.

Atualmente, nessas situações, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo o uso da ação rescisória fundamentada no art. 485, VII, do Código de Processo Civil. Apesar deste dispositivo se dirigir apenas a documentos que já

⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 56.

existiam ao tempo da decisão judicial, o STJ o flexibilizou, permitindo que o laudo do exame de DNA, adquirido posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, possa ser considerado como um “documento novo”.

Muito embora se tenha encontrado a solução para o problema acima, é imperioso destacar que a opinião jurisprudencial não significa, verdadeiramente, uma desconsideração da coisa julgada. Em nenhum momento o Tribunal estabeleceu que a decisão prolatada em sede de ação investigatória de paternidade seria “nula” nem criou novo mecanismo para provocar uma nova análise da matéria. O que se vislumbra é tão somente uma interpretação mais extensiva do art. 485, VII do CPC.

Em alusão à matéria, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni⁸³ aplaudiu a orientação jurisprudencial emanada do Superior Tribunal de Justiça ao aduzir que a finalidade do legislador, em relação à expressão “documento novo”, é a de proporcionar a rescisão na hipótese de meio de prova que não pôde ser utilizada, apta a conferir um pronunciamento jurisdicional favorável.

Por tal motivo, assegura que não resta dúvida de que, nos casos de investigação de paternidade, o laudo do exame de DNA, que ainda não existia à época do processo, possa ser equiparado a um “documento novo”. Ressalta que a relevância da questão se encontra no fato de o exame ser capaz de produzir um efetivo convencimento, ou seja, ser o laudo prova suficiente para firmar uma decisão judicial favorável.

Entretanto, o autor frisa, de maneira bastante oportuna, o problema referente ao prazo de dois anos, estabelecido pelo art. 495, do CPC, para a interposição da ação rescisória. Neste âmbito, evidencia uma questão adicional nas decisões prolatadas em ação de investigação de paternidade transitadas em julgado há mais de dois anos do momento em que a técnica moderna para a aferição do DNA se resultou possível.

Vislumbra o autor que, nestes casos, o empecilho à admissão probatória do exame de DNA como fundamento hábil a interpor a ação rescisória seria o fato de que o legislador, ao mencionar o termo “documento novo”, estaria delimitando a sua utilização apenas para as hipóteses em que o documento já existia, mas não pôde ser usado. A partir de tal raciocínio, o exame de DNA não poderia ser aceito,

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 191 et seq.

tendo em vista que não é considerado algo que já havia ou mesmo que poderia ter sido exigido na época da ação.

Desta forma, indaga-se, nesta situação, se o lapso temporal de dois anos seria ou não contabilizado a partir do trânsito em julgado da decisão, uma vez que o exame de DNA não existia ao tempo da ação. Ademais, questiona se seria correto permitir a revisão da ação de paternidade a qualquer tempo ou se restaria mais saudável o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença.

Com efeito, o doutrinador soluciona a questão com clareza, pois se utiliza de argumentos óbvios. O fundamento encontrado é o de que admitir a possibilidade de revisão eterna da coisa julgada significa estimular dúvidas na sociedade. A sobreposição da biologia em detrimento da coisa julgada desestabilizaria as relações, ou seja, o impedimento para a definição da relação de filiação constituiria um obstáculo para a construção do afeto necessário entre pai e filho. Assim, a fixação do prazo para a rescisão desta decisão se justifica pela própria essência do ser humano e de sua vida em sociedade, já que evita a instalação de um sentimento de desconfiança entre os cidadãos.

Por fim, conclui-se que, apesar da dificuldade de sua identificação, o prazo para a rescisão da sentença de ação de investigação de paternidade deverá ser contado a partir da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA. Além disso, atribui o ônus probatório ao réu da ação rescisória, devendo este, portanto, demonstrar a data correta em que o autor tomou conhecimento da possibilidade da realização do exame.

3.5.3 A inconsistência da tese

A partir dos pensamentos acima dispostos, percebe-se, nitidamente, que o objetivo central da tese de Cândido Rangel Dinamarco é retirar do cenário jurídico as decisões consideradas injustas que estejam comprometidas pela autoridade da coisa julgada material. A preocupação do jurista é pertinente e, de certa forma, justificável. Todavia, a fragilização da proposição reside em um aspecto essencial: no fato de que a preocupação com a justiça das decisões sempre esteve inserida na teoria do direito processual. Portanto, nota-se que até mesmo na criação do instituto da coisa julgada esta preocupação não fora deixada de lado.

A preocupação em prevenir que decisões judiciais injustas se protraiam no tempo está elucidada através da própria previsão da ação rescisória. O legislador, ao disciplinar a ação rescisória como instrumento processual hábil para a revisão de decisões transitadas em julgado que estejam contaminadas por alguns vícios, está, na verdade, instituindo um mecanismo capaz de impedir que sentenças injustas sejam acobertadas pelo manto da coisa julgada.

Diante disso, compreende ser inconcebível a crítica à teoria da coisa julgada, sob a falsa fundamentação de que toda a sua elaboração não teria, supostamente, preocupado-se com a produção de soluções injustas. O argumento é descabido, pois admitir que decisões judiciais injustas não se tornem imutáveis, podendo ser reexaminadas a qualquer tempo, independentemente de ação rescisória, significa estimular dúvidas, desestabilizando as relações jurídicas e comprometendo o exercício da jurisdição.

O não estabelecimento de prazo para a interposição de ação rescisória transgride tanto a Constituição Federal, precisamente no seu art. 5º, inciso XXXI, como o princípio da segurança jurídica, tornando-se, por conseguinte, em uma violação direta ao Estado de Democrático Direito. E, ainda, segundo Eduardo Juan Couture⁸⁴, verifica-se que jamais o sistema jurídico atingirá a perfeição em relação à justiça, uma vez que sua plenitude é algo inalcançável.

Neste sentido, Barbosa Moreira⁸⁵ aduz que os magistrados não são seres infalíveis e, por tal motivo, podem avaliar erroneamente uma determinada prova ou mesmo solucionar de maneira equivocada as *quaestiones iuris* colocadas à disposição. Desta forma, não obstante ser injusta a sentença, resta-se tão somente a possibilidade de cogitar se ainda há algum mecanismo utilizável de impugnação capaz de modificá-la, já que, uma vez instaurada a *res judicata*, uma cortina opaca incidirá sobre a questão, onde, excepcionalmente, mediante disposição legal, poderá ser afastada.

O doutrinador ainda ressalta que a legislação dá oportunidade para que a resolução do litígio seja compatível com a configuração jurídica da espécie, haja vista que tanto para as partes são dadas todas as condições necessárias para o exercício dos seus direitos, através da apresentação ao magistrado de argumentos e provas, como ao julgador é conferida a possibilidade de proferimento de uma

⁸⁴ COUTURE, Eduardo Juan apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 85.

⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 48.

decisão justa, através da sua opção de buscar de ofício elementos essenciais ao seu convencimento⁸⁶.

No entanto, em um determinado momento, enfatiza o autor que a preocupação com a justiça das decisões deverá se submeter à necessidade da não eternização dos litígios, de forma que, a partir de então, os julgamentos de mérito não possam ser revistos em processos futuros. Mesmo assim, adverte-se que, caso ao final da atividade cognitiva se possua um resultado injusto, a nossa legislação ainda permite, de maneira taxativa e excepcional, a possibilidade de sua impugnação com o ajuizamento da ação rescisória.

A argumentação crítica de Barbosa Moreira consiste ainda na alegação de que a tese de Cândido Rangel Dinamarco baseia-se em uma premissa teórica bastante controversa: na afirmação de que a autoridade da *res judicata* é algo que imutabiliza apenas os efeitos da sentença. Logo, justifica que o ordenamento processual brasileiro, em seu art. 467, adotou que a imutabilidade atribuída pela coisa julgada atinge a própria sentença, e não seus respectivos efeitos.

A sua opinião resume-se, portanto, na afirmação de que, caso a coisa julgada viesse a se subordinar a hipóteses que transbordem o rol estabelecido no direito positivo, como no caso da justiça da decisão, que só é atestada após o término do processo, o instituto seria esvaziado, já que o seu sentido essencial seria retirado.

Ao tecer comentários sobre o tema, André Luiz Santa Cruz Ramos também critica a “relativização” da coisa julgada baseada no fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não pode conceber a eternização de injustiças. Frisa o autor que o termo “justiça” tem cunho valorativo intenso e, por assim o ser, indaga-se se uma eventual injustiça, revestida pela coisa julgada material, seria reformulada satisfatoriamente por decisão posterior, ou mesmo se existiria justiça sem segurança jurídica.

Expõe o autor que as questões supramencionadas são debates antigos, haja vista serem estas indagações, preocupações constantes dos processualistas, quer seja com uma intensidade maior ou menor, pois o que vai determinar será o momento histórico vivenciado pela sociedade. Ademais, informa que o debate

⁸⁶ O autor demonstra esta hipótese através do que dispõe o Art. 130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Disponível em: <http://www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc0125a0133.htm>. Acesso em: 2 set. 2012.

acerca das injustiças das decisões já foi amplamente realizado pelos doutrinadores ao longo do tempo, e isto não constituiu obstáculo algum para a concretização da “coisa julgada”.

Em análise à tese, o doutrinador repreende a proposta de Dinamarco, a qual propugna que a desconsideração da *res judicata* seria efetivada de maneira excepcional, e não como regra, restando a sua incidência tão somente nos casos de injustiça flagrante, intolerável, absurda, entre outros adjetivos.

Demonstra-se a fragilidade da tese ao perceber que não se pode estabelecer diferentes níveis de gravidade à expressão “justiça”. A tentativa de objetivar o termo é inconcebível, dado o seu teor altamente subjetivo. Além de enfatizar que toda injustiça é grave e intolerável, conclui que os adjetivos anexados ao termo “injustiça”, ao invés de lhe conferir objetividade, aumenta ainda mais sua carga de subjetividade. Finaliza-se resumindo que a dificuldade consta tanto na identificação da simples “injustiça” como na hipótese de “injustiça intolerável”⁸⁷.

A rejeição da proposta não se esgota apenas nas opiniões destes doutrinadores acima mencionados, pois Luiz Guilherme Marinoni⁸⁸, ao examinar os exemplos que fundamentam a teoria, demonstra veementemente sua posição em contrário. Segundo o doutrinador, o núcleo da questão encontra-se na asseveração de que normas constitucionais são transgredidas quando as decisões transitadas em julgado não se utilizam de meio probatório anteriormente desconhecido a sua época ou nelas incidam fraude na produção de prova pericial.

Desenvolvendo a matéria, evidencia-se que não se pode opor qualquer direito à coisa julgada, seja o direito relativo à descoberta do verdadeiro pai, seja o referente à obrigação de pagar indenizações excessivas⁸⁹. Percebe-se que não há como confrontar valores que, efetivamente, encontram-se em planos distintos. A

⁸⁷ Barbosa Moreira, ao discorrer sobre a matéria evidencia, de forma interessante, que “distinguir o que é e o que não é “grave” tem sido fonte de incômodas dificuldades práticas, ao longo do tempo.” Para tal, exemplifica a sua opinião através da discussão relacionada com a teoria da culpa, que perdurou por muitos anos. E resume: “seria lamentável que tivéssemos que desperdiçar mais tempo e energias no trato de questão análoga, a fim de discernir as hipóteses de ‘injustiça grave’ e ‘injustiça leve’, aquelas suscetíveis, estas não (por quê?), de fundamentar a revisão do julgado – com o risco de nos enlearmos num casuismo exacerbado... e exacerbante”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 52).

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 177 et seq.

⁸⁹ Neste último caso, entende o autor que “a ação rescisória tem sido utilizada de maneira grosseiramente incabível, para impugnar laudos periciais que, embora tenham feito surgir valores elevados, foram devidamente discutidos em contraditório.” Além disso, ainda frisa que “caso fosse possível pretender discutir o valor da indenização sob a afirmação de que ele é alto, o particular sempre poderia discuti-lo sob o argumento que ele é baixo” (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 200 et seq.)

coisa julgada funciona como mera regra formal, capaz de tornar finito o discurso jurídico, enquanto que o direito da investigação de paternidade e o do pagamento da justa indenização consiste no objeto deste discurso.

Vislumbra-se, portanto, que a coisa julgada não compõe, efetivamente, o discurso jurídico, mas apenas condiz com a parte formal da argumentação. Ela é uma regra indispensável à existência do discurso jurídico, pois, caso não a fosse, as decisões seriam revisáveis, tornando-se, conseqüentemente, em um discurso prático-geral.

Por conseguinte, conclui-se que o instituto da coisa julgada não poderá ser objeto de ponderação, já que esta ocorre tão somente em discurso jurídico, para cuja existência é absolutamente necessária a obediência a determinadas regras formais, dentro das quais se insere a coisa julgada. Por tal motivo, a *res judicata* não é um princípio axiológico, mas sim uma regra formal que faz parte do Estado Democrático de Direito.

De fato, não há controvérsia na afirmação de que direitos devem ser ponderados de acordo com o caso concreto, sucedendo-se, assim, uma decisão jurisdicional adequada. Porém, o cerne da questão reside na hipótese de esta decisão ser oposta a um direito, como se fosse possível atribuir ao magistrado o poder de destruir a estabilidade ali imposta, que, por sinal, é uma garantia do cidadão.

Nesta dimensão, acredita-se que, caso fosse possível ser a coisa julgada objeto de ponderação, esta já teria sido realizada, pois, o próprio legislador constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXVI, já fizera a escolha, privilegiando o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, em detrimento do risco de eventuais injustiças. Uma vez efetuada a ponderação pelo legislativo, a ponderação judicial não mais poderá acontecer, isto porque o ato do legislador automaticamente exclui da órbita judiciária o contrabalanceamento de bens já sopesados.

Finalmente, compreende-se que a tese de Cândido Rangel Dinamarco, além de injustificável, é despropositada. Admitir que a autoridade da coisa julgada se desfça pelo simples argumento de “injustiça” da decisão é o mesmo que subordiná-la a questões amplamente subjetivas, o que, conseqüentemente, levaria a um

desequilíbrio das relações jurídicas. Como bem preleciona Giuseppe Chiovenda⁹⁰, a proposta de ponderação, através do superprincípio da proporcionalidade, é incoerente, pois além de ferir diretamente o Estado Democrático de Direito, mediante a transgressão de um dos seus pilares, o princípio da segurança jurídica trata o instituto da *res judicata* como se ela estivesse no mesmo plano do direito objeto do discurso jurídico.

Portanto, acredita-se aqui que a coisa julgada deve ser compreendida como uma regra jurídica formal, ou seja, uma regra imprescindível para a existência do discurso jurídico, já que caracteriza um mecanismo processual destinado a estabilizar as relações jurídicas, pondo um fim ao litígio e garantindo, efetivamente, o cumprimento dos princípios da segurança e da confiança. É inadmissível qualquer tipo de balanceamento da coisa julgada, devendo esta, por ser uma condição essencial para a existência do discurso jurídico, ser considerada uma verdadeira “super-regra”.

⁹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe apud HOLZ, Fabiano Beserra. Op. cit.

4 A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO OBSTÁCULO À EXECUÇÃO DA SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO

4.1 O SURGIMENTO DA LEI Nº 11.232, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2005

O Código de Processo Civil, vislumbrando atingir uma maior efetividade nas demandas judiciais, vem experimentando inúmeras transformações em seu texto. Assim, em atendimento a tal necessidade, fora introduzida, recentemente, uma norma processual que possibilita ao executado arguir a inexigibilidade do título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou baseado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tida pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, de acordo com os arts. 475-L, §1º e 741 parágrafo único, ambos inseridos no CPC pela Lei 11.232/05.

Inicialmente, o parágrafo único do art. 741 do CPC foi acrescentado pela MP nº 2.180-35, de 24.08.2001, a qual decorre da última edição da MP nº 1.789, de 13.01.1999, cuja permanência jurídica se deu através do art. 2º da EC nº 32/2001, onde houve a criação do instituto das medidas provisórias permanentes⁹¹. Entretanto, antes da edição desta MP nº 2.180-35, já existia a MP nº 1.984-17, de 04.05.2000, que foi a pioneira no trato da matéria, pois incluiu no ordenamento jurídico a seguinte disposição: “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, é também inexigível o título judicial fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação e aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”⁹²

Em análise à origem da medida provisória nº 2.180-35/2001, Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro⁹³ discorreram que a controvérsia sobre o conflito entre a autoridade da coisa julgada e a Constituição Federal já era antiga, pois, ao

⁹¹ A regra estabelecida pela EC nº 32 é a de que a medida provisória perderá sua eficácia caso não seja apreciada e convertida em lei no prazo de 30 dias, prorrogáveis por igual período, pois se considera que há uma rejeição tácita por parte do Congresso Nacional, não restando mais nenhuma possibilidade de sua reedição na mesma sessão legislativa. Não obstante, a mesma emenda constitucional ressalva os casos em que medidas provisórias editadas em data anterior à da sua publicação são permanentemente válidas, salvo se ulterior medida provisória as revoguem ou se não forem examinadas e derrubadas pelo Congresso Nacional – instituindo-se, portanto, a modalidade de medida provisória permanente.

⁹² CARVALHO, Juliana de Correia. Op. cit., p. 64.

⁹³ Apud RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 111.

elaborarem pareceres para a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, os autores já enfrentavam casos de multiplicidade e superposição de sentenças transitadas em julgado, que condenavam o poder público a indenizar a mesma área desapropriada, mais de uma vez, referente ao mesmo dono. Nesta proposta, defendia-se que, na hipótese do esgotamento do prazo da ação rescisória, restaria apenas ainda uma possibilidade: a de ampliar o rol de impugnação para retirar eventual erro cometido pela Justiça.

Além destes pareceres, os doutrinadores assinalaram como momento marcante para a edição da MP nº 2.180-35/2001, o seminário realizado, em junho do mesmo ano, pela Advocacia-Geral da União, dirigido na época pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes. E, em seguida, após estudos de obras estrangeiras, publicação de trabalho específico e dos debates proporcionados pelo seminário, afirmaram que a proposta de embargos à execução de sentença inconstitucional fora disciplinada em agosto de 2001, quando surgiu a alteração do dispositivo 741, do CPC, por parte do Poder Executivo, mediante a medida provisória antes mencionada.

Veja-se, portanto que, além da regra ser recente, nada mais é do que o produto de um conjunto de alterações processuais destinadas a proporcionar um tratamento diferenciado à Fazenda Pública como litigante. O motivo principal para a elaboração desta medida provisória foi, justamente, os interesses fazendários, pois, por ser a Fazenda Pública uma das litigantes que possui o maior número de decisões contrárias à ordem constitucional, resta-nos evidente a sua maior relevância nos processos em que se faz parte.

Com efeito, entende-se aqui que a inovação legislativa objetivou, principalmente, resolver esta problemática que atinge diretamente o poder público, tanto o é que a maioria dos doutrinadores⁹⁴, ao analisarem o tema, reconhece que a medida fora concretizada com o intuito de privilegiar os interesses da Fazenda Pública.

A intenção governamental é tão evidente que, desde 11.06.1997⁹⁵, medidas provisórias são editadas com a finalidade de afastar a autoridade da coisa

⁹⁴ LIMA, Gislene Frota. **A coisa julgada inconstitucional no Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8354/a-coisa-julgada-inconstitucional-no-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 20 set. 2012.

⁹⁵ O Governo disciplinou a Medida Provisória de nº 1.577 em 11.06.97, que assim dispõe: "Art. 4º O direito de propor ação rescisória por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos

julgada das decisões inconstitucionais prolatadas de maneira contrária aos seus interesses.

O fundamento para tal conclusão se dá pelo simples fato de que a Administração Pública deve estar sempre adstrita ao princípio da legalidade, ou seja, toda e qualquer conduta dos agentes públicos deve ser autorizada por lei, conforme dispõe José Santos Carvalho Filho⁹⁶. Por conseguinte, percebe-se que, quando se litiga com a Administração, está-se, na verdade, questionando os aspectos de legalidade dos seus atos, isso porque não há permissão para o poder Judiciário interferir em suas razões de conveniência e oportunidade⁹⁷.

Assim, observa Juliana Carvalho de Correia⁹⁸ que a tendência é a de que a Administração, almejando a legitimidade de seus atos, venha a questionar reiteradamente em sua defesa a constitucionalidade da aplicação ou interpretação das leis. À vista disso, diversos são os litígios no Poder Judiciário relativos à aplicação de normas que estabelecem subsídios que conferem reajustes salariais, entre outros. Nota-se, portanto, que as declarações de inconstitucionalidades proferidas pelo STF são atos de extrema importância e interesse para o Poder Público, de forma que, mesmo não sendo direcionada exclusivamente para a Administração, não se pode negar que ela é a maior beneficiária da regra disciplinada pela MP nº2.180-35/2001.

Destaca-se ainda que, em decorrência do “congelamento” das medidas provisórias anteriores à EC nº 32/2001, tanto a MP nº 1.984-17, de 04.05.2000, quanto as suas reedições não foram atingidas pelo novo disciplinamento trazido pela mesma emenda, onde se veda expressamente a elaboração de medidas provisórias que contenham matérias relativas ao processo civil – CF, art. 62, §1º, I, b.⁹⁹

Municípios, bem como das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público extingue-se em quatro anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Parágrafo único. Além das hipóteses referidas no art. 485 do Código de Processo Civil, será cabível ação rescisória quando a indenização fixada em ação de desapropriação for flagrantemente superior ao preço de mercado do bem desapropriado." (Ibid.)

⁹⁶ CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

⁹⁷ Ibid., p. 44-45.

⁹⁸ CARVALHO, Juliana de Correia. Op. cit., p. 63.

⁹⁹ Neste âmbito, o STF já firmou o entendimento de que regras processuais disciplinadas por medidas provisórias são inconstitucionais, por faltar-lhes pressupostos essenciais exigidos pelo art. 62 da CF/88, quais sejam, os de urgência e relevância. (STF, Tribunal Pleno, ADI 1.910-1, j. 22/04/1999, relator Ministro Sepúlveda Pertence) RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 113.

O advento da norma também fora examinado por Araken de Assis¹⁰⁰, o qual demonstrou que a inspiração do parágrafo único do art. 741, do CPC, adveio do ordenamento jurídico alemão. Segundo o doutrinador, o STF entendia que, mesmo sendo a declaração de inconstitucionalidade um ato capaz de erradicar todas as decisões fundadas em lei viciada, a parte vencida, com intuito de desconstituir o julgado, apenas poderia lançar mão da ação rescisória para atingir tal objetivo.

Não obstante, diante da norma alemã que retira a executividade de provimentos judiciais eivados de inconstitucionalidade, inclusive mediante declaração superveniente ao trânsito em julgado, o autor afirmou que o constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes propôs a introdução de norma semelhante no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, apesar de sustentar a criação de norma análoga à disposta na legislação alemã, o atual Ministro do STF estabeleceu que a alegação de inconstitucionalidade pelo vencido através de embargos apenas seria permitida se a respectiva declaração fosse realizada pelo STF em controle abstrato de normas ou após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal, quando proferida pelo controle difuso.

Assim, já no ano de 2005, a matéria deixou de ser objeto de medida provisória e passou a constar no ordenamento jurídico através da Lei nº 11.232/05. Logo, em meio às diversas mudanças advindas no “processo de execução”¹⁰¹, a nova legislação alterou o parágrafo único do art. 741, e acrescentou regra idêntica ao art. 475-L mediante seu §1º, ambos do CPC.¹⁰²

De fato, apesar de não ter sofrido nenhuma modificação substancial, o doutrinador André Luiz Santa Cruz Ramos enfatiza que a norma, em muitos casos, não comove vários autores que dissertam sobre a “relativização” da coisa julgada. Apesar de nítida a relação entre a norma e o tema, os autores não observam que o “título judicial” corresponde à sentença transitada em julgado que será executada, e

¹⁰⁰ ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁰¹ De acordo com a Lei nº 11.232/05, os dispositivos que antes disciplinavam a execução fundada em título judicial foram revogados, e um novo panorama fora introduzido, ou seja, instaurou-se a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento, onde a modalidade de defesa do devedor passou a ser a impugnação, regida pelo §1º, do art. 475-J e arts. 475-L e M; e os embargos à execução passaram a ser realizados apenas nas execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais.

¹⁰² As disposições legais assim passaram a ditar: “Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)” Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=3.7835>>. Acesso em: 21 set. 2012.

que, por conseguinte, será considerada inexigível, caso contenha alguma inconstitucionalidade.

Destarte, não resta dúvida sobre o fato de que estamos diante de uma coisa julgada inconstitucional que está sendo relativizada, pois, quer seja através de embargos à execução, quer seja mediante impugnação do devedor na fase de cumprimento de sentença, há uma clara contestação de sua exigibilidade sem interposição de ação rescisória e sem obediência de seu lapso temporal para a sua propositura.

Com efeito, entende-se aqui que o legislador não disciplinou a matéria de forma coerente. A inovação legislativa, ao invés de eliminar controvérsias em relação à expressão “coisa julgada inconstitucional”, somente proporcionou ainda mais discórdias e polêmicas. Em suma, os erros constantes são: a tentativa de resolver a ampla discussão doutrinária e jurisprudencial em apenas um único dispositivo; a composição da norma; a preponderância apriorística de um princípio considerado supremo sobre outro (constitucionalidade x segurança jurídica); a negação do controle difuso de constitucionalidade, entre outros.

4.2 A INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EM FACE DA COISA JULGADA

Segundo as lições de Fredie Didier Jr.¹⁰³, “o título executivo é o documento que certifica um ato jurídico normativo, que atribui a alguém um dever de prestar líquido, certo e exigível, a que a lei atribui o efeito de autorizar a instauração da atividade executiva”. À vista disto, tem-se por necessário, conforme dispõe o art. 580, do CPC, que a obrigação consubstanciada no título seja certa, líquida e exigível.

Inicialmente, constituindo um pré-requisito dos demais atributos, tem-se a certeza da obrigação, que consiste na existência do crédito pleiteado. Logo, afirma Araken de Assis¹⁰⁴ que, por ser um requisito permanente e incapaz de surgir após o nascimento do título, pode-se afirmar que não há possibilidade de se ter uma obrigação incerta, mas líquida e exigível.

¹⁰³ DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Podivm, 2009. v. V., p. 148.

¹⁰⁴ ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 160.

Já a liquidez do título executivo, além de exigir que haja a certeza da obrigação, refere-se apenas à determinação do objeto desta. Diz-se, portanto, que haverá liquidação quando a decisão judicial não pré-estabelecer o valor devido, ou ainda, quando não existir uma prévia individualização do objeto da condenação. De tal sorte, o crédito será líquido quando não for necessário nenhum mecanismo extrínseco para estimar o seu valor ou delimitar o seu objeto.

Neste sentido, buscando minimizar posteriores liquidações, a legislação processual, mais precisamente nos arts. 286 e 459, do CPC, proíbe que, tanto a parte autora componha o seu pedido de forma genérica, exceto as hipóteses legalmente previstas, como os juízes profiram seus julgamentos de maneira ilíquidas, quando o pedido do autor for elaborado de forma determinada.

Por outro lado, tem-se a exigibilidade da obrigação, a qual reside na capacidade desta ser executada, fazendo com que os efeitos decorrentes do título sejam produzidos. Assim, ao lado da certeza e da liquidez, para que o título executivo torne-se exigível, o direito à prestação e à atualidade do dever de cumpri-la nele deverão estar consistentes. Deste modo, caso a obrigação possua alguma condição suspensiva ou termo, a atualidade referente ao crédito será abalada, e, portanto, a exigibilidade do título será obstada.

O CPC, diante dos inúmeros debates atinentes à coisa julgada inconstitucional, procurou solucionar as diversas controvérsias em um único parágrafo, permitindo que fosse arguida inexigibilidade aos títulos executivos judiciais. Assim, por se acreditar que os títulos executivos judiciais inconstitucionais padecem de invalidade¹⁰⁵, conforme exame em capítulo anterior, poder-nos-íamos indagar qual seria o motivo que incentivou o legislador a atribuir a inexigibilidade ao título ao invés de lhe autorizar a invalidação - como ocorre com os processos em que fora ausente ou nula a citação.

Segundo Juliana de Carvalho Correia¹⁰⁶, a razão que levou o legislador a negar a exigibilidade do título executivo judicial inconstitucional foi lógica, pois, caso fosse proporcionado à parte a possibilidade de requerer a nulidade do título, estar-se-ia, concomitantemente, facultando a desconstituição da coisa julgada, o que, de

¹⁰⁵ Entendemos apenas ser inconstitucional o título executivo judicial quando o magistrado, à época do seu julgamento, não observar ação direta, súmula ou precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal, pois, caso venha a ser proferida através do legítimo juízo de constitucionalidade, a regra fixada após o encerramento do processo pelo STF não será capaz de torná-la inconstitucional, e, portanto, inválida. (Ibid.).

¹⁰⁶ CARVALHO, Juliana de Correia. Op. cit., p. 66.

forma inevitável, ensejaria a reabertura do processo com o objetivo de rejuízo da causa.

Frisou-se, ainda, que, por serem várias as decisões de inconstitucionalidades oriundas do STF, a admissão de tal hipótese tanto equivaleria a uma efetiva mitigação ao instituto da ação rescisória, como corresponderia a uma afronta grave à autoridade da coisa julgada. Assim, tendo em vista ser um vício transrescisório, o grau de insegurança jurídica seria elevado, dada a possibilidade de desconstituição do julgado a qualquer tempo, mesmo exaurido o prazo da ação rescisória.

Não obstante, os doutrinadores Fredie Didier Jr. et al¹⁰⁷ entendem que a inovação legislativa significa uma hipótese concreta de desconstituição da coisa julgada, haja vista ser dada a permissão para o executado suscitar a matéria referente à formação do título executivo judicial. Segundo os autores, apesar de a regra ser uma nova possibilidade de rescisão, ela não precisará observar o prazo bienal para sua interposição, estabelecido para as demais hipóteses de ação rescisória, bem como também não possuirá a mesma competência destinada aos casos desta, que, aliás, é sempre de um tribunal.

Diante de tal posicionamento, os doutrinadores se questionam sobre a possibilidade de um rejuízo da causa, haja vista ser esta uma hipótese não admissível para quem defende que o dispositivo incide apenas no plano da eficácia do título. Em análise à matéria, demonstram os autores, através das idéias de Eduardo Talamini, que em alguns casos não será possível retirar da parte o direito a uma reapreciação da causa.

De acordo com Eduardo Talamini¹⁰⁸, a utilização da norma muitas vezes não trará nenhuma providência adicional em relação ao resultado do processo anterior. Entretanto, o autor vislumbra esta possibilidade em situações mais complexas, como nas hipóteses em que a ação ou a defesa possuam como sustentáculo várias causas de pedir ou fundamentos.

Neste sentido, exemplifica a questão quando o contribuinte, almejando a restituição do indébito, pleiteia: (a) ser inconstitucional o dispositivo que trata do tributo em questão; (b) e não estar inserido na hipótese de incidência do tributo, não executando, portanto, o fato gerador. Assim, tendo-se uma única causa de pedir,

¹⁰⁷ DIDIER JR. et al., Op. cit., p. 372.

¹⁰⁸ TALAMINI, Eduardo apud DIDIER JR., Fredie et al., Op. cit., p. 376.

com dois fundamentos, o magistrado, ao decidir o processo, poderá recepcionar apenas o primeiro argumento referente à inconstitucionalidade. E, caso venha futuramente, após o trânsito em julgado, ser considerada norma constitucional pelo STF, o título executivo seria desconstituído e o contribuinte, uma vez derrotado, teria direito à análise do seu segundo fundamento.

De tal sorte, sob pena de inafastabilidade de apreciação da questão pelo Poder Judiciário, conforme art. 5º, XXXV, CF/88, Fredie Didier Jr. e outros, além de concordarem com o referido doutrinador, ainda acrescentam que o impasse deve ser objeto de avaliação por parte do legislador. A inobservância do Poder Legislativo à matéria gera uma insegurança, pois não esclarece de quem é a competência para o *iudicium rescissorium*, nem o lugar onde deverá haver o rejuízo, se na fase executiva ou na fase de conhecimento. Deste modo, concluem os doutrinadores que a solução mais pertinente é a do próprio Eduardo Talamini, a qual se dá pela utilização análoga do procedimento da *exceptio nullitatis*, que invalida a sentença e reabre o processo.

De fato, apesar do inconveniente referente à competência, concorda-se, aqui, com Fredie Didier Jr. e outros, pois se acredita ser a nova norma um mecanismo através do qual a coisa julgada material será desconsiderada. Todavia, como se atestará logo mais, é-se adepto a uma restrição da aplicabilidade dos artigos, o que, por conseguinte, faz-nos entender que a hipótese utilizada por Eduardo Talamini é falha. Diz-se falha em virtude de o autor não considerar que, por ter o juiz o dever de controlar a constitucionalidade, a decisão por ele proferida é legítima, não podendo ser posteriormente desconsiderada em virtude de uma superveniente declaração de inconstitucionalidade proferida pela Suprema Corte. O fenômeno revela-se como um verdadeiro equívoco, já que viola de uma só vez o poder dos magistrados de exercerem o controle difuso e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Ainda, em análise à inovação legislativa, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni entende que o rótulo “inexigibilidade do título”, quando arguido para os casos de declaração de inconstitucionalidade, transgride a lógica da “oposição à execução”, pois se insere como uma exceção tanto em relação ao elenco dos fundamentos para tanto dedutíveis, como perante o princípio da intangibilidade da coisa julgada material.

Adverte o autor que os fundamentos da oposição à execução, nitidamente, não podem ser os mesmos que foram requeridos, ou que poderiam ser, na fase anterior à decisão de mérito, pois, caso contrário, estar-se-ia diante de uma dupla oportunidade de discussão da matéria. Nesta dimensão, afirma que a declaração de inconstitucionalidade não poderá estar inclusa no rol de oposição à execução¹⁰⁹, haja vista ser uma previsão que não respeita os limites temporais do julgado, de forma que permite uma nova apreciação da decisão transitada em julgado.

Ademais, ressalva que não há dúvidas de que a aceitação da norma, com o intuito de coibir a execução da sentença, significa negar a essência da coisa julgada material. A declaração de inconstitucionalidade, inclusive a proferida após o trânsito em julgado, não pode ser conceituada como uma causa impeditiva, modificativa ou extintiva “superveniente à sentença”. Apesar de esta declaração ser, algumas vezes, uma causa impeditiva de direito, o momento oportuno para tal questionamento é o da fase de conhecimento, anterior à resolução do mérito.

Destarte, filiamo-nos às idéias do doutrinador supracitado, pois, admitir que a decisão de inconstitucionalidade seja vislumbrada como uma causa superveniente é o mesmo que autorizar a desconsideração da coisa julgada material. Portanto, acredita-se aqui que o legislador foi bastante infeliz ao disciplinar a matéria, uma vez que não observou que a oposição à execução baseada em superveniente de declaração de inconstitucionalidade de norma aplicada significa permitir, claramente, a reavaliação do ato sentencial.

Consequentemente, diante do desconforto processual gerado, o sentido das normas dos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, consiste somente em uma única interpretação: a de que ao executado será dada a oportunidade de arguir a declaração do STF quando a decisão utilizar legislação que já havia sido revelada como inconstitucional, ou consagrar interpretação que já havia sido declarada incompatível com a Constituição.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ao examinar a disposição do ordenamento jurídico alemão, a qual influenciou o nosso legislador, Remo Caponi alude que “o instituto da oposição à execução é o instrumento através do qual o devedor apresenta fatos novos, ocorridos depois do último momento no qual poderiam ter sido alegados no processo. Estes não afetam, portanto, a coisa julgada.” (CAPONI, Remo apud MARINONI, Op. cit., p. 125.)

¹¹⁰ Porém, Luis Guilherme Marinoni adverte que há que se observar se a transgressão do pronunciamento do STF é capaz de transformar, por si só, o julgamento de procedência para o de improcedência. Isto porque, a oposição à execução não será acolhida caso o pronunciamento vinculante seja hábil apenas para a modificação da fundamentação. “É por isto que, apresentados

4.3 OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE APLICÁVEIS AOS ARTIGOS 475-L, §1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO

Ao elaborar a nova regra, o legislador cometeu uma falha clarividente. Ora, em superficial análise, poder-nos-íamos questionar qual declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal seria capaz de fundamentar a arguição de inexigibilidade do título executivo judicial transitado em julgado: se a prolatada em controle difuso ou a pronunciada pelo controle abstrato de constitucionalidade. A resposta adequada à questão é bastante pertinente, pois, caso venha a ser apontada como oportuna apenas a emanada em sede de controle abstrato, o alcance da norma visivelmente será restringido.

De fato, observa-se que, através do controle difuso, muitas hipóteses particulares são colocadas à disposição do STF para o exame de inconstitucionalidade, como, por exemplo, nos casos que envolvem matérias tributárias, em que os tribunais, rotineiramente, convivem com diversos litígios entre o fisco e os contribuintes - os chamados “litigantes habituais”.

A matéria fora disciplinada de forma diferente da proposta apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, cuja redação expressamente restringia a esfera de incidência da norma às hipóteses em que o pronunciamento do STF sobre a (in)constitucionalidade da lei fosse decorrente de um processo objetivo de controle de concentrado de constitucionalidade.

A redação acima exposta, diz Humberto Theorodo Junior¹¹¹, retrata, na integralidade, a opinião de Athos Gusmão Carneiro. Este entende que a possibilidade de ampliação dos poderes do magistrado na execução, com o intuito de autorizar a alegação do executado sobre sentença que viole norma constitucional, consistiria em uma verdadeira facilidade para o advogado do devedor, pois facilmente ele poderia impedir a execução. Neste sentido, justificando a restrição do alcance da norma, ainda aduziu que o momento oportuno para a arguição de inconstitucionalidade deveria ser o momento em que fosse realizado o

os embargos ou a impugnação, terá o exequente a oportunidade de demonstrar que, ainda que a decisão houvesse observado o pronunciamento vinculante do Supremo, a sentença teria sido de procedência” (Ibid., p. 133.)

¹¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Op. cit., p. 37 et seq.

contraditório e a ampla defesa, e não posteriormente, na execução da sentença condenatória.

A despeito de seus fundamentos, Humberto Theodoro Júnior defendeu a modificação na redação do anteprojeto, o que, de fato, veio a acontecer. A partir de então, a composição textual trazida pela inovação legislativa retirou a expressão que delimitava o alcance da norma apenas aos casos em que a Corte Suprema proferisse julgamento em sede de controle concentrado.

O motivo utilizado pelo autor fora o de que não se pode haver preclusão quando há uma violação à Constituição, já que esta ofensa é considerada como a nulidade máxima do ordenamento jurídico. Assim, segundo o autor, faculta-se ao magistrado, mediante o controle difuso, a possibilidade de reconhecer a nulidade da decisão contrária à preceito constitucional, com ou sem declaração do STF: a inexecutabilidade da decisão deve ser acolhida na impugnação pelo juiz da causa com ou sem pronunciamento do Pretório Excelso.

No tocante à matéria, lembra, ainda, o doutrinador que diversas são as vezes em que leis inconstitucionais não são apreciadas pelo STF, pois muitos são os casos em que a norma inconstitucional é revogada antes do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade. Para o autor, seria absurdo impedir o executado de alegar a nulidade da sentença em virtude da não apreciação pelo STF da lei inconstitucional que a fundamenta. Portanto, entende que não será o pronunciamento do STF que irá estabelecer a nulidade da norma ou do ato inconstitucional, mas sim será responsável a invalidade *ipso iure* do próprio ato sentencial que contraria os preceitos constitucionais.

Por fim, através de precedentes jurisprudenciais, demonstrou que a coisa julgada poderia ser desconsiderada sem necessidade de nenhuma manifestação do STF em relação à inconstitucionalidade da lei aplicada. Ademais, não se deve atribuir um caráter absoluto ao instituto da coisa julgada, quando esta, no caso concreto, recair sobre decisão fundada em lei inconstitucional, visto que estará transgredindo um valor mais elevado que a própria segurança jurídica. Então, conclui-se não ser coerente o legislador restringir o alcance da norma apenas à hipótese em que já exista declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF.

Muito embora tenha o legislador retirado a parte da redação original que restringia a aplicação da norma tão somente nos casos de julgamento do Pretório Excelso em sede de controle abstrato de normas - levando-nos à falsa impressão de

que a opinião de Humberto Theodoro Júnior estaria correta -, acredita-se aqui que esta não deve ser a interpretação mais adequada.

Evidenciando a fragilidade do entendimento, André Luiz Santa Cruz Ramos afirma que, além de não ser mais utilizado o método de interpretação histórico, preferindo-se, atualmente, ao sentido objetivo da norma, e não à vontade do legislador, a interpretação estendida do dispositivo em comento conduziria-nos a uma conjuntura de grande insegurança jurídica. Atribuir ao magistrado um “poder geral de controle de constitucionalidade”, permitindo que, na impugnação, a decisão transitada em julgado venha a ser questionada a qualquer momento, significa ignorar o valor constitucional da coisa julgada e, conseqüentemente, a segurança jurídica que ela proporciona, haja vista ser ela um dos pilares do Estado democrático de Direito.

Todavia, percebe-se que a Lei nº 11.232/05 solucionou o problema acima discutido, já que inseriu nos parágrafos que tratam da matéria a afirmação de que será necessário o prévio posicionamento do STF declarando inconstitucional a lei ou o ato normativo em que se baseia a decisão, ou considerando incompatível com a Constituição a interpretação da lei ou do ato normativo realizada na sentença. Resumindo, para a correta utilização dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, §1º, ambos do CPC, será imprescindível o prévio pronunciamento do STF em relação à inconstitucionalidade da norma aplicada na decisão, bem como a incompatibilidade de sua interpretação com a Carta Magna.

Solucionadas as divergências acerca da prévia declaração do STF, ainda há que se indagar se este pronunciamento pretérito deverá ocorrer em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Além disso, poder-se-ia questionar, caso fosse admissível a hipótese de controle difuso, se somente seria preciso o julgamento do STF ou se seria imprescindível a edição de Resolução por parte do Senado Federal, de acordo com o art. 52, X da CF/88.

Sobre a controvérsia, tanto Araken de Assis como André Luiz Santa Cruz Ramos são adeptos à corrente mais restritiva. De acordo com a regra geral de hermenêutica jurídica, por ser a norma uma exceção, entende-se que a interpretação deverá ser restritiva.

No sistema jurídico brasileiro podem ser encontrados dois tipos de controle de constitucionalidade das leis: o difuso ou incidental, que se funda no

direito norte-americano; e o abstrato ou concentrado, que se inspira no modelo austríaco, idealizado por Hans Kelsen.

O controle de difuso de constitucionalidade é um importante mecanismo capaz de proporcionar ao Poder Judiciário o domínio efetivo da distribuição da justiça nos casos concretos e da apropriada defesa dos direitos do cidadão. Destarte, o controle difuso consiste no poder-dever, atribuído a todo e qualquer magistrado, de recusar aplicação à lei ou ato normativo inconstitucional. Assim, o juiz terá a obrigação de verificar se a norma pleiteada pelas partes é constitucional ou não, consistindo, portanto, na atribuição de examinar incidentalmente a questão constitucional no caso concreto.

Destaca-se, ainda, que, apesar dos efeitos deste controle serem destinados unicamente às partes da relação jurídico-processual, o art. 52, X, da Constituição Federal, permite que, através de uma Resolução do Senado Federal, a execução da norma inconstitucional seja suspensa e a eficácia da declaração incidental passe a ser *erga omnes*. Além disto, ao mesmo tempo em que a Resolução do Senado conduz a inconstitucionalidade da lei a todos os jurisdicionados, ressalta-se que os seus efeitos não serão retroativos, mas sim prospectivos, ou seja, *ex-nunc*.

Não obstante, com intuito de atribuir maior efetividade às suas decisões, verifica-se, na jurisprudência do STF, o entendimento de que os efeitos decorrentes dos julgamentos emanados do controle difuso deverão ser alargados, fazendo com que partes não envolvidas no processo sejam atingidas. Assim, Jonas Vieira de Lima¹¹² adverte que, através da objetivação do recurso extraordinário, o Pretório Excelso inclinou-se para conferir eficácia *ultra partes* à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle difuso, mesmo não sendo esta disciplinada por resolução do Senado Federal.

Apesar desta tendência, acredita-se aqui que a objetivação do controle difuso consiste em uma usurpação de competência do Senado Federal pela Corte Suprema, tendo em vista que a previsão constitucional do art. 52, X, atribui àquele o poder de suspender a execução de lei considerada inconstitucional pelo STF em sede de controle incidental. Além disto, observando-se o art. 103, da CF/88, verifica-

¹¹² LIMA, Jonas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9485/a-tendencia-de-abstracao-do-controle-difuso-de-constitucionalidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 26 set. 2012.

se que a objetivação do controle difuso reside em um flagrante desrespeito ao rol de legitimados para a interposição do processo de controle abstrato de normas, pois, ao outorgar a qualquer pessoa a capacidade processual para ensejar a declaração de inconstitucionalidade, a verdadeira intenção do constituinte, de não permitir que qualquer um do povo venha a impetrá-la, fora deixada de lado.

Ademais, sem tecer reflexões mais profundas sobre a matéria, adverte-se aqui que, apesar de a abstração proporcionar economia processual, admitir esta possibilidade é o mesmo que hipertrofiar o Poder Judiciário em relação aos demais poderes da República, uma vez que o STF teria a prerrogativa de retirar do ordenamento jurídico uma lei produzida pelo devido processo legislativo, através de uma simples análise de qualquer processo subjetivo, mediante a constatação de sua inconstitucionalidade por via incidental.¹¹³

Por tais motivos, adota-se aqui o entendimento de Nelson Nery Jr.¹¹⁴: quando o STF declarar a inconstitucionalidade no caso concreto, os efeitos desta decisão atingirão somente as partes envolvidas no litígio, não podendo, portanto, expandir esse julgamento ao credor-exequente. Assim, observa-se que a eficácia da decisão em caso concreto emanada do STF apenas poderá ser vista como um precedente jurisprudencial deste tribunal, ou seja, como o seu entendimento adotado em relação à matéria. Em suma, para que se possa atribuir os efeitos de uma lei geral, que alcança todos os jurisdicionados, uma resolução do Senado Federal deverá conferir eficácia *erga omnes* ao pronunciamento do STF em sede de controle concreto, conforme dispõe o art. 52, X, CF.¹¹⁵

Já o controle concentrado de constitucionalidade consiste na verificação abstrata, por parte do STF, da adequação de leis ou atos normativos com a Constituição Federal. Os pronunciamentos da Corte Suprema realizados em controle

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 743.

¹¹⁵ A despeito do nosso entendimento, Juliana de Carvalho Correia afirma que a objetivação do controle difuso é uma realidade. Segundo a autora, o Supremo Tribunal Federal em diversos julgados vem atribuindo o caráter abstrato às suas decisões, quer em sede de recurso extraordinário, quer incidentalmente nos casos de Habeas Corpus ou Mandado de Segurança, quando a causa de pedir seja a inconstitucionalidade. Ilustrando seu posicionamento, a autora cita a opinião do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na medida cautelar do RE 376.852, cuja passagem principal consiste em “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 interesses das partes, para assumir, de forma decisiva a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de ordem constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (verfassungsbeschwerde).” Op. cit., p. 75 et seq.

abstrato contém eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ou seja, os seus efeitos são perpetuados para todos os possíveis destinatários da norma, inclusive os próprios órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

Por outro lado, observa-se que as decisões do STF em sede de controle concentrado possuem eficácia *ex-tunc*, a qual retroage os efeitos do pronunciamento até a data do surgimento da norma inválida. Sobre este aspecto, alerta Araken de Assis¹¹⁶ que, nos casos de concessão de liminar, os efeitos da antecipação do *decisum* não serão *ex-tunc*, mas sim *ex-nunc*, pois, nesta hipótese, a lei ou ato normativo apenas perderá a sua vigência, não atingindo a coisa julgada anterior nem retirando a executividade do respectivo título¹¹⁷.

No que diz respeito à eficácia das decisões do controle concentrado, nota-se, ainda, a possibilidade de sua modulação pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com o art. 27, da Lei nº 9.868/99, por razões de segurança jurídica e interesse social, o STF poderá, mediante a maioria de dois terços dos seus membros, restringir a eficácia da decisão de (in)constitucionalidade, levando a sua incidência apenas para o momento posterior ao trânsito em julgado da decisão ou mesmo para período diverso que venha a ser disciplinado.

Logo, caso o STF venha conferir eficácia *ex-nunc* ou qualquer outra diversa ao seu pronunciamento de inconstitucionalidade, a invalidade da lei apenas atingirá os títulos executivos judiciais proferidos a partir do período fixado, pois aqueles que se formaram em momento anterior não serão abrangidos pela declaração, o que, por conseguinte, não constituirão títulos capazes de obstar a execução, conforme os arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do CPC.

Demonstrados os juízos de controle de constitucionalidade consubstanciados no direito brasileiro, resta-nos ressaltar que, conforme posterior análise em tópico seguinte, a inexigibilidade do título executivo judicial somente ocorrerá quando a inconstitucionalidade da lei for verificada ao tempo da sua formação, pois não se admite que uma declaração superveniente do STF, como visto, apenas em sede de controle abstrato, seja capaz de retirar a executividade de

¹¹⁶ ASSIS, Araken de., Op. cit., p. 1198.

¹¹⁷ André Luiz Santa Cruz Ramos entende que nesta hipótese a execução poderá ser suspensa com o objetivo de aguardar o pronunciamento pelo STF sobre a decisão de mérito. “Nesse caso, talvez, pensamos que pode ser considerada a hipótese de suspensão da execução (ou da fase de cumprimento da sentença) até a prolatação da decisão de mérito pelo STF. Caso tenha sido ajuizada ação rescisória, pode-se requerer medida cautelar ao juiz, com base na nova redação dada ao art. 489 do CPC”. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Op. cit., p. 123.

uma decisão que, para nós, por ter sido prolatada através de um legítimo juízo de constitucionalidade, é constitucional.

Destarte, entende-se, aqui, que a executividade da decisão transitada em julgado apenas poderá ser obstada quando sua fundamentação estiver baseada em lei que já havia sido declarada inconstitucional pelo STF ou em interpretação já considerada inconstitucional pela Corte Suprema. Caso contrário, o poder de análise da constitucionalidade dos juízes, o controle difuso, e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança seriam violados de uma só vez.

4.3.1 A abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade

É cediço que a inspeção de constitucionalidade brasileira rege-se por um controle jurisdicional misto, cujas propagações subjetivas de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade são diversas, na medida em que, no aspecto concentrado, possui eficácia vinculante e efeitos *erga omnes* e, no âmbito difuso, detém abrangência *inter partes*, excetuando-se a hipótese de suspensão dos efeitos da respectiva lei, pronunciada como inconstitucional, pelo Senado Federal, consoante vislumbra o art. 52, X, da Constituição Federal.

O poder constituinte difuso, segundo preceitua Uadir Lammêgos Bulos¹¹⁸, é aquele que é exercido na fase da mutação constitucional, caracterizando-se pela sua não formalização nas constituições. Nesse ínterim, verifica-se que a ele cabe modificar os ditames constitucionais informalmente, isto é, sem a necessidade de revisões e de emendas.

Em uma breve análise comparativa, constata-se que, ao passo em que o poder originário reflete a potência, responsável pela feitura da constituição, e o poder derivado traduz a competência, que a retifica, o poder difuso consiste na força invisível que a altera, sem, contudo, mudar-lhe o texto.

A natureza do poder constituinte difuso é fática, emergindo de eventos sociais, políticos e econômicos. Semelhante poder caracteriza-se por sua latência, permanência, informalidade e continuidade.

¹¹⁸ BULOS, Uadir Lammêgo. Op. cit., p. 316.

No tocante à latência, tem-se que tal poder é invisível, surgindo tão somente quando imprescindível, a fim de ser aplicado pelos órgãos constitucionais, cuja competência engloba o emprego da ordem constitucional, interpretando-a, escandindo-a, caso seja necessário, objetivando dar-lhe efetividade.

Já a permanência do poder difuso revela-se por não sê-lo menos real que os demais poderes, capazes de criar e mudar formalmente as constituições federais e estaduais, uma vez que, a despeito de não estar inserto de maneira expressa no ordenamento jurídico, enseja novas feições às constituições, outrora não abrangidas no momento da sua confecção.

Quanto à informalidade, depreende-se que o poder difuso não decorre de previsão legislativa constitucional, sendo, por conseguinte, derivado de rotinas constitucionais, que contêm convenções, usos e costumes.

Por fim, no que concerne à continuidade, frisa-se que ao poder difuso lhe é atribuída a missão de perpetuar a obra do constituinte originário, ou seja, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são responsáveis por concretizar a constituição, através do controle difuso, nas hipóteses de lacunas, colmatando, assim, as áreas em branco mediante a utilização de interpretação e de incidência de usos e costumes.

O poder constituinte difuso revela-se por interposição das mutações constitucionais, consistentes nas modificações informais da constituição, onde os respectivos conteúdos e significados são alterados sem revisões ou emendas, contemplando novos sentidos anteriormente não considerados.

Destarte, a mutação constitucional, igualmente conceituada como vicissitude constitucional tácita, mudança constitucional silenciosa, meios difusos etc, decorre da análise pormenorizada da vida constitucional dos Estados, que detectou que as constituições suportam mudanças não apenas oriundas daquelas previstas formalmente, mas também a partir de alterações das conjunturas econômicas, sociais, políticas e jurídicas dos Estados e da comunidade.

À guisa disso, salienta-se que os ditames constitucionais são relativamente inalteráveis, pois, conforme o momento histórico vivenciado, a Carta Magna poderá sofrer modificações, a despeito de formalidades especiais emanadas do princípio da rigidez constitucional.

Outrossim, da mesma maneira que o poder difuso, as mutações constitucionais se apresentam sem procedimentos manifestos, consistindo em alterações fácticas, cuja notoriedade somente sobressalta de vez em quando.

Considerando que as constituições são organismos vivos, sujeitas a fatores sociais cambiantes, extirpa-se que as mutações constitucionais refletem a modificação normativa proveniente de acontecimentos que, não obstante atinja sua forma, transformam o seu conteúdo involuntária e intencionalmente.

O exame da constitucionalidade de tais alterações resplandece na possibilidade de deformação maliciosa ou subversão traumatizante do conteúdo constitucional. A limitação exclusiva da mutação constitucional tem natureza subjetiva, isto é, brota da consciência do intérprete, que deverá utilizar-se do mecanismo da ponderação de controle de constitucionalidade, a fim de que não haja extrapolação dos parâmetros jurídicos.

O poder constituinte difuso, responsável pela aplicação da mutação constitucional, deverá ser exercido cautelosamente, haja vista que a sua exacerbação desencadeia deformações, que transgridem a Carta Suprema, originando, por conseguinte, as chamadas mutações inconstitucionais.

Nesse contexto, nos dias hodiernos, erigiu-se uma nova corrente doutrinária liderada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹¹⁹, cujos fundamentos são pautados na mutação constitucional, que vislumbra uma inédita interpretação do art. 52, X, da Constituição Federal.

Com efeito, o dispositivo supramencionado versa sobre a competência privativa do Senado Federal para editar, discricionariamente – conforme entendimento da doutrina constitucionalista clássica-, resolução capaz de suspender, total ou parcial, lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso.

Desta feita, a resolução senatorial é responsável pela propagação subjetiva da decisão, conferindo-lhe eficácia *erga omnes*, ou seja, estendendo para todo o jurisdicionado a declaração de inconstitucionalidade da lei proferida pelo STF no desempenho do controle concreto.

¹¹⁹ FERREIRA, Gilmar Mendes apud RICARDO, Anderson Gomes. **Crítica à tese de abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/17300/critica-a-tese-da-abstrativizacao-ou-objetivacao-do-controle-concreto-ou-difuso-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 29 set. 2012.

Quanto aos efeitos dessa resolução, ressalta-se, ainda, que o posicionamento da doutrina majoritária consiste na sua prospecção, sendo, portanto, a contar da sua publicação, *ex-nunc*. Desse modo, todos os comportamentos realizados sob a vigência do ato inconstitucional permanecem preservados. Todavia, ante o argumento de sê-la apenas responsável pela concessão de generalidade à decisão emanada do Pretório Excelso, uma minoria defende que os seus efeitos são retroativos, logo, *ex-tunc*, tornando inválidas todas as ações concretizadas sob o manto do ato inconstitucional.

Contrapondo-se ao procedimento acima elencado, a novel corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta que a decisão de inconstitucionalidade oriunda do STF, seja proveniente de controle concentrado, seja decorrente de controle concreto, deve possuir um caráter objetivo, alcançando todos os cidadãos, independentemente da outorga do Senado Federal na esfera incidental.

Os fundamentos, que consubstanciam o entendimento explanado, residem no fato de que a declaração de inconstitucionalidade emanada do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, por si só, já possui eficácia vinculante e *erga omnes*, em que pese a publicação da resolução senatorial.

Corroborando com a opinião esposada, tem-se a argumentação da economia processual, celeridade e presteza da tutela jurisdicional, da isonomia dos jurisdicionados, além da segurança jurídica quanto à interpretação constitucional, evitando-se, assim, decisões judiciais conflitantes, que tratam da mesma questão jurídica.

O núcleo da abstrativização do controle difuso configura-se na transcendência dos motivos determinantes da decisão de inconstitucionalidade incidental da Suprema Corte, pois, ao ser apreciada a questão constitucional, cria-se uma norma geral, que será usada como paradigma, para a solução de controvérsias jurídicas semelhantes.

O substrato da tese de objetivação do controle concreto está na função de guardião da Constituição exercida pelo Supremo Tribunal Federal, já que, por ser o intérprete supremo, compete-lhe prolatar, em derradeira instância, a última palavra acerca das dissidências constitucionais.

Nesse íterim, essa nova posição doutrinária, a fim de impossibilitar a invalidação de sua teoria de abstrativização, tendo em vista que afronta diretamente o texto da Carta Magna, bem como calcando-se no artifício da mutação

constitucional, imputou ao ato do Senado Federal tão somente a capacidade de dar publicidade à decisão de inconstitucionalidade incidental apreciada.

O cerne da questão, segundo dispõe Gilmar Ferreira Mendes, cifra-se no aspecto de que a previsão constitucional da competência do Senado Federal em editar uma resolução, para estender os efeitos da decisão *incidenter tantum* do STF, tem cunho exclusivamente histórico, uma vez que tal prerrogativa apenas surgiu, na época da Constituição de 1934, para suprir a ausência de um controle de constitucionalidade concentrado, já que em tal período somente havia a apreciação difusa.

Por outro lado, aduz o doutrinador que a defesa da mutação constitucional nesse dispositivo funda-se na ideia de que o sentido substancial de expansão subjetiva, realizada pela resolução senatorial, choca-se com o modelo de constitucionalidade adotado pelo Brasil, qual seja, a regra de nulidade *ab initio* do ato inconstitucional, bem como da eficácia *ex-tunc* da decisão que detecta esse vício. Isso porque o ato declarado inconstitucional, nulo desde seu nascimento, produzirá efeitos até emergir a resolução do Senado, que fixará efeitos *erga omnes*.

Finalmente, embasa-se, ainda, no aspecto em que, nas últimas décadas, há uma forte tendência legislativa em aquiescer à nova tese, porquanto foram conferidas eficácias vinculantes a precedentes jurisprudenciais originados do STF, como as súmulas vinculantes – Emenda Constitucional nº 45 de 2004-, as súmulas impeditivas de recurso extraordinário – Lei 8.033/1990 - e de recursos em geral - Art. 481, parágrafo único e art. 557, ambos do Código de Processo Civil.

Embora o entendimento exposto seja consistente, divergimos da tese analisada, considerando-a inaplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, em virtude da sua contrariedade latente ao mandamento constitucional.

Na realidade, a abstrativização do art. 52, X, da Constituição Federal, revela-se uma mutação inconstitucional, pois extravasa os limites constitucionais estabelecidos para sua validade.

Sob um primeiro aspecto, averigua-se que o texto constitucional não permite, entre os vários sentidos semânticos que podem ser retirados, nenhuma interpretação destoante da ideia de que ao Senado Federal compete determinar a suspensão do ato normativo inconstitucional, até porque a Constituição Federal atribui de forma expressa a ingerência do Poder Legislativo, previsão esta que não fora objeto de nenhuma reforma formal capaz de robustecer a tese já explicitada.

Além do desrespeito à elucidação semântica da Carta Magna, o entendimento dessa nova doutrina transgride diversos princípios da hermenêutica constitucional, a saber: princípio da máxima efetividade, princípio da unidade da Constituição, princípio força normativa da Constituição e o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.

Quanto à máxima efetividade, a nova tendência doutrinária impossibilita a incidência completa da norma do art. 52, X, da Constituição Federal. Já em relação ao princípio da unidade da Constituição, tem-se que há um desprezo ao modelo misto de controle de constitucionalidade, uma vez que obstaculiza a convivência harmônica entre os controles abstrato e difuso. Por outro aspecto, a força normativa da Constituição é violada, na medida em que a inobservância do conteúdo semântico do inciso X do art. 52 descarta a sua imperatividade. Por fim, a irrazoabilidade resta demonstrada, haja vista que a opinião acerca do dispositivo constitucional é desproporcional a sua redação.

A veemência da crítica resume-se, mormente, à infringência do princípio da separação dos poderes, cuja função recai sobre o impedimento de interferência, constitucionalmente não autorizada, entre os poderes da República, que são o Legislativo, Executivo e o Judiciário. À vista disso, a aniquilação da resolução senatorial o quebranta, porquanto hipertrofia os poderes do Judiciário, conjuntura propícia à afronta dos direitos fundamentais.

Sobressai-se, ainda, que a permissão de edição de súmulas com eficácias vinculantes e *erga omnes*, decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2004, não demonstra que o Legislativo direciona-se ao entendimento doutrinário moderno, pois ao não modificar o inciso X do art. 52, deixando-o intacto, evidencia-se que a acepção original e histórica da norma constitucional permanece incólume.

Ante todo o exposto, perfilamos o entendimento de ser inconstitucional a posição doutrinária que vislumbra apenas a publicidade como efeito consequente da resolução senatorial, em virtude de sê-la desprovida de fundamentação constitucional. Portanto, a sua adoção pelo ordenamento jurídico é inválida, perfazendo-se em uma verdadeira mutação inconstitucional.

Nesse sentido, a executividade da decisão transitada em julgado somente poderá ser tolhida, em razão de pronunciamento de inconstitucionalidade de lei ou interpretação *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal, quando houver a resolução proferida pelo Senado Federal antes da sua imutabilidade.

Não obstante o posicionamento explanado, a polêmica em torno da aplicação da resolução senatorial até pouco tempo atrás ainda não estava resolvida. O tratamento da matéria constava da interposta Reclamação nº 4335/AC¹²⁰, cujo teor cuidava da propagação *erga omnes* dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, do §1º, do art. 2º da lei 8.072/90, que veda a progressão de regime pela prática de crimes hediondos.

Em 20.03.2014, o Plenário da Suprema Corte decidiu, definitivamente, o mérito da referida reclamação, asseverando não ser adepto da teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade e, por conseguinte, da ocorrência de mutação constitucional sobre o art. 52, inciso X, da Carta Magna.

Destarte, para a Corte, mesmo que haja o reconhecimento que as decisões proferidas em sede de controle difuso possuam, no direito brasileiro, cada vez mais, força expansiva em relação aos demais processos semelhantes, isso não reproduz entender que houve mutação constitucional no art. 52, inciso X, da CF, permanecendo, portanto, o Senado Federal com a prerrogativa de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF que, via recurso extraordinário, declara inconstitucional determinada lei ou ato normativo.

Observa-se, portanto, que o STF afirmou que a força expansiva das suas decisões não é sinônimo perfeito de efeitos *erga omnes* e vinculantes. Dessa forma, concluiu aduzindo que o instituto da Reclamação somente é cabível para os casos de descumprimento de pronunciamentos jurisdicionais do STF que gozem de eficácia vinculante e *erga omnes*.

Diante deste novo panorama, entendemos que o julgamento da Suprema Corte foi coerente e cauteloso, na medida em que resguardou o princípio da separação de poderes, quando destacou a preservação da necessidade da resolução senatorial, a fim de conferir efeitos vinculante e *erga omnes* as suas decisões emergentes do controle difuso de constitucionalidade.

4.4 A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 475-L, §1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO, INSERIDOS NO CPC ATRAVÉS DA LEI Nº 11.232/05

¹²⁰ DIZER O DIREITO. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/stf-nao-admite-teoria-da.html>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

Inicialmente, repercutiu-se bastante, na doutrina, a hipótese de inconstitucionalidade formal da regra, pois, diante da sua introdução por medida provisória, constatou a comunidade jurídica que, para sua edição, não existia nenhum pressuposto de urgência e relevância, já que a hipótese corresponde apenas a uma inovação com teor processual. De tal sorte, a discussão em torno do tema desembocou em uma ação direta de inconstitucionalidade interposta pelo Conselho Federal da OAB, a ADIn nº 2.418-3, com pedido liminar contra a MP nº 2.102-27, de 26.01.2001 (uma das últimas edições da MP nº 2.180-35/2001), cujo objetivo principal fora retirar do cenário jurídico os seus arts. 4º e 10º, sendo este último o que introduziu o parágrafo único do art. 741, do CPC.

Entretanto, mesmo sendo plausível o questionamento, dada a não utilização da normal via legislativa, a polêmica hoje não é mais pertinente, já que, com a introdução da Lei nº 11.232/05, que reproduziu a referida medida provisória, a matéria perdeu o objeto, restando tão somente a discussão em torno da inconstitucionalidade material do dispositivo.

Em relação ao debate acerca da inconstitucionalidade material, muitos doutrinadores direcionam bastantes críticas para a norma ora analisada, dentre eles estão Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery Jr. e José Carlos Barbosa Moreira. Sendo assim, ao longo deste tópico, demonstrar-se-á a incoerência do dispositivo à luz do conflito entre o instituto da coisa julgada e a supremacia da Constituição, respondendo a seguinte indagação: no sistema brasileiro, a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF é capaz de obstar a execução de sentença transitada em julgado? E mais: diante do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil, haverá “prevalência” do princípio da supremacia da Constituição em detrimento da autoridade da coisa julgada?

Como dito anteriormente, a inspiração legislativa adveio do ordenamento jurídico alemão, mais precisamente do §79, da lei do Tribunal Constitucional, cujo conteúdo configura uma verdadeira exceção ao princípio da intangibilidade à coisa julgada. No entanto, ao discorrer sobre o tema, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni adverte que a norma disciplinada no direito alemão não poderá ser exercida pelo direito brasileiro, pois a exceção inserida no Tribunal Constitucional está centrada no fato de que ao juiz ordinário não lhe é facultado o poder de tratar a questão constitucional.

Segundo o autor, nos sistemas de controle concentrado, por ser o Tribunal Constitucional o único legitimado para o juízo de constitucionalidade, o magistrado ordinário poderá, no máximo, aplicar uma lei inconstitucional. Enquanto os juízes ordinários brasileiros possuem o poder-dever de analisar a constitucionalidade da norma, criando-se, portanto, uma decisão judicial para o caso concreto, na Alemanha, a prerrogativa de apreciação da questão constitucional é apenas do Tribunal Constitucional, de forma que ao juiz ordinário não é dada a oportunidade de decidir em meio a uma circunstância de dúvida sobre a constitucionalidade.

Frise-se que, no sistema concentrado alemão, quando há dúvida constitucional sobre uma norma, o processo é suspenso enquanto o Tribunal Constitucional analisa a questão e o juiz ordinário fica proibido de realizar qualquer juízo de constitucionalidade, fato que, no máximo, poderá implicar em uma utilização de lei inconstitucional. Ademais, caso o processo não seja suspenso, por não ser invocada a questão constitucional, quer por inação das partes ou do magistrado, a decisão judicial poderá se tornar ilegítima, se o Tribunal Constitucional, em exercício exclusivo sobre a constitucionalidade, futuramente declarar inconstitucional a lei que a fundamenta.

Diferentemente, no direito brasileiro, o juiz ordinário tem o dever de examinar a questão constitucional, inclusive de ofício, sem qualquer requerimento da parte. Assim, quando não há contestação da constitucionalidade da norma pelo magistrado, a aplicação da lei ao caso concreto significa a admissão da sua constitucionalidade. Ou seja: diante do caso particular, ou o juiz interpreta a norma como inconstitucional, através de uma apreciação incidental, ou aplica a lei, aceitando-a como constitucional.

Diante disto, tendo sido realizada ou não a arguição de inconstitucionalidade, não mais se admite o debate sobre a questão constitucional, pois, mesmo não sendo o núcleo da discussão, mas tão somente uma questão incidental, a eficácia preclusiva da coisa julgada atingirá a resolução dada ao litígio.

Com efeito, o cerne da questão reside em um único aspecto: o fato de ter ou não o poder para interpretar o conflito constitucional. Nota-se, portanto, que a flagrante distinção está entre ter o poder de análise da questão constitucional e aplicar lei posteriormente declarada inconstitucional, e não, ter o poder de

apreciação da questão constitucional e aplicar lei que venha futuramente ser declarada inconstitucional.

Alerta ainda o doutrinador que, no sistema concentrado, há uma real possibilidade de formação da coisa julgada inconstitucional, uma vez que será constituída quando uma decisão judicial se fundamentar apenas em uma lei que mais tarde venha a ser declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Todavia, atenta que o mesmo não pode ocorrer no Brasil. Aqui, por ter o juiz a aptidão para avaliar a constitucionalidade da norma, a sentença transitada em julgado, que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, não poderá ser nulificada, sob pena de negar ao juiz ordinário a sua prerrogativa de realizar o controle difuso de constitucionalidade.

Destarte, foi justamente a partir do poder-dever conferido a todo e qualquer juiz que se idealizou, no ordenamento jurídico brasileiro, a obstaculização da execução, fundada na declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive para os casos em que à época da elaboração da decisão existiam grandes polêmicas sobre a constitucionalidade, ou seja, ampla controvérsia entre os juízes e tribunais em relação à interpretação da questão constitucional.

De tal sorte, a pretensão da inovação legislativa, concretizada pelos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do CPC, consiste não apenas em uma verdadeira negação ao controle difuso de constitucionalidade, mas também em uma imposição descabida da interpretação do STF sobre todos os pronunciamentos jurisdicionais abrangidos pela autoridade da coisa julgada. Com efeito, a norma, além de nulificar de todo e qualquer juízo legítimo de constitucionalidade contrário à posterior declaração do STF, insere também um mecanismo que transgride a garantia da coisa julgada material.

Além disto, em virtude de o magistrado possuir o poder de controle da constitucionalidade, é extremamente natural que, em meio a inúmeras questões constitucionais referentes a diversos casos, haja um amplo leque de opiniões transitadas em julgado, onde inevitável e racionalmente terá que conviver a ordem jurídica brasileira.

É certo, portanto, que a disposição legal é autoritária e inconcebível. No sistema que prevê o controle difuso de constitucionalidade, aceitar que os juízes e tribunais sejam vinculados a futuras decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF é o mesmo que negar a essência da coisa julgada material.

O juiz da execução tem que respeitar a coisa julgada que revestiu a sentença, quando a decisão de inconstitucionalidade ainda não havia sido prolatada pelo STF. O magistrado apenas deverá obedecer quando, no transcurso do processo, o pronunciamento de inconstitucionalidade da Corte Suprema já tiver sido emanado. Deste modo, a observação deverá ocorrer no momento em que o juiz singular estiver exercendo a sua prerrogativa de controle da constitucionalidade.¹²¹ Se neste instante não existir nenhuma decisão do STF sobre a matéria examinada no caso concreto, não há que se falar em vinculação dos magistrados, de forma que ulterior pronunciamento do Pretório Excelso não terá o condão de retroagir sobre tal julgamento.

Outrossim, é pertinente advertir que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do STF não é direcionada ao controle de constitucionalidade das decisões, mas sim unicamente ao controle de constitucionalidade das leis. Nesta órbita, a tese da retroatividade da decisão sobre a autoridade da coisa julgada, que vislumbra a eficácia *ex-tunc* do pronunciamento de inconstitucionalidade, não observa que a declaração da nulidade diz respeito tão somente à lei, e não às sentenças transitadas em julgado que aplicaram a lei.

A admissão da eficácia *ex-tunc* não significa que todos os julgados pretéritos serão atingidos pela decisão de inconstitucionalidade, pois não se pode confundir a utilização da norma abstrata ao caso concreto com a construção da norma jurídica do caso concreto. Nos dias hodiernos, diferentemente das teorias clássicas¹²², a decisão judicial é o produto da interpretação realizada pelo

¹²¹ Nesta hipótese, Luiz Guilherme Marinoni aduz que: “se o juiz ou tribunal, diante do caso concreto, não obedece à decisão de inconstitucionalidade, cabe “reclamação” ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, I, da Constituição Federal. E isto enquanto o processo, em que foi proferida a decisão que não atendeu ao pronunciamento do Supremo, não foi extinto”. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 22-23.

¹²² Segundo Luiz Guilherme Marinoni, as teorias clássicas advêm das idéias de Chiovenda e de Kelsen. Inspirado pelo Iluminismo e por valores da Revolução Francesa, Chiovenda atestava que o magistrado deveria aplicar a vontade concreta da lei, fato que, para alguns, poderia conduzir ao argumento de que, se a lei que fundamentou a decisão fora considerada nula, conseqüentemente, inválida também seria o julgamento que a aplicou. Portanto, para a teoria chiovendiana, a jurisdição corresponderia à vontade da lei ao caso concreto, de forma que ao magistrado apenas lhe seria dada a oportunidade de revelar a vontade do legislador. Já os adeptos à teoria unitária do ordenamento jurídico, aí inclusos Kelsen, Carnelutti e seus seguidores, afirmavam que decisão judicial seria fruto da criação da norma individual pelo magistrado, ou seja, o juiz, além de aplicar a lei, deveria criar a norma individual. Ademais, a teoria de Kelsen vislumbrava que a norma individual, criada na sentença, deveria sempre estar subordinada a uma norma superior. Assim, de um lado Chiovenda defende que a função da jurisdição é meramente declaratória e que por tal motivo a sentença não integra o ordenamento jurídico, e do outro Carnelutti e seus adeptos apontam que a decisão judicial deve estabelecer o elo entre a norma abstrata e a particularidade

magistrado em face da Constituição e do controle de constitucionalidade por ele exercido. Logo, por a decisão judicial decorrer da construção da norma jurídica do caso concreto, futuro pronunciamento de inconstitucionalidade não será capaz de invalidá-la, pois, caso contrário, não apenas a lei seria nulificada, mas também o legítimo juízo de constitucionalidade proferido pelo juiz.

Aceitar que o instituto da coisa julgada não seja violado não significa admitir que um ato inconstitucional tenha eficácia. Desta forma, buscando demonstrar a preservação do controle difuso de constitucionalidade, o doutrinador lembra que a Constituição da República portuguesa, em seu art. 282, 3, elucida que, em caso de declaração de inconstitucionalidade abstrata tardia, “ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.

No entanto, ressalva o autor que esta menção do ordenamento jurídico português não deverá ser considerada como uma norma indispensável à validade da coisa julgada inconstitucional, porquanto a decisão baseada em lei que mais tarde venha a ser declarada inconstitucional é válida, já que reflete o legítimo exercício de controle difuso de constitucionalidade elaborado pelo magistrado. Com efeito, a previsão portuguesa não objetiva constitucionalizar o inconstitucional, mas sim proteger os julgados já imutáveis, os quais foram produzidos através do poder-dever legítimo do juiz ordinário.

No tocante à matéria, Nelson Nery Jr.¹²³ afirma que a previsão de tal dispositivo português nem mesmo seria necessária, uma vez que, se as decisões judiciais transitadas em julgado fossem atingidas por tardias declarações de inconstitucionalidade, flagrantemente, estar-se-ia violando o Estado Democrático de Direito. Segundo o autor, o título judicial desfruta de uma proteção constitucional, a qual decorre diretamente tanto do Estado Democrático de Direito, no caput do art. 1º, da CF/88, como da garantia fundamental disposta no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna.

Em consonância com Luiz Guilherme Marinoni, o autor, além de dispor que a norma disciplinada pelos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC, é

do caso concreto, fazendo com que a sentença seja abrangida pelo ordenamento jurídico. (MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 25 et seq.)

¹²³ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit.

materialmente inconstitucional, compreende que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do STF somente poderá ser utilizada quando tal pronunciamento for realizado no transcurso do processo. Ou seja: a regra apenas será capaz de obstar a exigibilidade de título executivo judicial quando a respectiva decisão do STF tiver sido proferida à época de sua formação. A limitação a esta situação decorre justamente da coisa julgada material, haja vista que, se fosse permitida a aplicação indiscriminada da norma, a própria Constituição Federal seria transgredida, ao passo em que o Estado Democrático de Direito, fundamento da República, e a garantia da intangibilidade dos julgados seriam desrespeitados.

Outro aspecto negativo da norma está relacionado com o recurso extraordinário. Sabe-se que o recurso extraordinário, ao mesmo tempo em que é um mecanismo utilizado para retificar violações aos preceitos constitucionais inseridas nas decisões judiciais, é um instrumento que, ao proporcionar a uniformização da interpretação dos dispositivos constitucionais realizada pela jurisprudência nacional, evita que sejam construídas decisões inconstitucionais. Deste modo, tem-se que tal recurso, assim como o especial, tem a finalidade de proteger o direito objetivo, fato que o diferencia das demais modalidades de recursos, pois estas outras espécies apenas vislumbram a proteção do direito subjetivo.

Além disto, por ser um recurso de fundamentação vinculada, exige-se, para sua arguição, a observância de diversos requisitos de ordem processual, os chamados pressupostos de admissibilidade recursal, dentre os quais se encontram tempestividade, interesse recursal, legitimidade, prequestionamento e a repercussão geral, sendo esta introduzida ultimamente pela Constituição Federal em seu art. 102, III, §3º. Portanto, caso não haja o preenchimento destes requisitos, o recurso extraordinário não será apreciado por ter o seu juízo de admissibilidade negado.

Partindo-se da premissa de que o diploma legal possibilita a rejeição do recurso extraordinário pelo simples fato de ausência de um pressuposto de admissibilidade, poder-nos-íamos indagar o porquê de retirar a exigibilidade de um título executivo judicial, por este ser fundado em lei que posteriormente é declarada inconstitucional, se a questão constitucional poderia ter sido apreciada pelo STF e não fora por própria determinação desta Corte. A questão é inconcebível, tendo em vista que a problemática poderia ter sido solucionada através da avaliação do recurso extraordinário, pois este seria o momento oportuno para fazê-la. Nota-se, portanto, que o sistema jurídico é incongruente, uma vez que a matéria referente à

fase de conhecimento será discutida em circunstância indevida, quando, na verdade, poderia ter sido examinada em momento adequado.

Além desta hipótese, Juliana de Carvalho Correia¹²⁴ aduz a possibilidade do seguinte caso: suponha-se que a discussão chegue até a Corte Suprema, e que esta, ao apreciar a matéria, decida a favor da constitucionalidade de uma lei. Após um período, alterados os seus componentes, o STF, mediante o julgamento de ADIn, pronuncia-se no sentido da inconstitucionalidade daquela mesma lei, antes aferida como constitucional em sede de controle difuso, sem abstração de efeitos, fazendo com que o título executivo judicial passe a ser considerado inexigível.

Diante de tal conjuntura, ao se questionar se há, no nosso ordenamento jurídico, uma efetiva segurança jurídica que proporcione a estabilidade das relações jurídicas, a autora conclui que a inovação legislativa é desproporcional e desarrazoada, já que não só flexibiliza o instituto da coisa julgada como também disponibiliza a análise da matéria aos juízes de primeira instância, o que de fato propicia uma subversão inaceitável, se for considerado que muitas vezes as decisões são prolatadas em instâncias superiores.

Como visto no capítulo anterior, ao abordar os meios processuais capazes de “relativizar” a coisa julgada, o doutrinador José Carlos Barbosa Moreira¹²⁵ frisa, de forma bastante pertinente, a questão da possibilidade de um juiz ordinário apreciar a substância de uma decisão transitada em julgado. A crítica aventada pelo autor é coerente e encaixa-se, perfeitamente, na análise dos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único do CPC, na medida em que tais artigos autorizam o reexame da decisão de mérito proferida por tribunal, muitas vezes emanada do STF, por um juiz inferior, o que de fato exprime um desrespeito à hierarquia disciplinada pela Constituição Federal.

Ademais, acrescenta que a hipótese não pode ser tratada como nos casos de nulidade de citação, já que na norma em comento o magistrado não irá examinar um mero *erro in procedendo*, mas sim irá aferir o teor do julgamento. A única solução disponibilizada pelo autor seria a de aplicar o mesmo regramento da ação rescisória. Ou seja: a matéria seria encaminhada diretamente para o tribunal prolator, consistindo, portanto, em uma competência originária. Todavia, adverte que tal situação é impraticável, haja vista ser taxativo o rol da competência originária dos

¹²⁴ CARVALHO, Juliana de Correia. Op. cit., p. 67 et seq.

¹²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 57 et seq.

tribunais (STF ou STJ), conforme hipóteses constitucionalmente previstas no art. 102, I e no art. 105, I da Carta Magna. Além do mais, evidencia a fragilidade de tal solução quando informa que, de acordo com o arts. 26, *fine*, da Lei 9.868/99 e 12, *fine*, da Lei 9.882/99¹²⁶, não são todos os acórdãos que podem ser atacados por ação rescisória.

Por outro lado, José Carlos Barbosa Moreira ainda aponta uma questão muito interessante: imagine-se que um magistrado, convicto da desconformidade entre a decisão e a Constituição, considere-se permitido a julgar em sentido diverso. Inevitavelmente, a sentença por ele proferida será criticada pela parte vencida, que, de maneira alguma, não deixará de reputá-la inconstitucional. Assim, vislumbrando tal situação, poder-nos-íamos perguntar: haverá obstáculo capaz de impedir a impugnação do litigante em relação à segunda sentença, bem como afastar a possibilidade de outro juiz submetê-la ao seu próprio entendimento? De fato o obstáculo hábil a impedir seria a coisa julgada? No entanto, se este impedimento fora afastado na primeira hipótese, por que não poderá sê-lo em relação à segunda sentença?

Com efeito, o debate seria conduzido, em princípio, *ad infinitum*, ou seja, a discussão seria propagada enquanto fosse fértil a imaginação dos advogados, de forma que a cada momento em que detectassem uma inconstitucionalidade, sucessivas impugnações seriam realizadas. Tal faculdade não se coaduna com os objetivos almejados na atualidade, pois se requer, no presente, um término mais breve para os litígios, inclusive através da diminuição das oportunidades de recorrer das decisões. Logo, de acordo com seu posicionamento, a norma não apresenta nenhuma contribuição benéfica, pelo contrário, apenas traz mais desconforto, já que protraí a tão suspirada abreviação da lide.

A possibilidade de tornar inexigível o título executivo judicial trará para o Poder Judiciário um considerável aumento de trabalho. Se for levado em consideração o número de recursos extraordinários que, mesmo sem base, são interpostos, não serão raras as vezes em que litigantes insatisfeitos solicitarão a ineficácia da sentença com base na inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo

¹²⁶ “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.” (PLANALTO, 2012); “Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.” (STF, 2012).

que a fundamenta. Em decorrência, nem seria necessário ressaltar o excesso das despesas que a máquina judiciária teria, além de outros inconvenientes como o tempo desperdiçado - o trabalho e o custo dos processos individuais que se prolongaram por anos até o proferimento da sentença, que, aliás, embora legítima, seria facilmente eliminada.

À vista disso, extrai-se que o resguardo da coisa julgada material tem que ser efetivo. Por ser a autoridade da *res judicata* um instituto capaz de estabilizar as decisões, sendo, portanto, o mecanismo que exerce o princípio da segurança jurídica, a atividade judiciária não poderá entrar em crise. De tal sorte, se a solução do litígio sempre ficar à disposição de impugnações e discussões, todo o exercício jurisdicional será inútil, o que, por conseguinte, leva-nos a concluir que, quando os cidadãos entram em conflito, compondo um litígio, não mais será vantajoso ingressar em juízo, já que de nada vai adiantar.

Ora, a norma não considerou que ao vencedor não há como retirar-lhe o direito à observância do julgado. A situação não é justa, pois, em busca de uma solução para o seu litígio e por não lhe ser autorizado realizar justiça com as próprias mãos, ele recorreu ao Estado, recebeu a prestação jurisdicional e, agora, em virtude de uma futura declaração de inconstitucionalidade, não pode mais gozar a sua vitória. De acordo com a inovação legislativa, a decisão prolatada não tem nenhuma validade, uma vez que, sem nenhuma dificuldade, desconsidera a coisa julgada, consentindo que a lide seja mais uma vez examinada.

Ressalte-se que, além das partes em conflito, o interesse correspondente à estabilidade abrange a sociedade. A segurança jurídica é condição essencial para os cidadãos, uma vez que traduz a seriedade e a eficiência da atividade judiciária. Deve-se saber que, quando se pleiteia algo na justiça, estar-se requerendo um pronunciamento consistente, que venha a ser preservado pela coisa julgada material, uma vez que é o Poder Judiciário o canal oficial para tais resoluções. Senão, inevitavelmente, irá surgir na sociedade um sentimento de abandono estatal, permitindo-se fatalmente aos lesados a possibilidade de realizar a justiça com as próprias mãos.

As desvantagens da norma não só prejudicam os jurisdicionados, como também o próprio Estado. Ao permitir uma nova apreciação da causa interposta, o Estado passa a submeter-se ao inconformismo de algum insatisfeito, fazendo com que deva proferir tantos julgamentos quantas forem as contestações. No entanto,

por não mais se aceitar que o direito de ação significa ganho de causa, acredita-se, aqui, que, exercitado tal direito, não mais subsiste a prerrogativa da parte vencida de ter nova decisão. Em relação a esta lide, o Estado tanto já se pronunciou, cumprindo sua função jurisdicional, como já elaborou a decisão com base em um legítimo juízo de constitucionalidade, o que, conseqüentemente, torna toda e qualquer reavaliação da matéria uma atitude violadora do Estado Democrático de Direito.

Em virtude de todas as razões expostas, entende-se que os dispositivos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC, são materialmente inconstitucionais. Diante de uma ulterior declaração de inconstitucionalidade do STF, autorizar que uma decisão transitada em julgado seja inexigível é o mesmo que negar, de uma só vez, o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo magistrado e o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança.

A aplicação desses artigos produzirá uma intensa descrença na sociedade em relação à atividade judiciária brasileira, haja vista que, ao dar a oportunidade do executado alegar a ineficácia do título, a norma, além de desconsiderar todo um processo, que muitas vezes perdurou por anos, desestabiliza a confiança do cidadão, que, quando finalmente chega ao término do litígio, imaginando-se que a discussão em torno do seu direito tivera acabada, vê, repentinamente, ser retirada a eficácia da decisão transitada em julgado. Logo, na busca de valorizar a supremacia da Constituição Federal, a norma terminou por transgredir um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, o da segurança jurídica.

A despeito da regra, flagrantemente, desconsiderar a coisa julgada material, promovendo um verdadeiro desequilíbrio nas relações jurídicas, não se pode negar que ela vem sendo utilizada pelos magistrados, de forma que será necessário delimitar a sua aplicação. Sendo assim, o momento seguinte é uma avaliação da norma inserida no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, verificando-se, portanto, a sua real extensão.

4.5 OS VÍCIOS PROCESSUAIS QUE ACOMETEM A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL PARA FINS DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 475-L, §1º E 741, PARÁGRAFO ÚNICO, INSERIDOS PELA LEI Nº 11.232/05

A inovação legislativa, buscando resolver o litígio entre o instituto da coisa julgada material e da supremacia da Constituição, inseriu no nosso sistema legislativo um instrumento com eficácia rescisória de decisões inconstitucionais. Entretanto, conforme dispõe o STJ, não se pode atribuir a este mecanismo um caráter universal, pois a sua correta aplicação deverá ser restringida tão somente às seguintes sentenças inconstitucionais: (a) as que utilizaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo); (b) as que aplicaram norma em situação considerada inconstitucional; (c) e, por fim, as que usaram a regra com sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

É certo que em todas estas hipóteses será imprescindível que a declaração emane do Supremo Tribunal Federal, através, respectivamente, de: (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte da norma); (b) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ou ainda (c) interpretação conforme à Constituição Federal (2ª parte da norma).

Logo, não serão alcançadas pelo dispositivo todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, mesmo que tenham sido julgadas em sentido contrário à orientação do STF, tais como: (a) as que utilizaram norma declarada constitucional, incluindo as proferidas em sede de controle concentrado; (b) as que usaram norma constitucional que o STF entendeu ser sem auto-aplicabilidade; (c) as que deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o Pretório Excelso considerou auto-aplicável; (d) as que foram fundadas em preceitos normativos declarados revogados ou não recepcionados pela Suprema Corte, abstraindo-se de utilizar no caso concreto a norma revogadora. Além do mais, encontram-se fora do âmbito material da regra, as decisões inconstitucionais transitadas em julgado em período anterior à da sua vigência.

Em relação à interpretação dos referidos artigos, o STJ ainda acrescentou:

PROCESSO CIVIL. SENTENÇA INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXEGESE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. HONORÁRIOS.

[...]

5. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas lato sensu, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC (Revogado).

6. À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI).

7. Precedentes da 1ª Turma (REsp 720.953/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 22.08.2005; REsp 721.808/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 19.09.2005).

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 790803 MG 2005/0175779-7; PRIMEIRA TURMA; Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI; DJU em 14.03.2006; p. 278)

Diante dos casos expostos, pode-se afirmar que facilmente ocorrerão as hipóteses em que o STF declara a inconstitucionalidade do dispositivo utilizado na decisão, retirando-lhe do ordenamento jurídico por ser norma contrária à Constituição Federal. Ademais, lembre-se que, se porventura a Corte Suprema venha considerar inconstitucional apenas parte da norma, como algum artigo, inciso ou alínea, a questão continuará sendo hipótese de controle de constitucionalidade com redução de texto.

No entanto, se por acaso a sentença chegue a aplicar norma em situação considerada inconstitucional, em nenhum momento será atestada a inconstitucionalidade com redução de texto, mas tão somente restará o controle de constitucionalidade sem redução de texto. O STF não alterará nenhuma parte do dispositivo, uma vez que apenas firmará o entendimento de que em uma determinada situação a norma não poderá ser aplicada. Logo, também nas situações em que as decisões utilizaram interpretação disforme da Constituição Federal, o STF não atacará nenhum dispositivo legal, mas unicamente irá estabelecer o devido sentido da norma constitucional.

Nota-se, portanto, que o STJ delimitou a aplicabilidade dos dispositivos legais, restringindo sua incidência apenas para as hipóteses acima elencadas. Sendo assim, nenhuma outra maneira de alegar a inexigibilidade do título executivo

judicial poderá ser utilizada, pois, todas as demais hipóteses – inaplicação de lei declarada constitucional, utilização de lei sem auto-aplicabilidade, etc. - estarão fora do campo de atuação da Lei nº 11.232/05.

4.6 A QUESTÃO DO DIREITO INTERTEMPORAL: INAPLICABILIDADE DA NORMA ÀS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO EM DATA ANTERIOR À DA SUA VIGÊNCIA

A análise sobre a não-incidência da disciplina regida nos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC, em relação às coisas julgadas formadas em período anterior à sua vigência é de suma importância, já que, caso fosse admitida a retroatividade de tais dispositivos, tanto a garantia da coisa julgada, como o princípio da segurança jurídica, da qual decorre, seriam visivelmente violados.

Neste prisma, tendo em vista que a matéria estabelecida fora introduzida pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, reedição da anterior MP nº 1.984-17, de 04.05.2000, que foi a primeira a tratar do assunto, percebe-se que as coisas julgadas que foram constituídas até esta última data não poderão ser objeto desta norma, sob pena de afronta ao princípio da irretroatividade da lei.

A despeito de ser uma norma cujo conteúdo refere-se à matéria processual, tendo-se, portanto, aplicação imediata, atingindo os processos em curso, tal dispositivo não poderá ser aplicado retroativamente, pois, como todas as outras regras infraconstitucionais, igualmente ela estará subordinada à Constituição, a qual expressamente dispõe “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI, CF/88).

Portanto, com o intuito de preservar o direito adquirido da coisa julgada, entende-se aqui que os títulos executivos judiciais produzidos em época anterior à aplicação da norma não serão capazes de obstar a execução, uma vez que, por não existir tal previsão no período da prolação da sentença, em favor do beneficiado será conservado o regime processual consubstanciado na decisão.¹²⁷

¹²⁷ Este é o entendimento do STJ: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA. DIFERENÇAS. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/01. SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO ANTES DE 24.08.2001. INAPLICABILIDADE.

1. O parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, criou hipótese excepcional de limitação da coisa julgada, passível de invocação em embargos do

Outro aspecto que merece atenção é o que se refere à limitação temporal adequada para aplicação dos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do CPC. O cerne da questão reside no fato de que o instituto da coisa julgada não poderá ficar sob uma condição de imprevisibilidade, pois não há como conceber que uma legítima decisão transitada em julgado possa ser provisoriamente estável – o que seria por si só uma contradição. De fato, a discussão é pertinente, haja vista que a qualidade e a efetividade do controle difuso corresponderiam apenas à prerrogativa do juiz ordinário “adivinhar” uma eventual e posterior decisão do STF, ou seja, a coisa julgada ficaria condicionada a uma não-decisão de inconstitucionalidade.

Destarte, tem-se que a não apreciação da matéria pelo legislador fora uma displicência. Ao não fixar o limite temporal, para que a declaração de inconstitucionalidade emanada do STF seja capaz de retirar a exigibilidade da decisão imutabilizada, o legislador automaticamente delegou este poder para os julgadores, fazendo surgir diversas opiniões no mundo jurídico.

De tal sorte, um dos entendimentos decorrentes desta lacuna legislativa é o de que a inexigibilidade poderá ser arguida a qualquer tempo e em qualquer juízo, bastando tão somente que seja aferida a desconformidade da decisão judicial com os preceitos constitucionais. Assim, defendendo este posicionamento, Humberto Theodoro Jr.¹²⁸ dispõe que, em face da contradição com a Constituição, o ato sentencial é nulo, fato que, por conseguinte, confere-se ao magistrado a oportunidade de recusar a sua execução, mesmo sem prévia declaração de inconstitucionalidade do STF. Assim, afirma o autor que, em virtude de o poder conferido ao juiz para o controle de constitucionalidade da norma ou do ato, a

devedor, com eficácia rescisória da sentença de mérito, a exemplo do que já existia no inciso I do art. 741 do CPC.

2. Independentemente do questionamento sobre a constitucionalidade e o alcance da nova disposição normativa, o certo é que, como todas as leis, ela não pode ter efeito retroativo. Também as normas processuais, inobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior. Por isso mesmo, a orientação do STJ vem se firmando no sentido de considerar inaplicável o parágrafo único do art. 741 às sentenças transitadas em julgado em data anterior à sua vigência (24.08.2001).

3. Recurso especial a que se nega provimento
(**Relator(a)**: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, **Julgamento**: 27/06/2005, **Órgão Julgador**: T1 - PRIMEIRA TURMA, **Publicação**: DJ 01.08.2005 p. 361, STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 754018 MG 2005/0086738-0). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudência/81248/recurso-especial-resp-754018-mg-2005-0086738-0-stj>>. Acesso em: 20 out. 2012.

¹²⁸ CARVALHO, Juliana de Correia. Op. cit., p. 27 et seq.

inexigibilidade do crédito exequente poderá ser alegada mesmo na ausência de pronunciamento da Corte Suprema.

Não obstante, entende-se, aqui, que esta opinião não tem respaldo jurídico, mesmo porque, nitidamente, desconsidera a coisa julgada, instituto responsável pela estabilidade das relações jurídicas. Em análise ao entendimento do doutrinador, Juliana de Carvalho Correia¹²⁹ expõe que, em determinadas situações, a posição acima defendida geraria uma profunda quebra da segurança jurídica, tais como as que a fase executória já tiver se exaurido ou que já tiver sido expedida ordem para emissão de precatórios, nas hipóteses em que a Fazenda pública é executada. Assim, consoante a opinião do autor, seria permitido ao executado ajuizar ação de restituição de valores, uma vez que a obrigação fora paga com base em um título inexigível. Vislumbrando estes inconvenientes, aduz que muitas complicações seriam encaradas pelos magistrados e pelos tribunais.

Logo, demonstrado o desconforto da teoria defendida, entendemos que a inovação legislativa apenas poderá ser aplicada quando a declaração ou a interpretação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do STF tiver sido proferida à época do julgamento do processo, ou seja, o executado só poderá alegar a inexigibilidade do título quando o pronunciamento da Suprema Corte já havia sido emanado ao tempo em que a decisão judicial fora constituída.

Observa-se, portanto, que este entendimento poderá ser detectado tão somente através de uma interpretação literal dos dispositivos¹³⁰.

Neste sentido, Nelson Nery Jr.¹³¹ enfatiza que, a despeito da inconstitucionalidade material das normas, a única hipótese de incidência dos dispositivos será quando o acórdão do Pretório Excelso já estiver transitado em julgado em período anterior ao da formação do título executivo judicial.¹³²

¹²⁹ Ibid., p.83.

¹³⁰ No entanto, Luiz Guilherme Marinoni adverte que nas execuções de decisões provisórias a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo proferida pelo STF tem sentido diverso. Aqui, ao executado é dada a oportunidade de argüir uma reclamação ao STF ou de alegar a inexigibilidade do título diante do juízo da execução, de acordo com o art. 475-L, §1º, do Código de Processo Civil. Agora, caso a decisão de inconstitucionalidade do STF seja declarada após a formação da sentença, caberá à parte prejudicada interpor recurso, solicitando a sua observância. De tal sorte, afirma que neste tipo de execução não há que se questionar sobre coisa julgada ou sobre retroatividade da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, pois, o que se destaca é tão somente o efeito vinculante dos enunciados da Corte Suprema incidente aos demais órgãos do Poder Judiciário. MARINONI, Luiz Guilherme, Op. cit., p. 133 et seq.

¹³¹ Ibid., p. 743.

¹³² Lembre-se que o acórdão deverá corresponder a uma decisão do STF em sede de controle abstrato de normas ou a uma decisão dada em controle concreto de constitucionalidade, quando

Na realidade, em virtude dos inconvenientes anteriormente detectados, acredita-se que, mesmo nestas exíguas situações, a norma não deveria ser aplicada, devendo-se, portanto, ser extraída do ordenamento jurídico. Muito embora sejam restritas, a aplicação destas hipóteses ainda traz uma consequência grave, que é a possibilidade de uma inversão de competência, ou seja, a oportunidade do juízo *a quo* avaliar decisões proferidas muitas vezes por tribunais superiores.

Diante disto, entende-se que, quando a decisão violar frontalmente a Constituição ou aplicar lei/ato normativo ou interpretação já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o instrumento de impugnação mais benéfico será o da ação rescisória, pois, além de a matéria ser apreciada pelo órgão judicial que a prolatou, os cidadãos terão a segurança de que o tema somente poderá ser invocado no lapso temporal de dois anos. Assim, através de uma interpretação mais abrangente do inciso V, do art. 485, que vislumbra a “violação literal de lei”, tais julgamentos poderão ser rescindidos sem agredir a hierarquia de competência disposta no sistema jurídico brasileiro.

Apesar do nosso posicionamento, os dispositivos estão sendo efetivamente utilizados pelos juízes e tribunais, de forma que não nos resta outra solução a não ser restringir a sua aplicação. Desta forma, filiamo-nos às ideias de Luiz Guilherme Marinoni e de Nelson Nery Jr., pois se acredita aqui que os arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do CPC, deverão ser aplicados somente quando o enunciado de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do STF for proferido antes do trânsito em julgado da sentença, que se baseou nestes referidos preceitos normativos.

Destarte, admitir uma aplicação mais abrangente à norma é o mesmo que ignorar o controle difuso de constitucionalidade exercido pelos magistrados ao prolatar a decisão. Ademais, a negação indiscriminada da exigibilidade do título executivo judicial nos levaria a uma profunda desestabilidade das relações jurídicas. Portanto, restringir a aplicação dos dispositivos significa privilegiar não só o juízo de constitucionalidade, como também o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, pilares do Estado Democrático de Direito.

houver sua suspensão pelo Senado Federal, dando-lhe efeitos *erga omnes*. E, neste último caso, a resolução da Câmara Alta deverá ser efetivada antes do trânsito em julgado da decisão que garante a execução.

4.7 SENTENÇA INCONSTITUCIONAL: RESCISÃO OU INEXIGIBILIDADE?

Estabelecidas as hipóteses em que incidirá a inovação legislativa, resta-nos ainda analisar se com a aplicação dos arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC, haverá a possibilidade de rescisão da decisão cuja exigibilidade fora negada, e, conseqüentemente, a reapreciação da matéria nela inserida.

Como já demonstrado em tópicos anteriores, alguns doutrinadores, como Fredie Didier Jr.¹³³, afirmam que intenção do legislador fora a de introduzir no ordenamento jurídico uma nova modalidade de rescisão de sentença, fato que possibilitaria um rejuízo da causa.

Todavia, aponta Juliana de Carvalho Correia¹³⁴ que esta não é a visão mais adequada da norma. Segundo a autora, além da previsão disposta na legislação para a rescisão das decisões transitadas em julgado ser taxativa, não podendo, portanto, o rol disponibilizado pelo art. 485, do CPC, englobar mais nenhuma hipótese, deve-se ressaltar que, para haver a rescindibilidade das sentenças, fora disciplinada uma competência específica para o julgamento da matéria: para tribunais, será conferido o dever de apreciar tanto a ação rescisória de seus julgados, como as decisões de primeira instância emanadas dos magistrados vinculados.

Assim, afirma que, pelo fato de o legislador não ter sido expresso no trato da matéria, não a incluindo como uma nova hipótese de ação rescisória, entende não ser a norma um novo instrumento rescisório. Além disso, enfatiza que, acaso fosse permitida a desconstituição da decisão judicial, estar-se-ia autorizando o juízo de primeira instância a reexaminar matéria, o que, na sua opinião, consiste em uma verdadeira inversão da competência estabelecida no Poder Judiciário.

Por fim, conclui que a opção pela inexigibilidade do título foi fruto de uma questão lógica, uma vez que, ao atingir apenas a eficácia da decisão, impedindo qualquer rejuízo da causa, o legislador respeitou a autoridade da coisa julgada. Desta forma, frisou que, se a intenção fosse a invalidação da coisa julgada, o legislador criaria um novo inciso aos arts. 475-L, §1º, e 741, do CPC, como o fez com a *querela nullitatis*.

¹³³ DIDIER JR., et al., Op. cit., p. p. 372.

¹³⁴ Ibid., p.89-90.

Não obstante, mesmo nos casos restritos de sua aplicação¹³⁵, entende-se, aqui, que a inovação legislativa corresponde a uma verdadeira exceção à intangibilidade da coisa julgada material. Aceitar que uma decisão transitada em julgado seja considerada inexigível significa desconsiderar completamente a imutabilidade que a revestia, pois, ao impedir a sua execução, o magistrado estará reavaliando uma questão que já teve a oportunidade de ser apreciada no transcurso do processo.

Apesar de o legislador erroneamente ter inserido o assunto na área de oposição à execução, percebe-se que a previsão não respeita os limites temporais do julgado, já que possibilita a oportunidade de revisão da sentença transitada em julgado. A declaração de inconstitucionalidade não pode ser encarada como uma causa modificativa, impeditiva ou extintiva de direitos “superveniente à decisão”, pois o tema por ela abordado já fora analisado na fase de conhecimento.

Em virtude das causas expostas, aqui, é-se partidário da opinião que dita ser a inovação legislativa um mecanismo processual dotado de eficácia rescisória. Destarte, muito embora não tenha o legislador afirmado expressamente, aplicando-se a norma, não há como extrair outra posição. Logo, mesmo que o dispositivo proporcione uma certa subversão de competência, crítica que, nesta pesquisa, considera-se bastante pertinente, é nítido que sua incidência acarreta uma reavaliação do julgado, haja vista ser direcionada a sua aplicação em face da própria decisão. Portanto, a questão resume-se tão somente a um aspecto: a possibilidade de debater vício originário da sentença.

¹³⁵ Como já dispusemos, apenas admitimos a aplicação da norma e, portanto, o rejuízo da causa, quando, mediante declaração do STF, a decisão tiver utilizado legislação que já havia sido revelada como inconstitucional, ou tiver consagrado interpretação que já havia sido declarada incompatível com a Constituição. Logo, por consistir em uma transgressão ao controle difuso de constitucionalidade e ao princípio da segurança jurídica, nos demais casos não aceitamos uma reavaliação da causa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirada no direito alemão, a Lei nº 11.232/05 introduziu no nosso ordenamento jurídico disposição direcionada à coisa julgada inconstitucional, cujo teor corresponde à possibilidade de retirar a exigibilidade dos títulos executivos judiciais fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou baseado em interpretação ou aplicação da lei ou ato normativo reconhecidas pela Suprema Corte como incompatíveis com a Constituição Federal.

Inicialmente, a despeito das diversas opiniões no sentido de que a intenção do legislador fora a de obstar os efeitos de decisões judiciais fundadas em leis inconstitucionais, entende-se aqui que a inovação legislativa consagra um mecanismo capaz de privilegiar os interesses da Fazenda Pública. De fato, em virtude de a Administração estar adstrita ao princípio da legalidade, tem-se que, na maioria dos processos em que se instaura o debate sobre a constitucionalidade de leis, é ela a litigante mais interessada. Assim, por a Fazenda Pública muito questionar em sua defesa a constitucionalidade, aplicação e interpretação de leis, almejando legitimar os seus atos, não se pode negar que ela é a mais beneficiada, já que não raras serão as vezes em que utilizará a norma com o intuito de não satisfazer as obrigações a que fora condenada.

Outrossim, em análise à matéria, acredita-se que, apesar de a inovação legislativa advir de preceito análogo alemão, a sua aplicabilidade no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro não é salutar. Ao introduzir os dispositivos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, no Código de Processo Civil, o legislador não observou que no sistema jurídico alemão os magistrados não têm o poder de tratar a questão constitucional, fato essencial que autoriza a utilização da norma naquele ordenamento. De tal sorte, em virtude da nossa Constituição conferir ao juiz ordinário o poder-dever de exame da questão constitucional, não nos parece que a decisão por estes proferida possa vir a ser considerada inexigível.

Admitir que, em face de um ulterior pronunciamento de inconstitucionalidade do STF, a decisão imutabilizada venha a ser considerada inexigível é o mesmo que desconsiderar o poder jurisdicional de controle difuso da constitucionalidade. A aceitação da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada consiste em atribuir uma condição negativa imprevisível à sentença transitada em julgado, hipótese que nega o

fundamento principal da coisa julgada, isto é, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Além disto, convém advertir que a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do STF não é dirigida ao controle de constitucionalidade das decisões, mas sim unicamente ao controle de constitucionalidade das leis. Sendo assim, tendo em vista que na atualidade as decisões judiciais são construções jurídicas dos casos concretos, entende-se que a admissão da eficácia *ex-tunc* das declarações de inconstitucionalidade do STF não faz com que os julgados anteriores sejam considerados inconstitucionais. Portanto, por ser produto de uma interpretação em face da Constituição e do controle de constitucionalidade, a decisão judicial não poderá ser invalidada por futuro pronunciamento de inconstitucionalidade, pois, caso contrário, não apenas a lei seria nulificada, mas também o legítimo juízo de constitucionalidade realizado pelo juiz.

Ademais, aceitar que as decisões judiciais transitadas em julgado possam ser atingidas por tardias declarações de inconstitucionalidade é o mesmo que violar flagrantemente o Estado Democrático de Direito. Com efeito, o título executivo judicial goza de uma proteção constitucional, decorrente tanto do caput do art. 1º, da CF/88, como da garantia fundamental elencada no art. 5º, XXXVI do mesmo diploma, o que, por conseguinte, torna a previsão uma afronta à coisa julgada.

No tocante à matéria, ressalta-se, ainda, que o próprio ordenamento jurídico permite a formação da coisa julgada inconstitucional, quando autoriza que os recursos extraordinários – mecanismo que tem o condão de controlar a constitucionalidade das decisões judiciais na fase de conhecimento – deixem de ser examinados por motivos de ordem meramente processual, ou seja, pela inexistência dos pressupostos de admissibilidade. Nesta órbita, visivelmente podemos afirmar que a norma revela-se inconstitucional, uma vez que transgride a coisa julgada, já que cassa a definitividade dos julgamentos já transitados em julgado.

No mais, cumpre-nos enfatizar a oportuna crítica elucidada por parte da doutrina, segundo a qual a incidência da norma consiste em uma concreta possibilidade de subversão de competência. Desta forma, na medida em que tais artigos propiciam uma nova análise da decisão transitada em julgado, ao juiz *a quo* é dada a oportunidade, muitas vezes, de reexaminar julgamentos de tribunais superiores. Sendo assim, considerando-se a pertinência da crítica, entende-se que o ideal seria que a norma fosse extraída do ordenamento jurídico e que as suas

restritas hipóteses de aplicação fossem apreciadas através de uma ação rescisória. Logo, a solução mais benéfica seria uma interpretação extensiva do inciso V do art. 485, do CPC, pois, através deste meio de impugnação, tanto os julgamentos seriam rescindidos pelo órgão que prolatou a decisão, como os jurisdicionados teriam a certeza de que a questão somente poderia ser invocada no lapso de dois anos.

Não obstante, considerando-se que a respectiva inovação legislativa é plenamente utilizada pelos magistrados, entende-se que a aplicação de tal dispositivo deverá ser restrita, pois constitui uma exceção à intangibilidade da coisa julgada material. Ser favorável à inexigibilidade de uma decisão transitada em julgado é o mesmo que desconsiderar a imutabilidade que a revestia, pois, ao obstar a execução, o magistrado estará reavaliando uma questão que já teve a oportunidade de ser apreciada. De tal sorte, contradizendo a lógica da oposição à execução, percebe-se que, ao propiciar um reexame da matéria, tal previsão não respeita os limites temporais do julgado. Neste sentido, não se pode consentir que a declaração de inconstitucionalidade seja vista como uma causa modificativa, impeditiva ou extintiva de direitos “superveniente à decisão”, uma vez que a análise do seu conteúdo já ocorrera na fase de conhecimento.

À vista disso, compreende-se, aqui, que, apesar de o legislador ter almejado a inexigibilidade do título, tais dispositivos são instrumentos com eficácia rescisória. E, por assim o ser, sua aplicabilidade deverá ser restrita somente aos casos em que o pronunciamento de inconstitucionalidade da Suprema Corte for realizado no transcurso do processo. A regra apenas será capaz de obstar a exigibilidade do título executivo judicial quando a respectiva decisão tiver sido prolatada à época de sua formação. Todavia, frise-se que, para nós, a declaração de inconstitucionalidade da lei cuja exigibilidade se objetiva negar deverá advir tão somente do controle abstrato de normas ou do controle concreto de constitucionalidade, desde que, nesta última hipótese, haja resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei ou ato normativo em todo o território nacional – CF, art. 52, X.

Nesse contexto, perfilamos a posição de que a tese doutrinária e jurisprudencial, liderada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que objetiva dar apenas publicidade à resolução senatorial supramencionada, corresponde a uma mutação inconstitucional, mormente, em face da transgressão do princípio da

separação dos poderes, já que o Judiciário usurparia competência expressa atribuída ao Legislativo.

Assim, embora haja uma tendência à aplicação do entendimento mencionado, acreditamos que a juridicidade da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade somente estaria consentânea com os ditames legais, após a modificação formal do texto da Carta Magna, mediante emenda constitucional, evento ainda não experimentado pelo ordenamento jurídico.

Sob esse prisma, a declaração de inconstitucionalidade, via *incidenter tantum*, deverá ser utilizada, unicamente, a partir da edição da resolução do Senado Federal à época em que a decisão jurisdicional não haja transitado em julgado, sob pena de violação ao modelo híbrido de controle de constitucionalidade adotado no país.

Por todas as razões expostas, conclui-se que os arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único, ambos do CPC são inconstitucionais. Muito embora a inovação legislativa disponha apenas a possibilidade de retirar a eficácia do título executivo judicial, pensa-se, aqui, que a norma traduz uma verdadeira exceção à coisa julgada. De tal sorte, com o intuito de resguardar o poder dos juízes e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, defende-se que a norma seja aplicada restritivamente, pois não é justo que, após anos de desenvolvimento processual, seja dado ao executado o poder de alegar uma declaração de inconstitucionalidade ulterior à formação da sentença transitada em julgado, fazendo com que esta seja simplesmente “riscada do mapa”.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Manual de execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 29 set. 2012.
- _____. Recurso especial a que se nega provimento. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/81248/recurso-especial-resp-754018-mg-2005-0086738-0-stj>>. Acesso em: 01 set. 2012.
- _____. **STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=1>>. Acesso em: 29 set. 2012.
- BULOS, Uadir Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. I.
- CARVALHO, Juliana de Correia. **A inexigibilidade do título executivo judicial inconstitucional**. João Pessoa: Idéia, 2009.
- CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO JÚNIOR, Gilberto Barroso de. **A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do art. 741 do CPC**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3605/a-coisa-julgada-inconstitucional-e-o-novo-para-grafo-unico-do-art-741-do-cpc>>. Acesso em: 4 fev. 2013.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Jus PODIVM, 2008. v. II.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPODIVM, 2009. v. IV.
- DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Podivm, 2009. v. V.
- DJI – ÍNDICE FUNDAMENTAL DO DIREITO. Disponível em: <<http://www.dji.com.br/codigos>>. Acesso em: 2 set. 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 109, jan-mar. 2003, p. 09-36.

HOLZ, Fabiano Beserra. **Apontamentos sobre a coisa julgada**: de Liebman à relativização do instituto. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/243-artigos-mai-2004/4863-apontamentos-sobre-a-coisa-julgada-de-liebmana-relativizacao-do-instituto>>. Acesso em: 21 set. 2012.

LIMA, Gislene Frota. **A coisa julgada inconstitucional no Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8354/a-coisa-julgada-inconstitucional-no-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 20 set. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 377. p. 45-61.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (coord). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Salvador: Jus PODIVM, 2007.

RICARDO, Anderson Gomes. **Crítica à tese de abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/autor/anderson-ricardo-gomes>>. Acesso em: 29 set. 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, nº 127, set. 2005. p. 09-53.

LIMA, Jonatas Vieira de. **A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 26 set. 2012.