

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

MARÍLIA NANTES BERNARDES DE ANDRADE BARBOSA
RA 00142090

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: VISÃO ATUAL E NA SISTEMÁTICA
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

CAMPINAS

2015

MARÍLIA NANTES BERNARDES DE ANDRADE BARBOSA

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: VISÃO ATUAL E NA SISTEMÁTICA
DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

Monografia apresentada para o Curso de Especialização em Direito Processual Civil da COGEAE – PUC/SP, em cumprimento às exigências para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. José Maria Câmara Jr.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família e aos amigos pelo apoio e companheirismo em mais essa conquista. Agradeço ainda a todos os professores do COGEAE que contribuíram para a minha formação durante toda a pós graduação, pela dedicação e auxílio, especialmente ao meu orientador.

A ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios.

Cândido Rangel Dinamarco.

RESUMO

O presente trabalho visa abordar a temática da coisa julgada, notadamente da coisa julgada inconstitucional, isto é, aquela que contraria preceito da Constituição Federal. A pesquisa parte do princípio de que a Carta Magna se encontra no topo do ordenamento jurídico, sendo o seu respeito um preceito de coerência de todo o sistema jurídico. Defende-se que a segurança jurídica, razão de ser do instituto processual da coisa julgada, não é um princípio absoluto, devendo, em certos casos, ceder espaço para outros princípios constitucionais. É nessa ponderação de princípios que está a observância dos valores constitucionais e, conseqüentemente, na realização da verdadeira segurança jurídica. A presente monografia, realizada com método discursivo dedutivo e referencial teórico de pesquisa, contextualiza a coisa julgada, o trato dado pela doutrina e pela jurisprudência em relação à coisa julgada inconstitucional, abordando ainda os instrumentos processuais aptos à sua revisão. Em vista da aprovação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), são apresentadas ainda algumas alterações envolvendo a coisa julgada, bem como a solução trazida para os casos de formação de coisa julgada inconstitucional.

Palavras-chaves: coisa julgada, segurança jurídica, ponderação de princípios, revisão da coisa julgada inconstitucional, instrumentos processuais de revisão da coisa julgada inconstitucional, coisa julgada no CPC/2015.

ABSTRACT

The present work aims to address the subject of res judicata, notably of res judicata as unconstitutional, that which is contrary to rule of the Federal Constitution. The research assumes that the Magna Carta is on top of the legal system, and its about precept of coherence of the whole legal system. Argues that legal certainty, raison of the office procedure of res judicata, is not an absolute principle, and, in certain cases, assign space to other constitutional principles. This is the weighting of principles are observance of constitutional values and, consequently, the achievement of genuine legal certainty. This monograph, performed with discursive and theoretical deductive method of research, contextualizes the res judicata, the deal given by the doctrine and the jurisprudence in relation to res judicata unconstitutional, addressing the procedural instruments suitable to your review. In view of the adoption of the new code of Civil Procedure (Law n°. 13.105/2015), presented a number of amendments involving the res judicata, as well as the solution brought to the training cases of res judicata as unconstitutional.

Keywords: res judicata, legal certainty, weighting of principles, review of res judicata as unconstitutional, procedural instruments for revision of res judicata unconstitutional, res judicata in CPC/2015.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
-------------------------	---

CAPÍTULO 1: Aspectos gerais da coisa julgada no processo civil individual

1.1. Conceito e natureza jurídica da coisa julgada.....	12
1.2. Limites objetivos da coisa julgada e alteração da coisa julgada quanto às questões prejudiciais no CPC/2015.....	15
1.3. Limites subjetivos.....	18
1.4. Coisa julgada formal e material e a sua ligação com as relações jurídicas instantâneas e de trato continuado.....	21
1.5. Eficácia preclusiva da coisa julgada material.....	26
1.6. Relativização da coisa julgada: aplicação da razoabilidade.....	29

CAPÍTULO 2: A coisa julgada inconstitucional

2.1. Coisa julgada constitucional e o novo conceito de trânsito em julgado.....	33
2.2. Declaração de nulidade da lei por inconstitucionalidade e modulação dos efeitos.....	35
2.3. Coisa julgada inconstitucional: planos da eficácia, validade e existência.....	40
2.4. Flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada inconstitucional.....	43
2.5. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência.....	45
2.6. Instrumentos processuais de controle:	
2.6.1. Ação Rescisória.....	50
2.6.2. Embargos à execução e impugnação ao cumprimento de sentença.....	61
2.6.3. Ação declaratória de inexistência (<i>querela nullitatis insanabilis</i>).....	66
2.6.4. Mandado de Segurança: defesa de sua utilização em face da coisa julgada inconstitucional, não obstante a existência da Súmula 268 do STF....	71
2.7. Fungibilidade entre os instrumentos processuais de relativização da coisa julgada inconstitucional.....	77

CAPÍTULO 3: A coisa julgada inconstitucional – perspectivas do Código de Processo Civil de 2015

3.1. Mudanças legislativas em relação à temática da coisa julgada:	
--	--

3.1.1. Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais.....	80
3.1.2. Negócio jurídico processual e seus reflexos na coisa julgada.....	84
3.1.3. Do fracionamento do julgamento de mérito e a coisa julgada parcial...	91
3.1.4. Da estabilização da decisões antecipatórias de tutela, o que não se confunde com a formação da coisa julgada.....	92
3.2. A coisa julgada inconstitucional na visão do Novo Código.....	98
CONCLUSÃO.....	106
BIBLIOGRAFIA.....	108

INTRODUÇÃO

O tema da tratativa da coisa julgada inconstitucional vem gerando discussões na doutrina e na jurisprudência há certo tempo. Consiste no trânsito em julgado de decisão de mérito em cognição exauriente consubstanciada em norma na qual haja ofensa a preceitos e valores constitucionais, assim reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade. O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) veio a pacificar algumas discussões, mas também possui previsões que dão margens a algumas discussões. É forçosa uma posição na doutrina e da jurisprudência sobre o instituto da coisa julgada, quando violadora da Constituição, em face da perplexidade que provoca a diversidade de julgados contraditórios, especialmente quando há, entre eles, um que afronta a Constituição.

É pacífico que os atos e decisões praticados pelos Poderes Públicos devem guardar respeito absoluto aos ditames da Constituição. É o respeito à Carta Maior que imprime a maior segurança. Ela é a segurança jurídica determinadora de que os ditames maiores do Estado Democrático de Direito sejam respeitados.

O vício da coisa julgada contrária à Constituição é grave e não pode ser banalizado com base apenas na máxima da preservação da segurança jurídica. É cediço que a segurança jurídica é valor importante num Estado Democrático de Direito, mas ela não pode ser tida como absoluta, inatingível.

Nada mais claro e preciso de que, para o fortalecimento da democracia e do crescimento da confiança nos Poderes, a prática de seus atos e decisões apresentem conformidade com os ditames da Constituição Federal. Inconcebível, em face dessas ideias hoje vigorantes no estado democrático de direito, a continuidade do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando constituída em evidente confronto com postulados, princípios e regras da Constituição.¹

É de se considerar que ponderando sobre o conflito entre a segurança jurídica e a violação de norma ou outro princípio constitucional que gere flagrante injustiça, a

¹ DELGADO, José Augusto. **Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulado e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações Doutrinárias.** In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). **Coisa julgada inconstitucional.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 107.

coisa julgada deve ser revista. O ordenamento jurídico, diante de tamanha infração prevê não apenas a ação rescisória, instrumento processual típico de revisão da coisa julgada, mas também outros, alargando a possibilidade de relativização nesses casos.

Araken de Assis, ilustre doutrinador, sobre a ponderação acerca da segurança jurídica considera que:

(...)a segurança jurídica é valor constitucional que entrou em flagrante declínio e retrocesso. (...) Tornou-se corriqueiro afirmar que a eficácia da coisa julgada cederá passo, independentemente do emprego da ação rescisória ou da observância do prazo previsto no art. 485, em algumas hipóteses. À guisa de exemplo, citam-se as sentenças de mérito, cujo comando seja de cumprimento materialmente impossível, e as sentenças proferidas em hipotético desacordo com valores humanos, éticos e políticos da Constituição, postos ao lado da coisa julgada no rol dos direitos fundamentais.²

E ainda faz as seguintes exposições:

Talvez seja prematuro, no estágio atual do direito brasileiro, rezar um réquiem à coisa julgada, e conseqüentemente, à ação rescisória. Porém, é fato inobscurecível que a importância desses institutos diminuirá no futuro próximo. (...) O argumento de que a segurança jurídica, outorgada pela Constituição, não tem razão de existir se firmada em lei ou em ato normativo incompatível com a própria Constituição soa convincente e, em princípio, legítima a regra (...). O ponto de partida desta análise reponta na natureza dos vícios que debilitam a coisa julgada, a ponto de torná-la transparente e impugnável por qualquer remédio.³

Na mesma esteira:

Fundamentalmente, trata-se da possibilidade de sentença de mérito transitada em julgado causar extrema injustiça, com ofensa clara e direta a preceitos e valores constitucionais fundamentais. Reconhecendo ser a coisa julgada material instituto processual, responsável pela tutela da segurança jurídica, sendo esse também um importante direito fundamental previsto na Constituição Federal, a doutrina que defende a sua relativização entende que a coisa julgada não pode ser um valor absoluto, que *a priori* e em qualquer

² ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 356/357.

³ Ibid. p. 358/359.

situação se mostre mais importante do que outros valores constitucionais. A proposta é que se realize no caso concreto uma ponderação entre a manutenção da segurança jurídica e a manutenção da ofensa a direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Nesse juízo de proporcionalidade entre valores constitucionais, seria legítimo o afastamento da coisa julgada quando se mostrar no caso concreto mais benéfico à proteção do valor constitucional afrontado pela sentença protegida pela coisa julgada material.⁴

Partindo dessas premissas, a ideia que se busca com a presente pesquisa é a de compatibilizar a segurança jurídica, fundamento da coisa julgada, com os demais princípios constitucionais, tendo como base a razoabilidade como fonte de solução do conflito. Dentro desse contexto, defende-se a revisão da coisa julgada inconstitucional por diversos instrumentos processuais, levando em consideração que a ofensa à norma constitucional é o maior dos vícios que pode afrontar uma sentença em sentido lato, não sendo razoável que se eternizem injustiças sob a alegação de não se eternizar litígios.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5^a ed. São Paulo: Método, 2013. p. 551.

CAPÍTULO I: Aspectos gerais da coisa julgada no processo civil individual

1.1 Conceito e Natureza jurídica da coisa julgada:

A compreensão científica de um instituto jurídico passa não apenas pelo seu conceito, mas também pela análise da sua natureza jurídica. Quanto à coisa julgada, objeto de estudo, ou *res iudicata*, trata-se claramente de um instituto de natureza processual que impede a rediscussão daquilo que já foi decidido judicialmente, vinculando os juízes ao comando da sentença ou acórdão proferido. Outrossim, trata-se de um instituto processual intimamente ligado a questões políticas e de utilidade social, tendo em vista que a estabilidade da tutela jurisdicional viabiliza a segurança jurídica tão cara para o Estado Democrático de Direito. É, pois, instituto de finalidade prática.

O Código de Processo Civil de 1973, no art. 467, conceitua a coisa julgada como sendo a eficácia da decisão da qual não caiba mais recurso e que torna imutável e decisão judicial. O conceito deste instituto está ligado à regra de que sobre a mesma relação jurídica não se é dado exercer por repetidas vezes a ação da lei (*bis de eadem re ne sit actio*).

A doutrina clássica estrangeira entendia que a coisa julgada implicava na presunção de verdade no conteúdo decisório, consolidando o direito, por mais questionável que fosse a decisão.

Houve um tempo que se chegou a afirmar (Pothier – século XVIII – teoria da presunção) que a coisa julgada correspondia a uma presunção absoluta de verdade (*Res iudicata pro veritate accipitur* – Ulpiano) ou mesmo uma ficção da verdade (Savigny – século XIX – teoria da representação) (...). Nesse ambiente, aparecia a coisa julgada como a consolidação do direito reconhecido, agora sinônimo de verdade e infenso a críticas.⁵

Todavia, tais ideias passaram a não ser mais endossadas pela doutrina moderna já que a visão sobre o resultado do processo foi modificada. O objetivo do direito processual não é afirmar a verdade absoluta de seu resultado asseverando ser a

⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 – (Coleção o novo processo civil/coordenação Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro; diretor Luiz Guilherme Marinoni). p. 65.

coisa julgada a verdade consignada no julgado. A indiscutibilidade que em regra se aplica quando da formação da *res iudicata* não se embasa na consideração de uma verdade e justiça absolutas, mas sim na necessidade de estabilização e segurança jurídica.

Foi a partir desta mudança de paradigma que se passou a entender a coisa julgada como algo distinto da decisão, constituindo um efeito da decisão, mais precisamente um efeito declaratório. Seria apenas mais um efeito da decisão, ligado ao efeito declaratório da sentença, consubstanciado na indiscutibilidade da declaração após o trânsito em julgado.

Sobre esta corrente:

Para uma parcela da doutrina, firme em lições do direito alemão, toda sentença tem um elemento declaratório, consubstanciado na aplicação da norma abstrata da lei ao caso. Esse elemento declaratório tem como efeito a certeza jurídica de que, diante dos fatos alegados e considerados pelo juiz, o direito material conforme declarado pela sentença existe. Nesse sentido, reconhecendo que outros efeitos da sentença poderão ser modificados por ato e fatos supervenientes, mormente pela vontade das partes, essa corrente doutrinária limita aos efeitos da declaração da norma abstrata ao caso concreto a imutabilidade própria da coisa julgada.⁶

Costumava-se, até então, identificar a coisa julgada como sendo um dos efeitos da sentença, até que sobreveio a contribuição de Liebman. Para este jurista a coisa julgada não seria um mero efeito da sentença, mas sim um elemento novo que qualifica os seus efeitos, consistindo na qualidade de imutável dos efeitos da sentença.

Nesse sentido é o entendimento de Marcus Vinícius Rios Gonçalves que ao definir a coisa julgada adota a doutrina de Liebman:

A coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença (ou do acordão) que se tornam imutáveis quando contra ela já não cabem mais recursos. Ela não é propriamente um efeito da sentença – efeitos são a condenação, a declaração e a constituição, com as consequências daí decorrentes –, mas uma qualidade desses efeitos, qual seja, a imutabilidade. Foi a partir dos estudos de Enrico Tullio Liebman que se delineou

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 536.

com maior clareza a distinção entre a eficácia da sentença e a imutabilidade de seus efeitos.⁷

Também tecendo considerações sobre a visão de Liebman:

Depois de Liebman, passou-se a afirmar que a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença. (...) O que Liebman observa, servindo-se de linguagem clara que evidencia o quanto é cristalino o seu raciocínio, é que a coisa julgada não pode ser vista como um efeito autônomo da sentença. De fato, expressões como imutabilidade, definitividade, intangibilidade exprimem uma qualidade, uma propriedade, um atributo do objeto a que referem. (...) A incontestabilidade, ou imutabilidade, são características que podem ou não ser conferidas aos efeitos de uma sentença, sem modificar a natureza destes efeitos.⁸

Vale citar ainda uma terceira posição quanto à natureza jurídica da coisa julgada defendida, dentre outros, por Barbosa Moreira e mencionada por Daniel Amorim:

Para essa corrente doutrinária, é o conteúdo da decisão, contida em sua parte dispositiva, que se torna imutável e indiscutível em razão da coisa julgada material. Antes da coisa julgada, a sentença era mutável e com o fenômeno jurídico ora analisado passa por uma modificação de sua condição jurídica, tornando-se imutável. A coisa julgada, portanto, não seria uma qualidade da sentença que opera sobre seus efeitos, mas uma situação jurídica, que torna uma sentença imutável e indiscutível.⁹

Outrossim, abordando o entendimento de Barbosa Moreira:

Apesar da relevante evolução doutrinária a respeito da coisa julgada, a teoria de Liebman não ficou livre de críticas. Um dos seus maiores opositores em solo nacional foi Barbosa Moreira que, apesar de aceitar a distinção inicial entre efeitos da sentença e elemento novo que a agrega, não aquiesceu com a ideia de emprestar a imutabilidade inerente à coisa

⁷ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 2. p. 23.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 19/20.

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 536.

julgada aos efeitos da sentença, pois estes seriam, ao contrário, mutáveis.¹⁰

Frente a estas diferentes visões, prevaleceu no Código de Processo Civil de 1973 a teoria alemã, segundo a qual a coisa julgada seria efeito da sentença. É o que se depreende do texto do já mencionado art. 467. O mesmo não se pode dizer do CPC/2015, que em seu art. 502 conceitua a coisa julgada como a “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, parecendo se aproximar da teoria que considera a coisa julgada como uma situação jurídica.

Feitas tais considerações acerca das diferentes posições quanto à natureza jurídica da coisa julgada, é possível concluir que esta consiste num grau de estabilidade da norma jurídica que emana da atividade jurisdicional, impedindo novos questionamentos sobre o conteúdo decisório. O mais correto é conceituá-la como grau de estabilidade e não imunidade em relação a novos questionamentos, vez que o próprio ordenamento jurídico prevê hipóteses excepcionais de flexibilização, sendo claro atualmente de que não se trata de algo absoluto.

1.2. Limites objetivos da coisa julgada e alteração da coisa julgada quanto às questões prejudiciais no CPC/2015:

Os efeitos decorrentes da *res iudicata*, quais sejam, garantia e permanência da sentença, não são absolutos, possuindo limites subjetivos e objetivos, e, é por conta destes limites que se diz que a sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas. Limitar o objeto da coisa julgada significa identificar qual a parte da decisão judicial que será acobertada pela autoridade da coisa julgada.

Como cediço, a sentença é composta de três partes: relatório, fundamento e dispositivo. No relatório o julgador faz uma síntese dos acontecimentos; no fundamento o juiz demonstra juridicamente seu entendimento sobre a questão posta à sua apreciação; no dispositivo há a resolução dessas questões enfrentadas no processo. O relatório e o fundamento não fazem coisa julgada, porquanto não apresentam conteúdo decisório, assim, o que será alcançado pela estabilidade será a parte dispositiva.

¹⁰ OLIVEIRA, Paulo Mendes. Op. cit., p. 71.

Por uma questão de disposição lógica, o relatório é a primeira parte da sentença, sendo seguido pelo fundamento e então pela parte dispositiva, mas isso não significa que não possa haver conteúdo de dispositivo fora da parte final e que será acobertado pela coisa julgada.

Sobre isso:

Com efeito, o conteúdo decisório da sentença é a parte dispositiva (art. 458, III, do CPC), razão pela qual é a única parte alcançada pelos efeitos da coisa julgada material. Normalmente, a parte dispositiva de uma sentença encontra-se ao seu final, como uma forma de comando executável, apontando o acolhimento, ou não, do pedido das partes. Contudo, não se pode perder de vista que essa convenção de situar a parte dispositiva ao final da sentença nem sempre abarca todo o conteúdo dispositivo da sentença. Uma coisa é o que costumamos chamar de dispositivo – parte final da sentença – e outra, completamente diferente, é a parte da sentença que efetivamente contém conteúdo de dispositivo, ou seja, o remédio do Estado para as pretensões trazidas pelas partes.¹¹

E ainda:

De todas as partes da sentença somente o dispositivo, que contém o comando emitido pelo juiz, fica revestido da autoridade da coisa julgada material. Os motivos e fundamentos não se tornam imutáveis, e podem ser rediscutidos em outro processo, por mais importantes que tenham sido para a formação da convicção do julgado.¹²

Na análise dos limites objetivos da coisa julgada deve-se considerar ainda que há questões que antecedem a análise do pedido. São as preliminares e as questões prejudiciais. As primeiras são aquelas que repercutem na possibilidade ou não da análise do mérito e dizem respeito a questões processuais controvertidas. Já as questões prejudiciais dizem respeito ao mérito e repercutem no acolhimento do pedido formulado, ou seja, na procedência ou não da ação, isto é, ela influencia no

¹¹ ARDITO, Gianvito; LIMA, Marcelo Chivassa de Mello Paula. **Reflexões sobre os limites objetivos da coisa julgada no CPC vigente e futuro: a perda do objeto da ação declaratória incidental**. In. AURELLI, Arlete Ines; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; FERREIRA, Willian Santos (Coord). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem à Thereza Alvim**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 749.

¹² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Op. cit., p. 25.

juízo da causa, de modo que para resolver a lide o juiz deve passar necessariamente pela sua análise.

São questões prévias analisadas na fundamentação da sentença e que, portanto, não são atingidas pela coisa julgada material. Isso é corroborado pelo texto do art. 469 do CPC/73 segundo o qual não fazem coisa julgada os motivos, por mais relevantes que sejam, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença, e a apreciação de questão prejudicial *incidenter tantum*.

Todavia, na sistemática do Código de 1973 há previsão de uma hipótese em que a questão prejudicial faz coisa julgada material. Isso ocorre quando a parte interessada na análise da questão interpõe o mecanismo da Ação Declaratória Incidental. Dispõe o art. 470 que a questão prejudicial estará acobertada pela coisa julgada se a parte assim o requerer por meio do mencionado mecanismo processual. Isso porque havendo ação declaratória incidental o juiz deverá decidir sobre ela no dispositivo.

Se o réu apresentou contestação e trouxe uma questão prejudicial deve ser dada a oportunidade ao autor de apresentar ação declaratória incidental no prazo de 10 (dez) dias a contar de sua intimação acerca da apresentação da resposta do réu. Frise-se que a questão prejudicial será julgada independente da sua propositura, mas a função da ação declaratória incidental é permitir a ampliação objetiva dos limites da coisa julgada. Assim, não sendo interposta a ação declaratória incidental a decisão proferida quanto à questão prejudicial gera efeitos apenas dentro do processo, já se interposta, a questão prejudicial fará coisa julgada material, tornando-se indiscutível também em outra demanda.

Afirmando isso:

A razão de existir da ação declaratória incidental não é outra senão, à luz do princípio dispositivo, servir como instrumento hábil para que as partes postulem que a questão prejudicial seja apreciada e julgada para o fim de que sobre ela recaiam os efeitos da coisa julgada, como bem ressaltam os arts. 5º e 325, ambos do CPC. Assim, a sua importância é destacada no atual sistema processual vigente: trazer maior segurança jurídica às decisões judiciais, uma vez que a decisão do juiz sobre a questão prejudicial estará acobertada pelos efeitos da coisa julgada material.¹³

¹³ ARDITO, Gianvito; LIMA, Marcelo Chivassa de Mello Paula. In. AURELLI, Arlete Ines (Coord.); Op. cit., p. 752.

E continua:

Sem a propositura da ação declaratória incidental, a questão prejudicial será julgada de forma incidental, a decisão do juiz servirá como motivo determinante do conteúdo da sentença e não incidirão sobre a questão os efeitos da coisa julgada material. Com a propositura a questão prejudicial, até então incidental, passa a ter natureza de questão principal, deixando de ser apenas um motivo determinante do conteúdo da sentença para se transformar em decisão com conteúdo dispositivo.¹⁴

No Código de Processo Civil de 2015 as questões prejudiciais passam a ter novo tratamento, sendo alcançadas pela coisa julgada material independente da propositura de ação declaratória incidental, que, por conseguinte, perdeu sua razão existencial. É o que se depreende do art. 503, §1º.

Tratando do assunto:

Em patente inovação à sistemática vigente, as propostas de *lege ferenda* vão no sentido de estender os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais expressamente decididas na sentença. Com isso, buscou-se simplificar o processo e, ao mesmo tempo, dar-lhe maior produtividade, na medida em que, em tese, com o manto da coisa julgada recaindo sobre questões prejudiciais, seriam abreviadas eventuais e ulteriores discussões acerca da existência ou inexistência da relação jurídica em outros processos.¹⁵

Trata-se, pois de mudança legislativa que se coaduna com o espírito do novo Código que, dentre outros aspectos, prima pela solução do mérito buscando celeridade e economia processual, instrumentalidade, facilitando o acesso à justiça.

1.3.Limites subjetivos da coisa julgada

Outro limite que encontra os efeitos da coisa julgada é o subjetivo, ou seja, aquele ligado às pessoas que são por ela atingidas. A regra no sistema processual civil individual, aqui tratado, consubstanciada no art. 472 do CPC/73, é de que a coisa julgada vincula somente as partes que participaram do processo, isto é, tem eficácia *inter partes*. A *res iudicata* vincula o autor, o réu e terceiros intervenientes, com

¹⁴ Ibid. p. 753.

¹⁵ Ibid. p. 755.

exceção do assistente simples, que uma vez interferindo no processo suporta a eficácia da sua intervenção de acordo com o art. 55.

A razão para que a coisa julgada produza efeito, como regra, em relação somente àqueles que participaram da relação processual se assenta nos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que não é razoável que a sentença se torne indiscutível para aquele que não tenha participado do processo, não tendo a oportunidade de exercer as garantias processuais que o ordenamento jurídico lhe oferece.

Conquanto, como dito, a coisa julgada no processo individual atinja com seus efeitos somente aqueles que participaram da formação do *decisum*, todos os sujeitos suportam os efeitos da sentença, já que dotada de coercibilidade e executividade.

Assim pondera:

A doutrina acertadamente ensina que todos os sujeitos – partes, terceiros interessados e terceiros desinteressados – suportam naturalmente os efeitos da decisão, mas a coisa julgada os atinge de forma diferente. As partes estão vinculadas à coisa julgada, os terceiros interessados sofrem os efeitos jurídicos da decisão, enquanto que os terceiros desinteressados sofrem os efeitos naturais da sentença, sendo que em regra nenhuma espécie de terceiro suporta a coisa julgada material.¹⁶

E ainda:

Dizer que a coisa julgada se opera tão somente entre as partes não significa dizer que não pode ela gerar efeitos a terceiros. Aliás, tal confusão decorre da acepção que se tem em torno da *res iudicata*. Considerando-a como qualidade especial da sentença (teoria de Liebman), o que se reflete aos terceiros, diz respeito apenas à eficácia natural da sentença, ao passo que a autoridade da coisa julgada forma-se e existe somente para as partes. Assim, conquanto possa inúmeras vezes a sentença transitada em julgado afetar terceiros alheios à relação jurídica processual, o que se terá aqui é apenas a eficácia reflexa da decisão judicial (eficácia natural da sentença). A autoridade da coisa julgada, precipuamente no aspecto da impossibilidade da rediscussão da lide, atrela-se necessariamente às partes, mesmo porque só pode ser destinatário de comando irreversível aquele a quem antes foi

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 543.

dada a oportunidade de participar do processo de formação desse comando.¹⁷

Todavia, esta é a regra, que comporta exceções. Essas dizem respeito aos sucessores e substituídos processuais, pois esses, ainda que não participem do processo, são destinatários dos efeitos da coisa julgada. Tais exceções são uma decorrência lógica já que como titulares do direito não haveria sentido se não suportassem tais efeitos.

Os sucessores recebem direitos e obrigações, o que abarca os efeitos da coisa julgada. Nesse sentido:

Os sucessores assumem direitos e obrigações do sucedido, transmitindo-se também a esses a imutabilidade decorrente da coisa julgada. Registre-se que, havendo sucessão do direito durante o processo judicial, impõe-se como pressuposto da extensão da coisa julgada ao sucessor a informação da existência da demanda judicial.¹⁸

Já os substituídos processuais têm seu direito defendido em juízo por aqueles que a lei confere legitimidade, sendo, como titulares do direito, abrangidos pela coisa julgada. Contudo, há entendimento no sentido de que o substituído só poderia ser assim atingido se a ele for dada oportunidade de participar da demanda. Trata-se de entendimento defendido por José Rogério Cruz e Tucci na sua obra “Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil”, mencionado por Daniel Amorim:

Os substituídos são representados na demanda por sujeito que a lei ou o sistema considera apto à defesa do direito em juízo, sendo que nessa excepcional hipótese admite-se que a coisa julgada atinja titulares do direito que não participaram como parte no processo. Registre-se moderna posição doutrinária no sentido de excluir a coisa julgada a terceiro que não tenha tido a oportunidade de participar da demanda na qual seu direito material foi decidido. Essa corrente doutrinária entende que, não tendo a oportunidade de participar do processo, o substituído processual não poderia suportar a

¹⁷ RODRIGUES, Daniel Colnago Rodrigues; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce. **Limites subjetivos da coisa julgada e destinatários dos poderes executórios no mandado de segurança**. In. AURELLI, Arlete Ines; (Coord.). Op. cit., p. 677.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 544.

coisa julgada material em respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório.¹⁹

O CPC/2015 parece ter consagrado tal entendimento ao prever que o substituído deve ser intimado, podendo inclusive intervir como assistente litisconsorcial, como se depreende do art. 18, parágrafo único.

Há ainda outra exceção que diz respeito à dívida solidária e que se encontra consubstanciada no art. 274 do CPC/73. De acordo com tal dispositivo, sendo interposta ação por um ou alguns dos credores solidários em litisconsórcio, e, sendo julgada a ação procedente, o julgamento aproveita a todos os demais credores solidários, mesmo que não tenham participado do processo. Já no caso de a ação ser julgada improcedente, a coisa julgada material só vincula aqueles que tenham efetivamente participado da lide, ou seja, os credores solidários que foram parte. Trata-se de hipótese de aplicação da coisa julgada *secundum eventum litis*, comum no processo coletivo, ao processo individual. Isto é, nesse caso, a vinculação à coisa julgada dependerá do resultado da lide.

1.4. Coisa julgada formal e material e a sua ligação com as relações jurídicas instantâneas e de trato continuado:

Uma decisão transitada em julgado, conforme o caso, poderá produzir apenas coisa julgada formal ou então formal e material. Diz-se coisa julgada formal o fenômeno intraprocessual que consiste na imutabilidade da sentença dentro do processo em que ela foi proferida, contra a qual já não caiba mais recurso. Todas as decisões em cognição exauriente, sejam elas de mérito ou terminativas, transitam em julgado e então são atingidas pela coisa julgada formal.

O ordenamento jurídico prevê um número limitado de recursos que podem ser interpostos pela parte insatisfeita com a decisão judicial. Enquanto houver a possibilidade de recorrer, ela não se terá tornado definitiva, porquanto haverá a possibilidade de substituição por outra. Mas haverá um momento em que todos os recursos terão se esgotado, e a sentença não poderá mais ser modificada, seja ela definitiva ou terminativa. Quando isso ocorre, diz-se que ela transitou em julgado. Naquele processo, tornou-se indiscutível. Todas as sentenças, de mérito ou terminativas, em determinado

¹⁹ Ibid. p. 544.

momento fazer coisa julgada formal, quando contra ela não caibam mais recursos.²⁰

De outra parte, considera-se coisa julgada material o fenômeno que projeta efeitos para fora do processo, impedindo que a mesma pretensão seja novamente posta em juízo. É o que se verifica nas decisões exaurientes de mérito, e consiste na “imutabilidade não mais da sentença, mas de seus efeitos. Projeta-se para fora do processo em que ela foi proferida, impedindo que a pretensão seja novamente posta em juízo, com os mesmos fundamentos”.²¹

As sentenças terminativas, que não adentram na análise do mérito, só são atingidas pela coisa julgada formal, podendo a mesma ação ser reproposta quando superado o vício processual que impediu a análise do pedido. De forma diversa, as sentenças de mérito fazem coisa julgada formal e material, não podendo mais ser a questão discutida no mesmo processo e nem em demanda diversa, sob os mesmos fundamentos.

Nesse sentido:

Ocorrendo o trânsito em julgado da decisão de mérito proferida sob cognição exauriente, reunidos estarão os requisitos necessários à formação da coisa julgada, assumindo tal *decisum* a incontestabilidade inerente à garantia constitucional.²²

Há, todavia, sentenças de mérito que, conquanto transitem em julgado, podem ser rediscutidas em nova demanda, havendo controvérsia na doutrina se estariam acobertadas ou não pela coisa julgada material. É o que ocorre com as chamadas ações de trato continuado, em contraposição às ações instantâneas.

Ações instantâneas são aquelas que tratam de fatos ocorridos e exauridos no passado, não havendo a preocupação de que, com o passar do tempo, seus elementos conformadores possam ser alterados, tornando então a decisão proferida inadequada para regê-los.

Definindo ações instantâneas:

²⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Op. cit., p. 24.

²¹ Ibid. p. 25.

²² OLIVEIRA, Paulo Mendes. Op. cit., p. 115.

É a relação jurídica decorrente do fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência de norma quando estiver inteiramente formado.²³

Nesses casos, os fatos jurídicos alegados já estão delimitados e esgotados no passado de tal forma que a decisão judicial colocará um ponto final a toda discussão relativa ao pedido, sendo razoável que o *decisum* adquira estabilidade para a segurança jurídica. Assim, na análise das relações instantâneas, o regime de formação da coisa julgada não apresenta dificuldades já que a decisão judicial não terá o condão de se aplicar a fatos jurídicos futuros, mas apenas regerá aquela precisa relação jurídica delimitada e já submetida ao Judiciário.

Situação jurídica diversa é a das relações de trato continuado que se caracterizam pela continuidade no tempo, pela permanência. Ou seja, elas iniciam-se antes do ajuizamento da ação, podem se modificar ao longo do processo e mesmo após o seu desfecho. Quanto a estas situações, o exame do estudo da coisa julgada merece maior atenção.

Tais relações despertam a atenção no estudo da coisa julgada, porquanto se afastam do paradigma de que a sentença sempre produz efeito em relação a fatos passados. (...) Quando se trata das relações jurídicas que manifestam esse desdobramento ou reiteração no tempo, a decisão transitada em julgado será apta a lançar seus efeitos sobre fatos jurídicos futuros.²⁴

As espécies de relações de trato continuado são: relações jurídicas continuativas e relações jurídicas sucessivas.

As continuavas são relações jurídicas que “se desenvolvem com o passar do tempo, gerando constantemente situações ativas e passivas, direitos e obrigações que vinculam os seus integrantes por certo lapso temporal”.²⁵ É o que ocorre no clássico caso da ação de alimentos em que há uma relação duradoura que será regida pela decisão judicial com eficácia prospectiva.

De acordo com Talamini são:

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2^a. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 99.

²⁴ OLIVEIRA, Paulo Mendes. Op. cit., p. 121.

²⁵ Ibid. p. 122.

Relações cuja hipótese de incidência concerne a fatos ou situações que perduram no tempo, de modo que suas posições jurídicas internas (direitos, deveres, ônus...) podem ser modificados ou redimensionados no curso da relação, conforme varie o panorama fático ou jurídico.²⁶

Já as relações jurídicas sucessivas, apesar de não constituírem situação continuativa, apresentam fatos jurídicos que se sucedem no tempo, fazendo com o que o tratamento jurídico de forma semelhante ao das continuativas seja recomendável. Nas palavras de Teori Zavascki: “trata-se de relações instantâneas que se podem repetir no tempo e, por apresentarem uma homogeneidade quanto a alguns de seus elementos constitutivos, merecem ser regidas pela mesma norma concreta”.²⁷

São casos de demandas em que a questão litigiosa se refere a uma situação jurídica permanente, que se mostra presente na conformação de todas as relações jurídicas sucessivas, não fazendo sentido a exigência da propositura de uma demanda autônoma para cada fato jurídico futuro. Assim, se recomenda que a coisa julgada seja aplicada não só aos fatos jurídicos passados, mas igualmente aos futuros, desde que se trate da mesma situação jurídica já analisada judicialmente. Nas palavras de Paulo Mendes de Oliveira “A decisão proferida, por conta do seu objeto litigioso e por uma questão de racionalidade e coerência do sistema jurídico, se aplicará a situações jurídicas semelhantes que se manifestem no futuro”.²⁸

Nesses casos, em que a relação continua para o futuro, o sistema processual civil permite a revisão da sentença na hipótese de modificação superveniente no estado de fato ou de direito. Não há dúvidas que forma coisa julgada formal, mas a questão que surge é se tais relações de trato continuado formam a coisa julgada material, já que há possibilidade de rediscussão do direito em nova demanda.

Sendo indiscutível a existência de coisa julgada formal, e considerando-se ser de mérito tais sentenças, a pergunta que encontra diferentes respostas na doutrina é a respeito da existência de coisa julgada material. O questionamento fundamenta-se na possibilidade de revisão da decisão a qualquer momento, ainda que sob condição; será tal

²⁶ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 91.

²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Op. cit. p. 100.

²⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes. Op. cit., p. 123.

circunstância compatível com a imutabilidade e indiscutibilidade prometida pela coisa julgada material?²⁹

Sobre o tema há na doutrina três correntes que dão soluções diversas ao questionamento.

Uma primeira corrente entende que a existência de relação jurídica continuativa, regulada no CPC/73 pelo art. 471, é incompatível com o fenômeno da coisa julgada material, entendendo que nesses casos só há a formação de coisa julgada formal. É o que menciona Daniel Amorim abordando o entendimento de Vicente Greco Filho em sua obra “Direito Processual Civil Brasileiro”:

Para parcela minoritária da doutrina, a possibilidade de revisão da decisão, ainda que limitada à ocorrência de modificações supervenientes de fato ou de direito, é incompatível com a segurança jurídica advinda da coisa julgada material, de forma que o art. 471, I, do CPC afasta a coisa julgada material das sentenças que resolvam relação jurídica continuativa.³⁰

Há outro entendimento, segundo o qual as relações jurídicas continuativas são aptas a formação da coisa julgada material, mas que neste caso se revestiria de certa especialidade, contendo a cláusula *rebus sic standibus*, o que permite que havendo alteração da situação fática ou jurídica o direito possa ser revisto. A presença implícita de tal cláusula implica reconhecer ter a sentença eficácia futura desde que mantida a situação de fato e de direito na época em que ela foi proferida.³¹

De certo modo, observa Liebman, “todas as sentenças (e não apenas as que apreciam relações continuativas) contêm implicitamente a cláusula *rebus sic standibus*, já que a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença.”³²

²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 547.

³⁰ Ibid. p. 547.

³¹ Nesse sentido: Informativo 400/STJ: 4ª Turma, REsp 594.238/RJ. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.08.2009; THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 619/620; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 10 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 704.

³² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 25.

E, por fim, uma terceira corrente existe, discordando das anteriores. Segundo essa, que tem o apoio de Talamini³³, há formação de coisa julgada material nas sentenças (ou acórdãos) que envolvem relação jurídica continuativa, como em qualquer outra sentença de mérito e que a revisão da decisão nesses casos só é permitida pelo sistema processual quando alterada a causa de pedir que justifique a revisão do pedido.

Tratando deste entendimento:

Essa corrente doutrinária aponta que a decisão é imutável e indiscutível, e a possibilidade de sua revisão condicionada à modificação do estado de fato ou de direito, é permitida tão somente em razão da modificação da causa de pedir, de forma a afastar a tríplice identidade, indispensável para a aplicação da função negativa da coisa julgada.³⁴

Vê-se que, para esta terceira corrente, a possibilidade da revisão do *decisum* está condicionada à alteração da causa de pedir, o que torna diferente a demanda. Pela teoria da tríplice identidade, uma causa só é idêntica a outra se guardadas entre elas as mesmas partes, pedidos e causa de pedir. Sendo, portanto, demandas diferentes, a eficácia negativa da coisa julgada, que implica na impossibilidade de rediscussão, estaria afastada.

1.5. Eficácia preclusiva da coisa julgada material

Como já tratado nos itens anteriores, uma das decorrências da formação coisa julgada material é a impossibilidade de discutir aquilo que já foi decidido. Ela portanto, se mostra como um pressuposto processual negativo, ou seja, que não poderá estar presente para que o mérito da demanda seja analisado, impedindo o seguimento do processo. Destarte, e como também já abordado, proferida uma sentença de mérito, com o trânsito em julgado, não se admite a propositura de ação com os mesmos elementos, mas, se um deles for modificado (partes, pedido ou causa de pedir), a ação será outra e não se poderá falar em coisa julgada.

Nesse contexto, a eficácia preclusiva da coisa julgada material impede não apenas a repropositura da mesma demanda, mas também impede a rediscussão das questões já decididas pelo dispositivo da sentença, o que abarca as questões

³³ TALAMINI, Eduardo. Op. cit. p. 90/91.

³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 547.

expressamente decididas e matérias que poderiam ter sido alegadas pelas partes, mas não o foram.

A autoridade da coisa julgada material impede a rediscussão não apenas das questões que tenham sido expressamente decididas no dispositivo, porque expressamente alegadas pelas partes, mas também daquelas que poderiam ter sido alegadas, mas não o foram.³⁵

É nesse sentido o teor do art. 474 do CPC/73 que prevê que com o trânsito em julgada reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia ter levado ao processo para fundamentar o acolhimento ou a rejeição do pedido, tratando este dispositivo da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Sobre isso:

Havendo mais de uma matéria defensiva, caberá ao réu apresentá-las em sua totalidade, não lhe sendo possível ingressar com outra demanda arguindo matéria de defesa que deveria ter sido apresentada em processo já extinto com a coisa julgada material.³⁶

No entender de Barbosa Moreira trata-se de enxergar a coisa julgada como fato jurídico propulsor de efeitos dentre os quais o de tornar preclusas quaisquer alegações que poderiam ter sido feitas, mas não o foram oportunamente.³⁷

Quanto ao autor da ação, a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge as alegações referentes à causa de pedir, porquanto se alterada a causa de pedir afasta-se a tríplice identidade.

Aplicada ao autor, a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada gera maior controvérsia. A parcela majoritária tem entendimento que parece ser o mais correto: a eficácia preclusiva da coisa julgada atinge tão somente alegações referentes à causa de pedir que fez parte da primeira demanda, porquanto alegado o outro fato jurídico ou outra

³⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Op. cit., p. 34.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Jus Podivm, 2009. V.5. p. 570.

³⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 14/23.

fundamentação jurídica, não presentes na primeira demanda, afasta-se do caso concreto a tríplice identidade.³⁸

Conveniente observar que a eficácia preclusiva não contraria os limites objetivos da coisa julgada. A princípio pode parecer estranho que alegações que não tenham sido enfrentadas pelo juiz possam ser atingidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada sendo que as alegações feitas e decididas na fundamentação não fazem coisa julgada. Todavia, não há incongruência no sistema processual, posto que deve-se considerar a função instrumental da eficácia da preclusão da coisa julgada. Isto é, deve-se considerar como atingida pela eficácia preclusiva da coisa julgada qualquer nova alegação cujo enfrentamento contrarie o dispositivo da decisão protegida pela coisa julgada material.

Em sua obra Daniel Amorim trata da função instrumental da eficácia da preclusão da coisa julgada:

Numa análise apressada e superficial poder-se-ia questionar a regra do art. 474 do CPC, questionando-se que, se nem mesmo as alegações feitas e decididas na fundamentação fazem coisa julgada, como poderiam se tornar imutáveis e indiscutíveis alegações que nem ao menos foram feitas e enfrentadas pelo juiz? A visão é equivocada porque não compreende a função instrumental da eficácia da coisa julgada; a impossibilidade de discutir alegações não realizadas em novo processo só se justifica nos limites da proteção à coisa julgada material. Dessa forma, sempre que o enfrentamento dessas alegações puder levar à decisão que contrarie o dispositivo da decisão protegido pela coisa julgada material, aplica-se a regra da eficácia preclusiva da coisa julgada para impedir a decisão a seu respeito.³⁹

Paulo Mendes de Oliveira também trata do assunto. Segundo ele, é justamente para tapar esta aparente lacuna que se torna importante a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Apresenta-se a questão de como se tornará indiscutível a decisão se os limites objetivos da coisa julgada só incidirão sobre o que foi efetivamente decidido pelo juiz. É justamente para tapar essa aparente lacuna no sistema processual que aparece como relevante instrumento a eficácia preclusiva da coisa julgada. Aquilo que não foi decidido não é alcançado

³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 545/546.

³⁹ Ibid. p. 546.

pela coisa julgada. Necessário então um instituto complementar para abarcar as situações que não foram decididas, mas poderiam ter sido se a parte houvesse deduzido tais matérias. É que, não obstante alguns argumentos eventualmente não tenham sido apresentados e, portanto, decididos pelo juiz, com a formação da coisa julgada, reputam-se deduzidas e repelidas todas as alegações e defesa que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido. O efeito preclusivo atua, portanto, fora dos limites objetivos da coisa julgada, manifestando um âmbito de incidência suplementar.⁴⁰

Em suma, o efeito preclusivo da coisa julgada material, que se encontra enunciado no art. 474 do CPC, é um efeito necessário para viabilizar a segurança jurídica que advém do instituto da coisa julgada. Se não existisse, a mesma lide poderia ser reproposta bastando que se alterassem as alegações, impondo ao Judiciário a decisão do que já fora decidido.

Se inexistisse semelhante preclusão, a mesma lide facilmente voltaria a ser proposta em juízo, bastando à parte invocar argumentos ou alegações tendentes a alterar a causa de pedir ou de rejeitar o pedido. Uma vez, porém, que não são os motivos da sentença o objeto da coisa julgada, mas sua conclusão, é infrutífera a tentativa da parte vencida de reabrir a causa mediante inovação de argumentos e alegações.⁴¹

A eficácia preclusiva da coisa julgada, portanto, impede a discussão e apreciação de questões passíveis de influir no teor do pronunciamento judicial anterior, ainda que não examinadas pelo juiz, ou seja, independente de que no processo tenham sido alegados todos os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito. Aquilo que tenha sido alegado ficará superado pela coisa julgada, e, também, restará superado tudo aquilo que poderia ter sido suscitado e não o foi.

1.6. Relativização da coisa julgada: aplicação da razoabilidade

Feitas tais considerações elucidadoras sobre o instituto da coisa julgada e da sua importância no ordenamento jurídico, é preciso, antes de adentrar no enfrentamento da temática da coisa julgada inconstitucional, considerar que não há no direito norma – o que inclui regras e princípios –, que sejam de caráter absoluto. A

⁴⁰ OLIVEIRA, Paulo Mendes. Op. cit., p. 104.

⁴¹ THEODORO JR., Humberto. **Coisa julgada: limites objetivos e eficácia preclusiva (CPC atual e código projetado)**. In. AURELLI, Arlete Inês (Coord.); Op. cit., p.770.

Constituição de 1988 trouxe clara proteção à coisa julgada, alçando-a à condição de cláusula pétrea, mas o constituinte, ao mesmo tempo, previu mecanismo de revisão das decisões revestidas da sua autoridade, qual seja, a ação rescisória, informando-nos que a coisa julgada não é uma garantia absoluta, podendo ser relativizada em algumas situações e sob certas condições.

Não se pode perder de vista que a função maior do Direito é a realização da justiça e sobre este pilar que a atuação do Judiciário deve se fundar, aplicando a lei de forma razoável para que excessos de formalismos não criem situações inconcebíveis.

Partilhando deste pensamento:

De modo geral, na doutrina da dogmática jurídica, o papel do juiz consiste na mecânica de um silogismo, isto é, premissa maior mais premissa menor igual à conclusão. Ou tese mais antítese resulta em síntese. (...) Contudo, há ocasiões em que o Magistrado se vê diante de uma situação tal que o julgamento de acordo apenas com esse tipo de lógica afrontaria o verdadeiro sentido da lei e o senso de justiça, resultando em julgamento injusto. São circunstâncias que exigem certa criatividade para abordar o tema de outra ótica e justificar a não aplicação da lei, que, pela lógica formal, deveria ser aplicada. (...) É nesse sentido que a lógica do razoável vem em socorro dos intérpretes do direito, para abrir caminho de solução de litígios, sem abrir mão da segurança jurídica, tão cara ao Estado Democrático de Direito.⁴²

Não se discute a razão da necessária existência do instituto da *ius iudicata*, pois a solução da lide traz pacificação social e segurança jurídica, valores estes caros na sociedade e que devem ser respeitados. Sem ela não seria possível falar em justiça. Por outro lado, diante de situações concretas com as quais o aplicador do direito se depara, vem crescendo na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de relativizar a coisa julgada.

Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar desprezo ao da unidade federativa, ao da dignidade da pessoa humana e intangibilidade do corpo etc. É imperioso equilibrar com harmonia as duas exigências divergentes, transigindo razoavelmente quanto a certos valores em nome

⁴² MILANI, Daniela Jorge. **Relativização da coisa julgada: uma interpretação segundo a lógica do razoável**. In. AURELLI, Arlete Ines (Coord.); Op. cit., p 686.

da segurança jurídica, mas abrindo-se mão desta sempre que sua prevalência seja capaz de sacrificar o insuscetível.⁴³

Há ainda os que são mais resistentes à relativização da coisa julgada entendendo que pode gerar uma situação incompatível com o ordenamento jurídico, mas, ainda assim, entendem que há necessidade de conciliar segurança jurídica e justiça das decisões, não compactuando com a eternização de injustiças. Para os adeptos deste pensamento, o raciocínio é o de que certas decisões não estão acobertadas pela autoridade da coisa julgada.⁴⁴

Entendendo dessa forma Thereza Alvim:

A coisa julgada ou recai sobre o comando do decidido ou não. Se admitíssemos a denominada relativização passaria, o conceito de coisa julgada, por uma transformação radical, tornando-se um conceito vago. (...) Deflui nitidamente do exposto que aceitar a relativização faria com que desaparecesse toda a segurança jurídica de um julgamento, finalidade precipuamente objetiva pela adoção do instituto da coisa julgada material.⁴⁵

A citada professora então busca outro método que não a relativização para a reanálise do julgado conciliando a segurança e justiça, por meio do entendimento de que há impossibilidade jurídica do pedido e que, assim, a ação seria inexistente.

O acesso à justiça importa não só em poder pedir, ao Estado-Juiz, a tutela jurisdicional, mas no seu possível fornecimento pelo Estado. Resulta inequívoca, então a consequência inafastável dessa afirmação de que há impossibilidade jurídica do pedido se este for contra a Constituição, a lei, a moral, a natureza das coisas ou conduzam ao absurdo, eis que não podem ser satisfeitos.⁴⁶

É de se vislumbrar que as tentativas de relativizar a coisa julgada, seja utilizando este termo ou não, nada mais são do que a aplicação da lógica do razoável.

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, 2001, p. 54.

⁴⁴ ALVIM, Thereza. **Repensando a coisa julgada**. Revista autônoma de processo. Curitiba, jan-mar. 2007, p. 311.

⁴⁵ Ibid. p. 308.

⁴⁶ Ibid. p. 312.

“Negar a possibilidade de modificação de um decisão injusta é engessar o desacerto. A lógica do razoável apela sempre para os objetivos da lei e para os princípios do direito, a que devem se submeter as decisões judiciais”.⁴⁷

É com base nessa premissa de que a segurança e a estabilidade das relações jurídicas não pode ser tal que imunize julgados violadores de garantias ou direitos constitucionais ou que transgridam valores éticos e jurídicos que ofenda gravemente o ordenamento jurídico, que se defenderá a flexibilização da coisa julgada inconstitucional.

⁴⁷ MILANI, Daniela Jorge. In. AURELLI, Arlete Ines (Coord.); Op. cit., p. 690.

Capítulo 2: A coisa julgada inconstitucional

2.1. Coisa julgada constitucional e o novo conceito de trânsito em julgado:

Segundo o entendimento tradicional da doutrina brasileira, a sentença ou acórdão transitado em julgado é aquele contra o qual não caiba mais recurso. Ultrapassado, pois, o prazo para interposição de recursos sem que haja impugnação, se operará o trânsito em julgado por preclusão, outrossim, se esgotados os recursos cabíveis também ocorrerá o trânsito em julgado. Nesse contexto, tal definição revela dois aspectos procedimentais: o aspecto temporal e o recursal.

Tratando desta análise clássica acerca do trânsito em julgado das decisões judiciais:

Nesse sentido, ocorre o trânsito em julgado da decisão se a parte deixar de opor impugnação à decisão dentro do prazo estabelecido em lei para tal ato (preclusão temporal); se opuser à decisão impugnação não prevista em lei (preclusão lógica); ou se opuser impugnação prevista em lei dentro do prazo, mas sem aduzir todos os fatos e fundamentos jurídicos necessários, não podendo mais completá-la (preclusão consumativa).⁴⁸

No entanto, tal concepção não leva em consideração os novos contornos processuais relacionados à constitucionalização do processo que faz com que a decisão jurisdicional atenda aos procedimentos democráticos.

Partilhando deste entendimento:

Insta observar que, na democracia, o trânsito em julgado da decisão jurisdicional não pode ter relação exclusiva com a preclusão ou com o exaurimento dos poderes, faculdades e deveres das partes. É necessário superar tal conceito para se entender a expressão “trânsito em julgado” no paradigma democrático. (...) Para compreendermos o termo inserido no Estado Democrático de Direito, é preciso superar a ideia de que a formação da decisão jurisdicional se dá de forma isolada, na ação autoritária do juiz.⁴⁹

⁴⁸ SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional e o novo conceito de trânsito em julgado**. In. AURELLI, Arlete Ines (Coord.); Op. cit., p. 646.

⁴⁹ Ibid. p. 646.

O que de fato importa no reconhecimento do trânsito em julgado é saber se a decisão encontra legitimidade em sua formação, análise que passa, indubitavelmente, pela observância das garantias processuais e de harmonização da decisão com a Constituição de acordo com o princípio da juridicidade, segundo o qual os atos emanados pelo Judiciário devem estar em conformidade com a Constituição, sob pena de nulidade.

Por seu turno, o princípio da constitucionalidade determina que a validade de qualquer ato do poder público depende de sua conformidade com a Constituição, de modo que as desconformes devem ser tidas como inválidas, e a coisa julgada daí resultante conseqüentemente também ser considerada inválida. A segurança jurídica que justifique a existência da coisa julgada só será alcançada se considerada a conformidade da decisão com a Carta Magna.

A sentença violadora da Constituição não se mostra passível de encontrar um mero fundamento constitucional indireto de validade e eficácia. A segurança e certeza jurídicas inerentes ao Estado Democrático de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional.⁵⁰

Partindo deste entendimento, “a decisão judicial contrária ao direito seria nula, nunca possibilitando a formação de caso julgado”.⁵¹

Carlos Henrique Soares trata do assunto e menciona o doutrinador português Paulo Otero:

É fundamento do Estado Democrático de Direito a segurança e estabilização das relações jurídicas por meio da imutabilidade das decisões judiciais (coisa julgada). O princípio da segurança jurídica tem como escopo a garantia dos direitos regularmente constituídos, que já integram a esfera patrimonial do titular da tutela judicial garantida. Contudo, sustenta Paulo Otero, em seu *Ensaio*, que a segurança jurídica não deve ser vislumbrada como fonte de se eternizar injustiças. Isso significa que as decisões judiciais contrárias ao ordenamento jurídico e principalmente à Constituição devem ser inválidas.⁵²

⁵⁰ OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993, p. 60.

⁵¹ Ibid. p. 54/55.

⁵² SOARES, Carlos Henrique. In. AURELLI, Arlete Ines (Coord.); Op. cit., p. 643.

E conclui acerca do novo conceito de trânsito em julgado:

No novo paradigma democrático, a expressão *trânsito em julgado* adquire novos contornos, não sendo mais entendida apenas como efeito da preclusão, mas, sobretudo, como sendo uma consequência da legitimidade das decisões jurisdicionais.⁵³

Em suma, desta visão que quebra o paradigma clássico acerca do trânsito em julgado e da formação da coisa julgada, tem-se que não pode haver caso julgado que expresse a certeza e segurança jurídica sem que haja a observância do processo constitucional. A segurança jurídica, nesse contexto, é justamente a aplicação imediata da Constituição e da lei infraconstitucional, mas não apenas. É ultrapassar a legalidade para firmar que a segurança jurídica também abrange o valor justiça.

2.2. Declaração de inconstitucionalidade e modulação dos efeitos:

A formação da chamada “coisa julgada inconstitucional” pressupõe a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo na qual a decisão transitada em julgada se fundou. Forçoso, portanto, tecer algumas considerações acerca da sistemática do controle de constitucionalidade no direito brasileiro.

O controle de constitucionalidade difuso é aquele realizado com base em um caso concreto e pode ser feito por qualquer juiz ou Tribunal, respeitada a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF). Em regra, tem efeito apenas *inter partes* e *ex tunc*, não vinculando o julgador nos demais casos de aplicação da mesma lei ou ato normativo. Outra característica desta forma de controle, também chamado de controle por via de exceção ou defesa, é que a questão da constitucionalidade da lei não pode ser o pedido principal, mas sim figurar como causa de pedir.

Tratando desta forma de controle:

Na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei

⁵³ Ibid. p. 648.

permanecem válidos no que se refere à força obrigatória em relação a terceiros.⁵⁴

Todavia, é possível que seja dado a esta decisão efeito vinculante caso o STF, Tribunal destinado ao resguardo da Constituição, declare a inconstitucionalidade de maneira difusa e o Senado edite a Resolução de que trata o art. 52, X, da CF, suspendendo a lei, ou então caso o STF entenda, por 2/3 (dois terços) dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, pela edição de Súmula Vinculante.

A Constituição Federal, porém, previu mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Superior Tribunal Federal, que terá efeitos *erga omnes*, porém, *ex nunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial.⁵⁵

Sobre as Súmulas vinculantes:

As súmulas vinculantes surgem a partir da necessidade de reforço à ideia de uma única interpretação jurídica para o mesmo texto constitucional ou legal, de maneira a assegurar a segurança jurídica e o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder Judiciário não devem aplicar as leis e os atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utilizar-se de todos os mecanismos constitucionais no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária.

Ressalte-se que no direito norte-americano, todos os Tribunais ficam vinculados à decisão da Suprema Corte. Como isso não ocorre em nosso sistema quanto ao controle difuso, a Súmula Vinculante se mostra como instrumento capaz de trazer maior segurança jurídica.

Sobre o sistema americano:

⁵⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 709.

⁵⁵ *Ibid.* p. 716.

No sistema judicial norte-americano, que garante aos indivíduos, de modo amplo, a tutela jurisdicional, todos os Tribunais estão vinculados às decisões da Suprema Corte, nos casos em iguais estados de fato em que a decisão da Suprema Corte foi tomada. Isso, sem dúvida, proporciona segurança jurídica.⁵⁶

Também mencionando o direito comparado:

A EC nº 45/04 não adotou o clássico *stare decisis*, nem tampouco transformou nosso sistema de *civil law* em *common law*, porém permitiu ao Supremo Tribunal Federal de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar Súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.⁵⁷

Já o controle abstrato de constitucionalidade ocorre por meio de processo objetivo, com base na lei em abstrato, não vinculada a um caso concreto. É realizado por meio de ações específicas (ação declaratório de constitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade, arguição de preceito fundamental) que possui legitimados previstos em lei. A declaração de inconstitucionalidade neste caso é feita exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal e tem efeito *ex tunc* e *erga omnes*, vinculando os juízes e Tribunais.

Sobre isso dispõe Gilmar Mendes:

A lei declarada inconstitucional, sem ressalvas, é considerada, independente de qualquer outro ato, nula *ipso jure* e *ex tunc*. A disposição declarada inconstitucional no controle abstrato de normas não mais pode ser aplicada, seja no âmbito do comércio jurídico privado, seja na esfera estatal. (...) Consoante esta orientação, admite-se que todos os atos praticados com base na lei inconstitucional estão igualmente eivados de ilicitude.⁵⁸

⁵⁶VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas**. Revista dos Tribunais, ano 6, nº 25, out./dez. 1998. p. 10.

⁵⁷MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 567.

⁵⁸MENDES, Gilmar Ferreira. **Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005**. In:

Vê-se que autor defende a nulidade da lei inconstitucional e, por conseguinte, da coisa julgada inconstitucional decorrente de sentença transitada em julgado desenvolvida com base em lei declarada inconstitucional pelo STF, ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição.

Há porém quem entenda que não é caso de nulidade, mas sim de inexistência da lei:

Não nos parece que a norma declarada inconstitucional por Ação declaratória de inconstitucionalidade deva tentar qualificar-se como sendo “nula” ou “anulável”. Declarada inconstitucional a norma jurídica, e tendo a decisão efeito *ex tunc*, pensamos dever-se considerar como se a lei nunca tivesse existido. Na verdade, o ordenamento jurídico positivo só “aceita” normas compatíveis com a Constituição Federal. Se só em momento posterior à entrada em vigor da lei é que se percebeu que havia incompatibilidade entre esta e a Constituição Federal, a decisão que a reconhece declara que a lei rigorosamente nunca integrou o sistema normativo positivo, a não ser aparentemente.⁵⁹

Conquanto a regra do controle de constitucionalidade em abstrato seja a eficácia *ex tunc* da declaração, a evolução constatada no direito constitucional comparado e consubstanciada na Lei nº 9.868/99 permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, viabilizando a ponderação entre a nulidade da lei inconstitucional e a segurança jurídica.

Explicando a modulação dos efeitos:

(...) permitiu-se ao STF a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade denominada de modulação, ou limitação temporal pela Corte, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais:

- requisito formal: decisão de maioria de dois terços dos membros do Tribunal;
- requisito material: presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.⁶⁰

NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 92.

⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 46.

⁶⁰ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 756/757.

Também tratando do assunto:

Com base no art. 27 da Lei 9.868/99, o STF poderá proferir, em tese, tanto quanto já se pode vislumbrar, uma das seguintes decisões:

a) declarar a inconstitucionalidade apenas a partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*), com ou sem repristinação da lei anterior;

b) declarar a inconstitucionalidade com a suspensão dos efeitos por algum tempo a ser fixado na sentença (declaração de inconstitucionalidade com efeito pro futuro), com ou sem repristinação da lei anterior;

c) declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, permitindo que se opere a suspensão de aplicação da lei e dos processo em curso até que o legislador, dentro de prazo razoável, venha a se manifestar sobre a situação inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade = restrição de efeitos); e, eventualmente;

d) declarar a inconstitucionalidade dotada de efeito retroativo, com preservação de determinadas situações.⁶¹

Destarte, tendo em vista questão de segurança jurídica e interesse social, é possível a declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*, não retroagindo a decisão. Neste caso, a decisão de inconstitucionalidade eliminará a lei do ordenamento jurídico a partir do trânsito em julgado da decisão do Supremo.

Justificando a modulação dos efeitos:

Não se está a negar caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefícios incompatíveis com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que a sua aplicação pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).(...) A aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem,

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 95/96.

necessariamente, na eliminação direta e imediata da lei do ordenamento jurídico.⁶²

Pelo exposto, declarada a lei ou ato normativo inconstitucional pelo STF, seja em controle abstrato, seja em controle difuso com efeito vinculante dentro das hipóteses supra mencionadas, a coisa julgada formada com base nesta lei ou ato normativo também deverá ser considerada incompatível com o ordenamento jurídico, salvo se pela modulação dos efeitos a declaração de inconstitucionalidade não a abarcar. Daí o desenvolvimento de diversas propostas em torno do tema sobre a superação da coisa julgada inconstitucional, que serão tratadas adiante.

2.3. Coisa julgada inconstitucional: plano da eficácia, validade e existência

A doutrina que defende a relativização da coisa julgada inconstitucional, ou seja, o afastamento de sentença de mérito transitada em julgado que cause extrema injustiça em decorrência de ofensa clara e direta a preceito ou valor constitucional, basicamente se divide em dois grupos. O primeiro defende a inexistência da coisa julgada material nestes casos de forma que o afastamento da decisão nem mesmo poderia ser tido como relativização propriamente, já que a decisão sequer estaria apta a produzir coisa julgada. O segundo entende que nesses casos há formação da coisa julgada material, mas também defende o seu afastamento em razão da proteção a outros valores constitucionais.

Dentro deste contexto, há aqueles que situam o vício da coisa julgada inconstitucional dentro do plano da eficácia, outros no da validade, e ainda há quem defenda a inexistência. Todavia, a conclusão é sempre a mesma, qual seja a de que “não havendo coisa julgada no caso concreto não se trata propriamente de relativizá-la, mas somente declarar a ineficácia, nulidade ou inexistência, sempre com o objeto de impedir a execução da decisão”.⁶³

Para Dinamarco o vício da coisa julgada constitucionalmente injusta encontra-se no plano da eficácia, sendo considerado um defeito tão extremo que impediria a produção dos efeitos da coisa *res iudicata*. Ele chama estas sentenças de “sentenças

⁶²Ibid. p. 98.

⁶³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 552.

juridicamente impossíveis” de gerar efeitos porque contrárias a valores jurídicos essenciais ao sistema processual.

Considerando que a coisa julgada é a qualidade da sentença que torna os efeitos imutáveis e indiscutíveis, entende o processualista que a incapacidade dessas sentenças de produzirem efeitos é suficiente para não existir coisa julgada nesses casos. Não havendo qualquer efeito para ser protegido pela coisa julgada material, esta simplesmente não existiria, visto que não é possível uma qualidade sem objeto, ou um manto protetor sem nada a ser protegido no caso concreto.⁶⁴

Para outros como Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, o vício da coisa julgada inconstitucional situa-se no plano da validade, defendendo que sentença nesse caso seria nula. Para eles aparentemente tratar-se-ia de nulidade absoluta de tamanha gravidade que não poderia se considerar a sentença imutável e indiscutível, o que criaria uma mera aparência de coisa julgada. Seria hipótese semelhante ao vício ou à inexistência de citação, que apesar de gerar uma nulidade absoluta reveste-se de gravidade tal que não se convalida nem mesmo após o transcurso do prazo da ação rescisória (“vício transrescisório”).⁶⁵

Já para Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, tal vício situa-se no plano da existência. Tais doutrinadores defendem que a sentença nesses casos é juridicamente inexistente e por conta disso não se pode falar, no caso concreto, em formação de coisa julgada material. Em síntese, entendem que as sentenças que Dinamarco chama de “juridicamente impossíveis” são, na verdade, inexistentes, porquanto proferidas em processos em que falta ao autor a possibilidade jurídica do pedido. A ausência dessa condição da ação para estes autores, faz com que o autor não tenha exercido o direito de ação e sim mero direito de petição e, não havendo direito de ação no caso concreto, não houve processo, devendo a sentença ser considerada inexistente.⁶⁶ Por conseguinte, “se o provimento não existe, ele é ineficaz”⁶⁷, não produzindo efeitos.

⁶⁴ DINARMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. Revista de processo, nº 109, 2003. p. 245/249.

⁶⁵ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006. p. 172.

⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 26/36.

⁶⁷ ASSIS, Araken de. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 362.

Para maior clareza, impõe-se distinguir os planos da eficácia, validade e existência. De acordo com Araken de Assis, mencionado Pontes de Miranda na obra “Tratado de Direito Privado”, traz as seguintes considerações:

Ato inexistente se distingue de ato inválido: aquele é incapaz de gerar efeitos; este, ao contrário, entra no mundo jurídico, embora deficientemente, e nele produz seus efeitos naturais. De resto, o ato deficiente precisa ser desfeito; ato inexistente apenas se declara como tal.⁶⁸

E continua:

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 o seu desfazimento, exigirá desconstituição por resolução do órgão judiciário, pouco importante, para tal arte, se *ex officio* ou por iniciativa do prejudicado.⁶⁹

Vê-se que, uns entendem que tal vício é de tamanha importância que sequer é apto a formar a coisa julgada e que por ser inexistente sequer demanda rescisão, já que a rescindibilidade pressupõe a existência de coisa julgada. Outros defendem a formação da coisa julgada, mas entendem cabível o seu afastamento para além do transcurso do prazo para interposição da ação rescisória, considerando-o defeito de natureza “transrescisória”.

Theodoro Júnior conclui que pronunciamentos assim viciados representam:

(...) verdadeiros abusos de poder, por não conterem o mais mínimo resquício de jurisdição a repaldá-los, jamais poderão produzir qualquer eficácia que se assemelhe à *res iudicata* e sempre estarão ao alcance de impugnação dos interessados, qualquer que seja o tempo em que se manifeste a intenção de executá-los ou de exigir que sejam respeitados.⁷⁰

Araken de Assis, no mesmo sentido, conclui que:

(...) nenhum reparo suscita a ideia de que o provimento inexistente ou ineficaz não vincula as partes; quer dizer, ele

⁶⁸ Ibid. p. 359.

⁶⁹ Ibid. p. 360.

⁷⁰ THEODORO JR. Humberto. **Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença**. In: Revista de Processo, n. 19, São Paulo: RT, jul.-set., 1980. p. 177.

não produz a eficácia da coisa julgada, e, portanto, o emprego da rescisória para combatê-lo é rebarbativo e desnecessário.⁷¹

Ou seja, qualquer que seja o plano em que o vício se situe a consequência prática daí decorrente é a de que se o pronunciamento se baseia em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo ou em interpretação ou aplicação tidas como incompatíveis com a Constituição pelo mesmo Tribunal Superior, desaparecerá a eficácia da coisa julgada do provimento, logo, o comando judicial se torna inexigível, inexecutável.

2.4. Flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada inconstitucional

Embora a Constituição proteja a coisa julgada, não há qualquer violação a preceitos da Carta Magna certos casos de flexibilização, revisão ou relativização da *res iudicata*, desde que, na ponderação de princípios em conflito, a relativização se mostre mais perto da vontade consubstanciada na Constituição. Nesse contexto, a tese da relativização vem ganhando vulto da doutrina e na jurisprudência, tendo em vista que não se mostra razoável aceitar um entendimento que não esteja de acordo a realidade dos fatos. Daí ser intolerável que a decisão jurisdicional lesiva não possa ser revertida a pretexto de seu caráter absoluto.

José Maria Tesheiner pondera que:

A Constituição estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Em essência, o que aí se veda é a lei retroativa, isto é, lei posterior para reger fatos passados. A revisão da sentença, por fato superveniente, em relação jurídica continuativa não ofende a Constituição.⁷²

Tanto não ofende a Constituição a relativização da coisa julgada que ela própria faz referência à ação rescisória como ferramenta de rescindibilidade da decisão transitada em julgada, instrumento este que é regulamentado pelo art. 485 o CPC/73, o qual prevê as suas hipóteses de incidência. Todavia, da forma como a jurisprudência vem tratando a ação rescisória, sujeita ao prazo decadencial de dois

⁷¹ ASSIS, Araken de. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 363.

⁷² TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 237.

anos, ela não se mostra suficiente para corrigir uma decisão tida como inconstitucional depois do trânsito em julgado.

De acordo com o STF, a decisão do Supremo declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial de dois anos (art. 495).

É nesse sentido o seguinte acórdão:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015)

Tratando sobre a relativização e ação rescisória:

Também não ofende a Constituição a ação rescisória, pois não há retroatividade quando se rescinde a sentença, proferindo-se novo julgamento, com base na mesma legislação existente ao tempo da decisão rescindida. Nem se precisa lançar mão do argumento de que a própria Constituição contém referência à ação rescisória.⁷³

E continua, discordando do STF:

A ação rescisória poderia ser perpétua, sem com isso violar-se a Constituição. Se se entendesse essencial a existência de prazo, estar-se-ia a interpretar a Constituição como se ela apenas protegesse a chamada coisa soberanamente julgada, isto é, as sentenças de mérito que não apenas transitaram em julgado como se tornaram irrevocáveis pelo decurso do tempo. Mas a proteção constitucional à coisa julgada é mais ampla. Não se limita a proteger as sentenças irrevocáveis, mas toda e qualquer sentença que haja produzido coisa julgada material.⁷⁴

É por conta dessa necessidade de se flexibilizar a coisa julgada em algumas situações como em caso de incompatibilidade com a Constituição, e ainda por considerar que a ação rescisória, remédio processual apto a rescindir decisões transitadas em julgado, não se mostra suficiente para solucionar a questão, que surgem teorias que admitem o uso de outros instrumentos processuais para afastar decisões injusta inconstitucionalmente. É o que será tratado mais adiante.

2.5. Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência:

Dentre as já mencionadas correntes que defendem a relativização da coisa julgada inconstitucional, parece mais acertada aquela que coloca tal vício no plano da inexistência. Ou seja, aquela que considera que sentenças baseadas em lei ou interpretação posteriormente consideradas inconstitucionais pelo STF são sentenças que sequer têm aptidão para transitar em julgado, sendo chamadas de “sentenças juridicamente inexistentes”. Isso porque trata-se de um vício de tal monta que atinge a essência do ato.

⁷³ Ibid. p. 237/238.

⁷⁴ Ibid. p. 238.

Defendem esta tese Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina na obra “O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização”. Sobre isso fazem as seguintes considerações:

Há certas sentenças, e há muito um dos autores deste ensaio vem defendendo este ponto de vista, que não têm aptidão para transitar em julgado. Está-se aqui diante de um grupo de sentenças, a que, chamamos, segundo terminologia que propomos, de “sentenças juridicamente inexistentes”. Antes de tudo é necessário que se esclareça dever adotar-se, no direito, a categoria dos atos inexistentes. Trata-se de fenômeno que diz respeito à ausência de tipicidade. Um ato é inexistente, para o direito, quando carrega em si um defeito de tal monta, que é capaz de desfigurá-lo, e impedir que se encaixe no tipo. É um defeito de essência.⁷⁵

E continuam, defendendo que a ausência de condições da ação é causa de inexistência:

Prosseguindo na nossa análise do grupo de sentenças que não têm aptidão para transitar em julgado, devemos referir-nos, considerando também como sendo juridicamente inexistentes as sentenças proferidas em processos gerados pela propositura de “ações”, sem que tenham sido preenchidas as condições de seu exercício. Em outras palavras, para nós, se o autor não preenche as condições da ação, a sentença de mérito proferida neste contexto é juridicamente inexistente. Como em casos assim inexistente ação, considera-se que o que se terá exercido terá sido, em verdade, o direito de petição.⁷⁶

Considerando que as condições da ação, na sistemática do CPC/73 são: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir, faltando algumas delas, a sentença não teria aptidão para transitar em julgado. É o que ocorre quando a sentença ofende a Constituição. Quando a decisão de mérito definitiva viola preceito constitucional ela não pode subsistir, pois faltou à parte interesse de agir, bem como possibilidade jurídica do pedido.

Teresa Wambier e Medina, mencionando Humberto Theodoro Jr. na sua obra “A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle”, ponderam que:

⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 26/27.

⁷⁶ Ibid. p. 31.

O mesmo raciocínio que aponta vigorosamente para a solução no sentido de se considerar que não ocorre a coisa julgada pode-se fazer no caso de faltar à parte interesse de agir, outra das condições da ação, especialmente no que tange à hipótese mencionada por Humberto Theodoro Jr. como sendo a que chamou sua atenção para a impossibilidade de subsistência, apesar de passado o prazo para a ação rescisória, de sentenças que ofendem a Constituição Federal.⁷⁷

Segundo Frederico Marques, o interesse de agir está presente quando o pedido é cabível, quando a pretensão é razoável e viável.

Existe interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido. Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável, uma vez que a pretensão ajuizada deve ter fundamento razoável e ser viável.⁷⁸

Ora, se a lide se baseia em norma considerada inconstitucional, é forçoso se concluir que a providência jurisdicional invocada não era cabível à situação concreta da lide, de tal forma que o pedido invocado ao Judiciário não traduzira formulação adequada à satisfação do direito. Não se pode considerar que havia pretensão objetivamente razoável e viável. Eis, pois que não se pode considerar que houve interesse de agir.

Há, porém quem defenda que o caso se amolda melhor à ausência de possibilidade jurídica do pedido. No tocante à possibilidade jurídica do pedido, tem-se que o pedido deve estar em consonância com o ordenamento jurídico, pois deve ser certo, regular e possível. Disso decorre que ninguém pode invocar a tutela jurisdicional formulando pedido não admitido no direito objetivo, ou por este proibido.

Nesse sentido:

Pensamos também que as sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais, são sentenças que não transitam em julgado porque foram proferidas em processos instaurados por meio de mero direito de petição e

⁷⁷ Ibid. p. 34.

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Saraiva, 1974, v. 1, p. 157/158.

não de direito de ação já que não havia possibilidade jurídica do pedido.⁷⁹

Aqui vale uma observação a respeito do CPC/2015. Não há mais menção à possibilidade jurídica do pedido como hipótese que leva a uma decisão de inadmissibilidade do processo, isto é, como condição da ação. Consagra-se o entendimento, praticamente unânime, de que a impossibilidade jurídica do pedido é causa de decisão de mérito e não de inadmissibilidade do processo.

Mantidas apenas duas das condições da ação, interesse e legitimidade, o legislador deixou de lado a possibilidade jurídica do pedido muito criticada pela doutrina. Na verdade, a sua classificação como condição da ação é que sempre foi criticada, porque, a rigor, trata-se de um aspecto do próprio mérito.⁸⁰

Ivo Dantas entende da mesma forma pela inexistência de decisões que violam a Constituição, não havendo sequer que se falar em trânsito em julgado nesses casos. No seu artigo intitulado “Coisa Julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência”, afirma que:

Se a inconstitucionalidade significa inexistência da lei e/ou ato, não se poderá falar em coisa julgada por encontrar-se fundamentada em algo que não existe. A expressão Coisa Julgada Inconstitucional, neste caso, a rigor, seria utilizada mesmo reconhecendo-se a contradição intrínseca que representa. Teria, possivelmente um sentido mais retórico, que científico.⁸¹

E continua:

(...) não há de falar neste caso em atendado à segurança jurídica, vez que esta não se poderá assentar no nada, no inexistente. (...) Lei ou ato eivados de inconstitucionalidade, não geram direitos e nem deveres, pelo que o ato judicial

⁷⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. p. 39.

⁸⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 80.

⁸¹ DANTAS, Ivo. **Coisa Julgada Inconstitucional: declaração judicial de inexistência**. Publicada na Revista Fórum Administrativo. p. 588 et seq., maio 2002.

inconstitucional não faz coisa julgada, da mesma forma que não faz ato jurídico perfeito ou direito adquirido.⁸²

Destarte, conclui-se que a norma jurídica tida posteriormente como inconstitucional é inexistente, inapta a produzir coisa julgada. É simplesmente um fato jurídico, cujos efeitos devem ser mantidos em algumas hipóteses em que a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade se impõe, nos termos da Lei nº 9.868/99. Todavia, prevalece que a desconstituição da decisão definitiva baseada em inconstitucionalidade não é automática, devendo a parte interessada usar de instrumentos processuais cabíveis. É o que será tratado a seguir.

2.6. Instrumentos processuais de controle:

Conquanto se defenda que por ser a sentença inconstitucional inapta a produzir coisa julgada, portanto, tecnicamente não se haveria o que ser relativizado, apenas declarada a sua inexistência, é certo que na prática não é automático o afastamento destas decisões.

Nesse sentido:

Sendo a coisa julgada calcada em norma inconstitucional, não se há de falar em relativização ou flexibilização da coisa julgada inconstitucional, razão pela qual os meios processuais utilizáveis para a sua impugnação apenas irão reconhecer, através de novo pronunciamento, que a decisão rescindenda, juridicamente, nunca existiu, por estar calcada em inconstitucionalidade. Na prática, contudo, sem a rescisão, e como dito por Pontes de Miranda, “a eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível”.⁸³

Também ponderando sobre a impugnabilidade nesses casos:

Como não se compreende mais, nem se aceita mais com tranquilidade na comunidade jurídica, que o processo gera resultados descoincidentes com a realidade dos fatos, vem esboçando-se esta tendência no sentido de, praticamente, desconsiderar a existência da coisa julgada em determinadas situações excepcionais. Pensamos, todavia, que, antes de se optar por esta solução, se procurem saídas oferecidas pelo

⁸² Ibid. p. 588 et seq.

⁸³ Ibid. p. 588 et seq.

próprio sistema em vigor, a que se pode chegar pela via interpretativa.⁸⁴

Em nosso ordenamento jurídico há uma série de instrumentos aceitos como aptos a relativizar a decisão fundada em sentença (em sentido lato) inconstitucional, evitando que sentenças juridicamente inexistentes produzam efeitos, alguns deles demandando uma reinterpretação como se verá nos próximos subcapítulos.

2.6.1. Ação Rescisória:

A ação rescisória é o instrumento processual por excelência destinado à rescindir decisões de mérito transitadas em julgado nos casos específicos previstos na lei (art. 485 do CPC/73). Tem natureza jurídica de ação e é uma espécie de impugnação de decisão que se desenvolve em processo distinto daquele no qual a decisão rescindenda foi proferida e, por tal motivo, é também comumente chamada de ação autônoma de impugnação.

Diante da necessidade de a decisão impugnada resolver o mérito da demanda, é correta a conclusão de que a ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação que busca desconstituir decisões judiciais que tenham gerado coisa julgada material, daí ser considerada uma excepcional hipótese, legalmente prevista, de “relativização da coisa julgada”. No eterno conflito entre dois essenciais valores de nosso sistema processual, o legislador, ao prever, ainda que de forma excepcional, a ação rescisória, dá uma derradeira chance à justiça em detrimento da segurança jurídica. É possível tratar a ação rescisória como último suspiro de justiça no sistema processual pátrio.⁸⁵

Também definindo a ação rescisória:

A ação rescisória é meio tradicional de que dispõe as partes, terceiros interessados e o Ministério Público para, em casos excepcionais, impugnar sentenças (no sentido lato) de mérito, que já tenham transitado em julgado. Tem natureza jurídica de ação constitutiva negativa, que produz, portanto, uma sentença desconstitutiva, quando julgada procedente.⁸⁶

⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. 307.

⁸⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 784.

⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 309/310.

A competência para o seu julgamento é originária de Tribunal e tem legitimidade para propô-la quem foi parte no processo (ou seu sucessor a título universal ou singular), o Ministério Público, bem como terceiro juridicamente interessado, de acordo com o art. 487 do CPC/73. O prazo para a sua propositura é de dois anos a contar do trânsito em julgado, consoante art. 495 do CPC/73.

Existem, todavia, decisões de mérito que não são impugnáveis por meio da ação rescisória. São elas: acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade ou em ação declaratória de constitucionalidade (art. 26 da Lei 9.868/99); acórdão proferido em arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 12 da Lei 9.882/99); e decisões proferidas nos Juizados Especiais (art. 59 da Lei 9.099/95).

As hipóteses de cabimento estão elencadas nos incisos do art. 485 do CPC/73. De acordo com o inciso I, caberá ação rescisória se a sentença de mérito transitada em julgado for proferida por juiz em relação a quem tenha havido prevaricação, concussão ou corrupção.

Já o inciso II trata das hipóteses de impedimento do juiz e incompetência absoluta do juízo. Nesses casos, por estarem ausentes pressupostos processuais de validade, a rescindibilidade do julgado é permitida.

O segundo inciso do art. 485 diz respeito a dois pressupostos processuais de validade. Como se sabe, para que o processo se instaure, é necessário que haja alguns pressupostos processuais tidos pela doutrina como sendo de existência; e para que um processo se instaure validamente, é necessário sejam preenchidos alguns requisitos a que a doutrina costuma chamar de pressupostos processuais de validade. Entre esses últimos estão a imparcialidade do juiz e a competência absoluta. Ausentes estes pressupostos de validade, tem-se, por consequência, processo nulo e a sentença é nula.⁸⁷

Frise-se que para efeito de rescindibilidade da sentença/acórdão, deve-se considerar exclusivamente o impedimento, afastando-se a hipótese de suspeição; bem como somente a competência absoluta, afastando igualmente a competência relativa. Isto porque nestes casos excluídos não há nulidade, já que não questionado o vício em momento processual oportuno o vício é considerado convalidado.

Sobre isso:

⁸⁷ Ibid. p. 312.

Por que a incompetência relativa e a suspeição ficam de fora? Porque, havendo suspeição ou incompetência relativa, não haverá nulidade. Porque quando o juízo é relativamente incompetente, as partes se calam, o juiz não pode alegar a incompetência relativa de ofício. Sana-se o defeito. Ocorre o fenômeno que se costuma chamar de prorrogação da competência. (...) O mesmo fenômeno ocorre com a suspeição: mesmo que o juiz seja suspeito, se as partes não alegarem essa suspeição e o juiz proferir sentença, estará sanado o vício. Não terá havido defeito suficientemente grave no processo, a ponto de contaminar a sentença.⁸⁸

Relevante observar que quando se trata de acórdão é necessário que o voto do juiz impedido tenha influído no teor do acórdão para que seja cabível a ação rescisória. Ou seja, se o voto do juiz impedido for, por exemplo, um voto vencido, o acórdão não será rescindível.

A rescisão de sentença/acórdão também é viável quando houver dolo da parte vencedora ou colusão entre as partes, é o que prevê o inciso III. Tal dolo deve ser sempre do vencedor da ação e ainda deve restar configurado um nexo de causalidade entre o dolo e o teor da decisão proferida e que se pretende rescindir.

A ofensa à coisa julgada também configura hipótese de rescisão da decisão pela via da ação rescisória. É o que ocorre quando proferida decisão sobre questão já decidida pelo Judiciário. Ocorrendo isso a segunda decisão é rescindível, todavia, se transcorre o prazo bienal da rescisória surge questão controvertida acerca de qual delas deve prevalecer. Há quem sustente que é a segunda que deve ser considerada aplicável e há aqueles que defendem que é a primeira que deve prevalecer, o que parece mais correto pelas razões a seguir expostas:

Suponha-se o seguinte: há coisa julgada sobre determinada matéria, e se constitui outra coisa julgada, posteriormente, sobre a mesma matéria e se escoa o biênio decadencial dentro do qual teria havido possibilidade de se entrar com a rescisória. Subsistindo ambas, já que não há mais a possibilidade de a segunda ser rescindida por já ter esgotado o prazo, qual das duas prevalece? A doutrina se divide. Há quem sustente que vale a segunda coisa julgada, pois se trataria de fenômeno análogo àquele que ocorre com a lei que revoga a anterior. (...) Não é esta a opinião que prevalece. Muitos sustentam que é a primeira coisa julgada que tem

⁸⁸ Ibid. p. 313.

valor, e não a segunda. O argumento definitivo em prol desta posição é de índole constitucional. A lei, até a própria lei, retroagirá, desde que não ofenda direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito. Quer dizer que, se a própria lei não pode ofender a coisa julgada, que dirá outra coisa julgada!⁸⁹

Há ainda uma terceira posição a respeito, consubstanciada no entendimento de que certas sentenças sequer têm aptidão de formar coisa julgada. Para esta corrente, sequer haveria a segunda coisa julgada, pois faltaria no caso condição da ação, qual seja, interesse de agir, o que, segundo esta tese já abordada em itens anteriores, impediria a formação da *res iudicata*.

Pode-se ainda sustentar outra posição, que é a que, a nosso ver, estaria mais correta, no sentido de que, rigorosamente, não haveria a segunda coisa julgada, já que esta nunca teria chegado a se formar, porque, para a segunda ação, faltaria à parte interesse de agir. Já afirmamos, em outro estudo, que a ausência das condições da ação impede que se opere a coisa julgada sobre a sentença de mérito.⁹⁰

Sobre esse assunto há divergências também nos Tribunais. Em recentes informativos (557 e 565) tratando do tema é possível verificar a controvérsia gerada. A terceira turma do STJ é adepta da corrente que defende a inexistência da segunda coisa julgada por falta de condição da ação. Já a segunda turma do mesmo Tribunal Superior, defende a prevalência da segunda coisa julgada, a não ser que ela seja rescindida por ação rescisória.⁹¹

A falsidade da prova é outra hipótese que pode ensejar o ajuizamento de ação rescisória. A rescisão se dá na medida em que a sentença se tenha baseado em prova falsa, ou seja, a sentença pode ser apenas parcialmente rescindida, porquanto só parcialmente viciada, apenas na parte influenciada pela prova falsa.

O inciso VII do art. 485 prevê que a sentença/acordão poderá ser rescindido caso a parte interessada tome conhecimento da existência de um documento novo, cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso e que seja capaz de assegurar um pronunciamento favorável, diverso daquele obtido no primeiro processo. Trata-se

⁸⁹ Ibid. p. 314/315.

⁹⁰ Ibid. p. 315.

⁹¹ STJ. 3ª turma. REsp. 1.354.225-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 24/02/2015 (Info 557); STJ. 2ª turma. REsp. 1.524.123-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 26/05/2015 (Info 565).

de hipótese de rescisão em que a decisão não apresenta qualquer tipo de vício, por isso é chamada de sentença “meramente rescindível”.

Vê-se que o legislador deu predileção pela prova documental, não mencionando os demais meios de prova. Nitidamente a vontade foi excluir a prova testemunhal que é dotada de incertezas, mas qual a razão de excluir a prova testemunhal que tem grau de certeza tanto quanto a documental, ou até mais? Para Moacyr Lobo da Costa “a palavra documento deve ser entendida em senso lato, compreensivo de qualquer prova real, mesmo crítica, pois que a *ratio legis* é certamente de excluir somente a prova testemunhal.”⁹² Assim, parece aceitável concluir que se prova documental nova é aceita, como mais razão ainda seria aceita prova pericial nova que não existia ou que por alguma razão justificável não possa ter sido utilizada.

Por sua vez, diz o inciso VIII do mesmo dispositivo, que a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida quando houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação em que tenha se baseado a sentença. Quanto à confissão, a decisão poderá ser invalidada se ela for a prova principal em que tenha se baseado o *decisum*. Quanto à desistência, é possível defender que houve erro por parte do legislador ao prever esta hipótese de rescisão, tendo em vista que a desistência gera extinção do processo sem resolução do mérito, não fazendo coisa julgada material, pelo o que se aduz que na verdade deveria ter constado da lei a hipótese de renúncia ao direito.

Nesse sentido:

Com relação à segunda parte desse mesmo inciso, parece que não há outro remédio, senão dizer que, realmente, o legislador errou. Desistência da ação é instituto que, segundo o próprio Código (art. 267) leva à extinção do processo sem resolução de mérito. Ora, se a ação rescisória só é cabível de sentenças transitadas em julgado, e se só fazem coisa julgada sentenças de mérito, é evidente que, quando o legislador, no inciso VIII se refere à desistência, se terá querido referir à renúncia do direito sobre o qual se funda a pretensão, esta sim, que, segundo o art. 269, gera sentença de mérito.⁹³

⁹² COSTA, Moacyr Lobo da. **Rescisória por descoberta de documento novo**. In: GRINOVER, Ada Pelegri et al. **Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 256.

⁹³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 317/318.

Quanto à transação, prevista no mesmo inciso, esta sim gera sentença de mérito, mas é passível de suscitar dúvida entre o cabimento da rescisória ou de ação anulatória de sentença homologatória (art. 486 do CPC/73).

Pacificando a questão:

Esta parte do inciso gera dúvida sobre o cabimento de ação rescisória ou ação anulatória de sentença homologatória de transação. Pensamos que a ação rescisória somente será cabível quando a sentença decide com base na transação; quando, diversamente, o juiz apenas homologa a transação realizada pelas partes, sem manifestar-se sobre a procedência ou improcedência do pedido cabível será a ação anulatória referida no art. 486 do CPC.⁹⁴

O inciso IX do art. 485, por sua vez, trata do erro de fato. A interpretação a ser dada a este inciso é a de que cabe rescisória quando a sentença resultar de erro que seja verificável do mero exame dos autos do processo.

Por fim, o inciso V, que é o que mais interessa a esta pesquisa, dispõe ser cabível ação rescisória quando a decisão rescindenda tenha sido proferida violando literal disposição de lei. Aqui estão abrangidas tanto leis processuais quanto materiais.

As leis processuais violadas que dão ensejo à ação rescisória são aquelas que geram nulidades absolutas, que podem ser arguidas a qualquer momento e conhecidas de ofício pelo juiz, e que não tenham sido corrigidas ao longo do processo.

Quando se tratar de infração à lei processual, a dúvida que surge é a seguinte: qualquer infração à lei processual, desde que literal, dá origem a ação rescisória? Ao que se responde, intuitivamente: não. (...) Quando se analisam as possíveis infrações à lei que poderiam dar origem à rescisória, percebe-se que todas elas se constituem numa só categoria. Esta categoria é a das nulidades absolutas, que, apesar das oportunidades que tenham tido lugar no processo, não se tenham corrigido, tendo permanecido o vício.⁹⁵

Outras normas processuais violadas que ensejam a rescisão da decisão são aquelas que digam respeito à própria sentença, ou seja, configurem vícios de fundamentação ou de extensão da decisão. “A fundamentação na sentença pode ser ausente, insuficiente ou inadequada. Esses três vícios se reduzem à ausência de

⁹⁴ Ibid. p. 318.

⁹⁵ Ibid. p. 322/323.

fundamentação”.⁹⁶ Já quanto à extensão do decisório, como cediço, a sentença deve se ater ao quanto for pedido, não concedendo além do que for requerido e tampouco deixando de analisar o quanto pleiteado, evitando que a sentença seja *ultra*, *extra* ou *infra petita*, ou seja que julgue além, fora ou menos do que o pedido. Vale mencionar que “a jurisprudência tem, com razão, temperado de maneira acentuada a possibilidade de se desconstituírem as sentenças *ultra petita*, reduzindo-se ao pedido e não anulando-as ou rescindindo-as.”⁹⁷

Importante ressaltar ainda que a violação a princípios também permite o ajuizamento de ação rescisória. Os princípios também são normas no ordenamento jurídico importantes no exercício da jurisdição. Constituem, de acordo com a classificação e teoria de Robert Alexy, normas, assim como as regras, mas com estas não se confundem, sendo os princípios verdadeiros “mandamentos de otimização”.

Nas palavras de Alexy:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁹⁸

Teresa Arruda Alvim Wambier e Medina considerando o cabimento da rescisória em caso de violação a princípio pela decisão rescindenda:

(...) esses princípios incorporam valores, pelos quais terá optado a sociedade e integram o sistema jurídico. São relevantes pois consistem em “normas fundantes”, são

⁹⁶ Ibid. p. 324.

⁹⁷ Ibid. p. 324.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 2ª edição, p. 90/91.

genericamente formulados e não dizem respeito a uma situação específica. Dão coesão ao sistema jurídico e fazem com que esse tenda à harmonia. (...) O desrespeito a um princípio é, potencialmente, muito mais danoso ao sistema do que a ofensa a um dispositivo legal isolado. Logo, a ofensa a princípios também deve ensejar ação rescisória com base no art. 485, V. (...) Se o juiz está autorizado pelo sistema a decidir com base em princípios, fazendo-o equivocadamente, esta situação deve poder ser corrigida por ação rescisória.⁹⁹

Destarte, se se consegue demonstrar que a incidência de princípio que deveria ter sido aplicado ao caso, ou, por outro lado, o seu afastamento em situação na qual deveria ter sido observado, levando à decisão diversa da que deveria ter sido proferida, não há como deixar de equiparar esta situação à ofensa à lei, para efeito de considerar cabível a rescisão pela via da ação rescisória.

É com base neste inciso que se defende a possibilidade de utilização da ação rescisória como instrumento processual aceito para desconstituir decisões inconstitucionais. A questão central é saber se é possível admitir a ação rescisória contra decisão que aplicou determinada orientação constitucional que, posteriormente, vem a ser modificada pelos Tribunais.

Tal situação é disciplinada pela Súmula 343 do STF, cuja aceitabilidade e aplicabilidade é bastante criticada na doutrina, e que diz que se no momento da aplicação de determinada norma jurídica havia divergência sobre a interpretação, não será admitida ação rescisória contra tal decisão, devendo o prejudicado se contentar com a “interpretação razoável” do preceito, ainda que não seja o melhor. Isto é, o espírito da mencionada Súmula é o de que se há determinada controvérsia quanto a questão de direito não se pode dizer que há propriamente violação literal à lei, afastando a hipótese de rescisão do julgado. Todavia, tal Súmula é extremamente criticada, e já se pacificou o entendimento de que ela não tem aplicação quando se trata de violação à Constituição.

Não obstante o texto do verbete não faça distinção ente normas de índole federal e constitucional, a jurisprudência atual consolidou-se no sentido de entender não ser ele aplicável para normas constitucionais, restringindo-se apenas às normas infraconstitucionais. O argumento principal para tal diferenciação reside na ideia de que a interpretação da

⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 325.

Constituição seria uma só, não admitindo, pois, uma “interpretação razoável” acerca de dispositivo constitucional, cuja exegese deve ser sempre a melhor e mais precisa, até porque irradia reflexos e influencia todo o ordenamento.¹⁰⁰

O próprio Supremo Tribunal Federal assentou não ser aplicável a Súmula 343 se a divergência se refere à interpretação do texto constitucional.

No julgamento do RE 328812/AM, considerou-se admissível a ação rescisória quando, embora à época da sentença rescindenda existisse controvérsia acerca da interpretação da norma constitucional, a superveniente jurisprudência do Superior Tribunal Federal firmou-se no sentido contrário à conclusão que passou em julgado.¹⁰¹

Neste citado Recurso Extraordinário, o r. Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, considerou que:

A violação à norma constitucional, para fins de admissibilidade de rescisória, é sem dúvida algo mais grave que a violação à lei. Isto já havia sido intuído por Pontes de Miranda ao discorrer especificamente sobre a hipótese de rescisória hoje descrita no art. 485, inciso V, do CPC. Sobre a violação à Constituição como pressuposto para a rescisória, dizia Pontes que “o direito constitucional é direito, como os outros ramos; não o é menos; em certo sentido, é ainda mais. Rescindíveis são as sentenças que o violam, quer se trate de sentenças das Justiças locais, quer de sentenças dos Tribunais federais, inclusive as decisões unânimes do Supremo Tribunal Federal”. (cit. p. 222).

De fato, negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo importa, a rigor, em admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa. Sim, pois aqui a afronta se dirige a uma interpretação que pode ser tomada como a própria interpretação constitucional realizada.¹⁰²

¹⁰⁰ LIMA, Lucas Rister de Sousa. **Rescisória por alteração da jurisprudência e violação à Súmula vinculante (e outras decisões vinculantes)**. In. AURELLI, Arlete Ines (Coord.); Op. cit., p. 887.

¹⁰¹ THEODORO JUNIOR, 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 (Org.). Op. cit. p. 174.

¹⁰² RE 328812 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-04 PP-00748 RTJ VOL-00204-03 PP-01294 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 255-284.

Assim, considerando-se a finalidade e os objetivos da rescisória, deve-se entender como amplamente cabível a rescisória para desconstituição da coisa julgada inconstitucional. Há até quem sustente que nesta hipótese de cabimento o prazo bienal deveria ser desconsiderado frente a gravidade do vício, não sendo, todavia, o que prevalece.

Teresa Arruda Alvim Wambier e Medina tratando da desconsideração da coisa julgada fundada em inconstitucionalidade ponderam que o instrumento processual a ser utilizado deve ser um dos oferecidos pelo sistema processual, o que inclui a rescisória, e defendem uma reinterpretação, uma reavaliação da ação rescisória para tanto.

(...) antes de se optar por esta solução, se procurem saídas oferecidas pela próprio sistema em vigor, a que se pode chegar pela via interpretativa. Uma delas, sem dúvida alguma, é reavaliar o instituto da ação rescisória e a postura da doutrina tradicional em relação às hipóteses de cabimento desta medida. Evidentemente, dar adequada abrangência às hipóteses de cabimento da ação rescisória é um passo necessário e obviamente anterior a que se parta para uma solução que, em si mesma, dificilmente se harmonizaria com o sistema, em que se vê e em que percebe claramente prestigiado o princípio da segurança jurídica. É o que ocorre, por exemplo, no caso de sentença que viola princípio jurídico.¹⁰³

Tratando do prazo da rescisória:

É intensa entre nós a discussão sobre a chamada coisa julgada inconstitucional decorrente da sentença transitada em julgado desenvolvida com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, ou em interpretação tida como incompatível com a Constituição. Essa sentença poderá ser superada mediante a forma tradicional da ação rescisória, especialmente daquela prevista no art. 485, V, do Código de Processo Civil. É verdade, porém, que a própria ação rescisória tem limites temporais explícitos, que, no nosso caso, é de dois anos a partir do trânsito em julgado (CPC, art. 495). (...) Uma das tentativas de superar essa situação traduziu-se na ampliação do prazo da rescisória. Ela revelou-

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 308.

se, porém, ineficaz, diante das censuras colhidas no Supremo Tribunal Federal.¹⁰⁴

O acórdão a seguir demonstra a aceitabilidade da ação rescisória nestes casos pelo STF, mas tão somente dentro do prazo decadencial:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015).

Por todo o exposto, vê-se que um dos instrumentos possíveis para o afastamento da coisa julgada inconstitucional, é sem dúvida, a ação rescisória. Todavia, este remédio apresenta limite temporal que inviabiliza o seu uso após transcorrido o prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão, mas essa

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 87.

limitação não impede a relativização de casos de decisões inconstitucionais abarcada pela autoridade da coisa julgada, pois existem outros instrumentos hábeis que podem ser utilizados com o mesmo fim e que serão analisados nos itens seguintes.

Ademais, há uma tese que defende não ser a ação rescisória o instrumento mais adequado para extirpar a coisa julgada inconstitucional do ordenamento jurídico, mas sim a *querela nullitatis insabilibis*, por se tratar de vício de inexistência, como se explicará mais adiante (item 2.6.3).

2.6.2. Embargos à execução e impugnação ao cumprimento de sentença:

A Lei nº 11.232/2005 conferiu redação ao art. 475-L que prevê as hipóteses de cabimento de impugnação ao cumprimento de sentença. Dentre elas destaca-se a hipótese de inexigibilidade do título, o que, de acordo com a previsão trazida pelo parágrafo único, abarca título judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo STF. O mesmo ocorre com o art. 741, parágrafo único, do CPC, em relação aos embargos contra a Fazenda Pública.

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º 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.** (grifado)

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença;

VII - incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Parágrafo único. 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.** (grifado)

Tratam-se de preceitos normativos que visam harmonizar o fenômeno processual da coisa julgada com o primado da Constituição, agregando ao sistema mecanismos processuais com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais.

A existência destes dispositivos, introduzidos pela Medida Provisória nº 2180-35/2001 e com redação dada pela Lei nº 11.232/2005 gerou divergências na doutrina e na jurisprudência em relação ao seu alcance. Por um lado, há aqueles mais conservadores que defendem a inconstitucionalidade de tal previsão legal em vista da ofensa à coisa julgada. De outra parte, há quem dê prevalência máxima à supremacia da Constituição considerando como inconstitucional, e, por conseguinte, não sujeita à execução, qualquer sentença inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade tenha sido pronunciada.

Humberto Theodoro Júnior é defensor dessa corrente mais liberal, aduzindo que mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo, quanto à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no qual tenha se fundado a decisão, é possível ao magistrado reconhecer a inexigibilidade do título:

A inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial. Decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição. O STF apenas reconhece abstratamente e com efeito *erga omnes* na ação direta especial. Sem esta declaração, contudo, a invalidade do ato já existe e se impõe a reconhecimento do Judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis com a Carta Magna. A manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, ou seja, a sentença dispendo contra o preceito magno afastará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a *res judicata*, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente. A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema do controle difuso vigente no Brasil, todo o juiz, ao decidir

qualquer processo, se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. **No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado.**¹⁰⁵
(grifado)

De maneira mais ponderada, há aqueles que, reconhecendo a constitucionalidade dos mencionados dispositivos, buscam dar a eles alcance compatível com o seu texto.

Sobre essa posição:

Entre as duas citadas correntes (...) estão os doutrinadores que, reconhecendo a constitucionalidade do dispositivo, buscam dar-lhe o alcance compatível com o seu enunciado. Mesmo entre esses, todavia, há divergências. Há quem sustenta que a inexigibilidade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que (a) houver precedente do STF (b) em controle concentrado de constitucionalidade (c) declarando (ainda que sem redução do texto) a inconstitucionalidade do preceito normativo aplicado pela sentença exequenda. E há quem vê no texto normativo um domínio maior, abarcando não apenas as situações referidas, mas também (a) quando a sentença exequenda der aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado; e também (b) quando a sentença exequenda nega aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF, em controle concentrado.¹⁰⁶

Vê-se que tais correntes embasam a sua tese com base na eficácia subjetiva das decisões em controle de constitucionalidade, só admitindo o cabimento de embargos rescisórios nos casos em que o precedente do STF tenha eficácia *erga omnes*, direta (em ações de controle concentrado) ou indireta (por via de resolução do Senado).

Forçoso ainda considerar que tais previsões legais, ora examinadas, não têm o condão de solucionar, por inteiro, todas as situações de sentenças inconstitucionais.

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 94/95, jan./jun. 2004.

¹⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 339.

Isso porque a sentença pode estar eivada de inconstitucionalidade em várias situações, que vão além das que resultam do controle de constitucionalidade.

A sentença é inconstitucional não apenas (a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou uma situação tidos por inconstitucionais), mas também quando, por exemplo, (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, ou (c) aplica norma constitucional considerada não autoaplicável, ou (d) deixa de aplicar norma constitucional autoaplicável, e assim por diante. Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à supremacia da Constituição, e o controle dessa supremacia, pelo Supremo, é exercido em toda a amplitude da jurisdição constitucional, da qual a fiscalização da constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.¹⁰⁷

A solução oferecida pelos arts. 475-L e 741 é, portanto, para situações especiais quando houver reconhecimento da inconstitucionalidade pelo Tribunal guardião da Constituição, ou houver aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Sobre isso trata Teori Zavascki:

Para estabelecer, mediante exegese específica, o conteúdo e o alcance desse instrumento, duas premissas essenciais devem ser consideradas: (a) a de que ele não tem aplicação universal a todas as sentenças inconstitucionais, restringindo-se às fundadas num vício específico de inconstitucionalidade; (b) a de que esse vício específico tem com nota característica a de ter sido reconhecida em precedente do STF.¹⁰⁸

E continua:

São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do mecanismo: (a) aplicação de lei inconstitucional; ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) tido como inconstitucional. Há um elemento comum às três hipóteses: o da inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença. O que as diferencia é, apenas, a técnica utilizada para o

¹⁰⁷ Ibid. p. 340.

¹⁰⁸ Ibid. p. 340.

reconhecimento dessa inconstitucionalidade. No primeiro caso (aplicação de lei inconstitucional) supõe-se a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto. No segundo (aplicação da lei em situação tida por inconstitucional), supõe-se a técnica da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. E no terceiro (aplicação de lei com um sentido inconstitucional) supõe-se a técnica da interpretação conforme a Constituição.¹⁰⁹

Com estas possibilidades de inexigibilidade de título executivo, foi alargado o campo de rescindibilidade das sentenças ao se estabelecer que sendo elas inconstitucionais e contrárias a precedentes do STF, ficam sujeitas à rescisão pela via dos embargos ou da impugnação ao cumprimento de sentença, dispensando a ação rescisória. A existência de precedente do STF, representa, portanto, o diferencial indispensável a essa forma de rescisão do julgado.

Pouco importa a época em que o precedente foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, distinção que a lei não estabelece.

A tese de que somente se poderia considerar, para esse efeito, os precedentes supervenientes à sentença exequenda não é compatível com o desiderato de valorizar a jurisprudência do Supremo. Se o precedente já existia à época da sentença, fica demonstrado, com mais evidência, o desrespeito à sua autoridade.¹¹⁰

Outrossim, não há relevância se o precedente tenha se exarado de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.

É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo, sendo de anotar que, de qualquer sorte, não seria cabível resolução do Senado na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e na que decorre da interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão

¹⁰⁹ Ibid. p. 341.

¹¹⁰ Ibid. p. 346.

judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada sem função do procedimento em que se manifesta.¹¹¹

Deve-se considerar ainda, nesse caso de rescindibilidade de sentenças inconstitucionais, a questão de direito intertemporal. É certo que sendo os arts. 475-L e 741 do CPC normas processuais, eles têm aplicabilidade imediata, alcançando os processos em curso quando da sua entrada em vigor. Considerando que foram introduzidos pela Medida Provisória 2.180-35 de 24.08.2001, puderam ser empregados daí em diante, não tendo aplicação retroativa, já que submetidos à regra do art. 5º, XXXVI, da Constituição. Dessa forma, forçoso reconhecer também que não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos e da impugnação relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.

Assim, em vista do explanado, a possibilidade de uso de impugnação no caso de cumprimento de sentença e ou de embargos à execução não afasta a necessidade de, eventualmente, trilhar outros caminhos na busca da desconstituição da coisa julgada constitucional.

2.6.3. Ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis insanabilis*)

A *querela nullitatis insanabilis* nada mais é do que uma ação declaratória de inexistência. Mostra-se como o instrumento processual adequado para retirar do mundo jurídico sentenças que sejam fruto de ato processual inexistente, ante a ausência de um (ou alguns) dos pressupostos de existência do processo.

Como cediço, antes de analisar o mérito cabe ao juiz verificar a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, ou seja, deve ele analisar se o caminho percorrido pelo processo foi regular. Portanto, ao proferir a sentença o magistrado examinará, em primeiro lugar, o preenchimento dos pressupostos processuais e então o preenchimento das condições da ação. Os pressupostos processuais se dividem em pressupostos de existência e de validade, os primeiros não se convalidam, os segundos sim.

Alguns requisitos são de importância tão grande que a sua não observância implicará a própria inexistência do processo.

¹¹¹ Ibid. p. 346.

Outros não chegam a afetar a existência, mas a validade. Os primeiros são pressupostos processuais de existência, e os segundos, de validade. (...) É preciso distinguir entre uns e outros, porque no processo civil até as nulidades se sanam a partir de um certo momento. Por exemplo, uma sentença nula, porque proferida por juízo incompetente, produzirá efeitos como se válida fosse e não mais poderá ser rescindida se o prazo para o ajuizamento da ação rescisória tiver sido superado *in albis*. Portanto, com o transcurso do prazo para a ação rescisória, as nulidades processuais sanam-se, e o ato processual inválido se convalesce. O mesmo não ocorre com a inexistência. (...) O ato processual inexistente não passa a existir apenas porque transcorreu o prazo para a ação rescisória ou outro qualquer. (...) A inexistência não se convalesce. A qualquer tempo, mesmo que superado o prazo para a propositura da ação rescisória, o interessado poderá postular a declaração judicial de inexistência, por meio de ação própria, que correrá em primeira instância.¹¹²

Destarte, são considerados pressuposto de existência: jurisdição (os atos processuais são considerados inexistentes quando praticados por aqueles que não estiverem investidos da função jurisdicional); demanda (a jurisdição é inerte, sem o aforamento da demanda não há que se falar em processo); capacidade postulatória; citação, já que enquanto o réu não é citado não há em relação a ele processo e é irrelevante se ela não se aperfeiçoou ou se realizou de forma regular não tomando o réu conhecimento do processo em face dele movido.

Mas este rol não é taxativo, há outros pressupostos cuja ausência acarreta a inexistência do ato. São casos em que os requisitos mínimos para o reconhecimento da sua existência não estão preenchidos, como no caso de ausência de condição da ação (cf. abordado no item 2.5).

Como lá explanado, a sentença viciada com inconstitucionalidade pode ser considerada inexistente, já que lhe faltava condição da ação consubstanciada na impossibilidade jurídica do pedido, e, assim, inapta a transitar em julgado. Diante desse quadro, o instrumento processual adequado para a sua desconstituição seria a *querela nullitatis* ou *actio nulitatis*, já que a ação rescisória demanda o trânsito em julgado de decisão de mérito, ou seja, que o ato seja existente.

Em outras palavras, a ação rescisória não seria apta a lidar com as sentenças inexistentes. Isto porque esta ação tem natureza desconstitutiva – e a inexistência de uma sentença precisa ser declarada por meio de uma ação própria. Este é o escopo da

¹¹² GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Op. cit., p.106/107.

querela nullitatis. Ressalte-se, novamente, que para que um ato seja rescindido, ele deve existir, se ele não existe imperioso o reconhecimento do cabimento da *querela nullitatis insanabilis*.

É certo que, apesar de inexistentes, tais atos produzirão seus efeitos enquanto não forem retirados do mundo jurídico. Assim, se mostra necessária a utilização de via processual autônoma, que vise denunciar vícios de inexistência.

Sobre o cabimento da *querela*:

(...) o sistema processual pode oferecer instrumentos hábeis a afastar a injustiça de determinadas decisões judiciais já transitadas em julgado e insusceptíveis de serem objeto de ação rescisória. A ampliação do âmbito das ações declaratórias, que não se submetem ao prazo decadencial bienal, como a *querela nullitatis insanabilis* ressuscitada pela doutrina, bem como das hipóteses em que ocorre erro material sempre que manifesta a incompatibilidade do decidido com a realidade dos fatos provados e do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, quando este colide frontalmente com normas e princípios vigentes no sistema ou quando a sua causa de pedir for flagrantemente ilícita, poderá, se conveniente e dosimetricamente aplicada, reduzir, enquanto não se adota uma disciplina expressa da matéria, o número de decisões judiciais em desarmonia com o valor Justiça.¹¹³

Para Teresa Arruda Alvim Wambier e Medina, diante da gravidade do vício que enseja os atos inexistentes, maiores formalidades processuais devem ser dispensadas, sendo cabível não apenas a *querela*, mas qualquer ação capaz de afastar o ato.

Na verdade, a inexistência, no processo, e especificamente a inexistência das sentenças, pode ser alegada a qualquer tempo, por meio (ou no bojo) de qualquer ação, inclusive a ação de execução (embora exista a possibilidade de se intentar ação própria, com o fito de declarar tal inexistência). Assim, nada haverá a rescindir, propriamente, pois sentenças inexistentes não ficam acobertadas pela autoridade da coisa julgada (diferentemente do que ocorre com sentenças nulas, estas sim, eventualmente – se for o caso – passíveis de rescisão, pois o que se rescinde não é a sentença, mas a coisa julgada). Isto se justifica porque a finalidade das ações declaratórias é a de se suprimir, do universo jurídico, uma

¹¹³ ARMELIN, Donaldo. **Flexibilização da coisa julgada**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 238.

determinada incerteza jurídica.¹¹⁴

Enrico Túlio Liebman¹¹⁵, doutrinador de indiscutível renome, defende essa mesma linha de pensamento. Para ele o fato de o processo ser inexistente possibilita a sua impugnação por qualquer meio processual, não sendo necessária a criação legislativa de uma ação impugnativa autônoma – a ação declaratória de inexistência.

Quanto ao procedimento, como ação declaratória que é, a *querela nullitatis* não se sujeita a prazo decadencial ou prescricional, já que a atuação do Poder Judiciário levará somente a uma certeza jurídica. Nas palavras de Donaldo Armelin, “(...) a *querela nullitatis insanabilis*, de natureza declaratória *stricto sensu* e, pois, diferenciada da ação rescisória, sendo cediçamente insusceptível de ser atingida por prescrição e decadência”¹¹⁶. Ademais, a ação deve obedecer o rito ordinário, vez que não há outro previsto no ordenamento jurídico mais adequado ao caso.

A competência para o ajuizamento da *querela nullitatis* é a do juízo que proferiu a decisão.

A competência da ação rescisória difere da competência da *querela nullitatis*, sendo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça que enquanto naquela a competência é originária do tribunal, nessa a competência é do próprio juízo que proferiu a decisão atacada.¹¹⁷

Os Superior Tribunal de Justiça reconhece o cabimento da *querela nullitatis* em caso de coisa julgada inconstitucional.

É o que se verifica nos seguintes acórdãos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 20, § 3º, DO CPC. TRÂNSITO EM JULGADO. VÍCIO DE NATUREZA RESCISÓRIA. DESCABIMENTO DA *QUERELA NULLITATIS*. ERRO MATERIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. DESCARACTERIZAÇÃO.

¹¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 329.

¹¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro**. Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.

¹¹⁶ ARMELIN, Donaldo. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 235.

¹¹⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit., p. 798.

1. É possível, de modo excepcional, o controle de nulidades processuais, sobretudo as de natureza absoluta, após o trânsito em julgado da decisão por meio de impugnações autônomas, como embargos à execução, ação anulatória (*querela nullitatis*) e ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário.

2. A *querela nullitatis* é instrumento utilizado para impugnar sentença contaminada pelos vícios mais graves de erros de atividade (*errores in procedendo*), nominados de vícios transrescisórios, que tornam o ato judicial inexistente, não se sanando com o transcurso do tempo.

3. Se a insurgência é contra a parte da sentença que fixou a base de cálculo dos honorários advocatícios sem observar os ditames do art. 20, § 3º, do CPC, o vício é de caráter rescisório, de modo que o instrumento processual adequado é a ação rescisória, apta a discutir a existência de violação literal de dispositivo de lei.

4. O equívoco no arbitramento da verba honorária não é considerado erro material, pois somente os desacertos numéricos cometidos quando da elaboração da conta caracterizam esse vício. Logo, os critérios de cálculo utilizados quanto aos honorários advocatícios estão protegidos pela coisa julgada. A ausência de impugnação tempestiva da base de cálculo fixada atrai a aplicação do brocardo jurídico *dormientibus non succurrit jus* (o direito não socorre aos que dormem). Precedentes.

5. Não havendo vício transrescisório ou eventual coisa julgada inconstitucional, mas vício rescisório, descabida é a *querela nullitatis*.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1524632/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 11/09/2015) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. *QUERELA NULLITATIS INSANABILIS*. DESCABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Não configura ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, o fato de o C. Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados pela parte recorrente, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia.

2. O cabimento da *querela nullitatis insanabilis* é indiscutivelmente reconhecido em caso de defeito ou ausência de citação, se o processo correu à revelia (v.g., CPC, arts. 475-L, I, e 741, I). Todavia, a moderna doutrina e jurisprudência, considerando a possibilidade de relativização da coisa julgada quando o *decisum* transitado em julgado estiver eivado de vício insanável, capaz de torná-lo juridicamente inexistente, têm ampliado o rol de cabimento da *querela nullitatis insanabilis*. Assim, em hipóteses excepcionais vem sendo reconhecida a viabilidade de ajuizamento dessa ação, para além da tradicional ausência ou defeito de citação, por exemplo: (i) quando é proferida sentença de mérito a despeito de faltar condições da ação; (ii) a sentença de mérito é proferida em desconformidade com a coisa julgada anterior; (iii) a decisão está embasada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo eg. Supremo Tribunal Federal.

3. No caso em exame, a *actio nullitatis* vem ajuizada sob o fundamento de existência de vício insanável no acórdão proferido pelo c. Tribunal de Justiça, em apelação em execução de alimentos, consubstanciado na falta de correlação lógica entre os fundamentos daquele *decisum* e sua parte dispositiva, o que equivaleria à ausência de obrigatória motivação do julgado (CPC, art. 458 e CF/88, art. 93, IX).

4. Entretanto, não é cabível, em virtude do instituto da preclusão, o ajuizamento de *querela nullitatis insanabilis*, com base em falta ou deficiência na fundamentação da decisão judicial. Não há falar, pois, em hipótese excepcional a viabilizar a relativização da coisa julgada, sobretudo porque aqui não se vislumbra nenhum vício insanável capaz de autorizar o ajuizamento de *querela nullitatis insanabilis*, pois bastaria à parte ter manejado oportunamente o recurso processual cabível, para ter analisada sua pretensão.

5. Recurso especial a que se nega provimento.
(REsp 1252902/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 24/10/2011) (grifei).

Plenamente manejável, pois, a *querela nullitatis* para o reconhecimento de inexistência de sentença inconstitucional.

2.6.4. Mandado de Segurança: defesa de sua utilização em face da coisa julgada inconstitucional, não obstante a existência da Súmula 268 do STF.

O cabimento do mandado de segurança contra a coisa julgada inconstitucional é tema que gera maior controvérsia. Há aqueles que negam o uso desse remédio constitucional para este fim, e aqueles que o defendem como instrumento capaz de conferir efeito rescisório à decisão transitada em julgado proferida com violação das normas ou princípios constitucionais. Esta última posição é contrária à Súmula 268 do STF e ao art. 5º, inciso III, da Lei nº 12.016/09, mas merece ser apresentada.

O Pretório Excelso consolidou, no ano de 1993, o entendimento de que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial que tenha transitado em julgado. Para tanto o Supremo baseou-se em dois fundamentos: na inalterabilidade da coisa julgada e na previsão da ação rescisória para impugnar a coisa julgada. Todavia, ambos os fundamentos podem ser facilmente superados, não havendo justificativa razoável que impeça o uso do mandado de segurança.

Mais tarde, em 2009, sobreveio a Lei do mandado de segurança que passou a prever expressamente não ser cabível mandado de segurança contra decisão judicial transitada em julgado.

Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

III - de decisão judicial transitada em julgado.

Todavia, conquanto hajam tais vedações ao uso do mandado de segurança em face da coisa julgada inconstitucional, serão analisados os argumentos daqueles que defendem a possibilidade de sua utilização para este fim e que refutam os fundamentos que levaram à edição da mencionada Súmula e que deram origem ao citado dispositivo de lei.

É pacífico que a coisa julgada não é algo absoluto e que frente a determinadas situações é afastada em prol de princípios ou garantias mais relevantes. É majoritário que a coisa julgada que ofende a Constituição deixa de representar a segurança jurídica almejada, sendo inválida como certeza de justiça e segurança, devendo ser rescindida. Nesse contexto, a rescisão da coisa julgada inconstitucional se impõe como medida essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito. Humberto Theodoro Júnior considera que:

Qualquer que seja o sistema processual contemporâneo e por maior que seja o prestígio que se pretende conferir à coisa julgada, impossível será recusar a possibilidade de superveniência de sentenças substancialmente nulas, mesmo depois de esgotada a viabilidade recursal ordinária e extraordinária.¹¹⁸

Sobre isso também pondera Márcia Rabelo Sandes:

Percebe-se, pois, que a imutabilidade da coisa julgada não é absoluta, cedendo diante da constatação da coisa julgada inconstitucional, não sendo fundamento suficiente para impedir a admissibilidade do mandado de segurança como meio de impugnação da coisa julgada inconstitucional.¹¹⁹

Também não merece guarida o fundamento que embasou a mencionada Súmula de que o fato de ordenamento prevê a ação rescisória como instrumento processual de rescisão de certas sentenças, afastaria o manejo do mandado de segurança para esta finalidade.

Deve-se considerar que em relação ao mandado de segurança a Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inciso LXIX:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

¹¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. Juris Síntese, Rio grande do Sul, n. 36, jul./ago. 2002, p. 7/8.

¹¹⁹ SANDES, Márcia Rabelo. **Mandado de Segurança contra a coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 387.

Por sua vez, de acordo com a Lei nº 12.016/09 conceder-se-á Mandado de Segurança nas seguintes hipóteses:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Vê-se que o mandado de segurança é ação compatível com o provimento rescisório estando no ordenamento jurídico a disposição daqueles que venham a ter direito subjetivo violado por ato de autoridade pública. Estando preenchidos os requisitos constitucionais e legais para o seu cabimento, o mandado de segurança pode se revelar como remédio mais eficiente para livrar o jurisdicionado do constrangimento imposto pela decisão inconstitucional, já que além de se submeter a rito célere, goza de prioridade de julgamento, nos termos do art. 20 da Lei nº 12.016/09.

Levando em consideração as exigências constitucionais e legais para o cabimento de tal remédio constitucional, Márcia Sandes afirma a sua compatibilidade como instrumento de afastamento da coisa julgada inconstitucional:

A coisa julgada inconstitucional revela-se objeto adequado ao mandado de segurança, tendo em vista que se trata de matéria, em regra, demonstrável de plano através do confronto direto entre o comando da sentença e o dispositivo constitucional, sendo unicamente jurídica – e não fática – a possível complexidade da matéria. Negar admissibilidade ao mandado de segurança, nesses casos, somente pelo argumento de que a pretensão poderia ser veiculada por ação ordinária, caracterizaria, em última análise, negação ao próprio direito de acesso à justiça, consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.¹²⁰

Ressalte-se que, como cediço, o mandado de segurança só pode ser manejado contra decisão da qual já não caiba mais recurso (art. 5º, I, da Lei nº 12.016/09). Mas este requisito também não é ferido quando se pensa neste remédio constitucional como instrumento de rescisão de sentença/acórdão inconstitucional. Distinguindo-se nitidamente do recurso, o mandado de segurança, ao ser proposto para impugnar a coisa julgada inconstitucional, servirá para, em processo autônomo, revelar que uma

¹²⁰ Ibid. p. 390.

decisão autônoma já submetida à preclusão está permanecendo no mundo jurídico com visível ofensa à Constituição Federal, lesando direito líquido e certo do impetrante. Assim, pode-se dizer que o mandado de segurança também é, assim como a ação rescisória, uma ação autônoma de impugnação.

Calmon de Passos, diferenciando recursos de ações autônomas de impugnação, insere o mandado de segurança na categoria de ação autônoma de impugnação, e faz as seguintes considerações:

As ações autônomas de impugnação se caracterizam por pretenderem reexame de decisão submetida a preclusão, seja a representada pela coisa julgada material (de que são suscetíveis apenas as decisões de mérito), sejam as que apenas sofrem a chamada preclusão *pro judicato* (interlocutórias e sentenças terminativas). Já os recursos visariam a obstar a consumação da preclusão, servindo para revisão da decisão no mesmo processo.¹²¹

Tal conceito apresentado por Calmon de Passos aplica-se, portanto, à impetração do mandado de segurança contra a coisa julgada inconstitucional, pois, se a impugnação se dirige a uma decisão com trânsito em julgado, é porque não há mais qualquer recurso cabível.

Destarte, a defesa do uso do mandado de segurança, implica em reconhecer que tanto ele quanto a ação rescisória são espécies do mesmo gênero, qual seja, ação autônoma de impugnação, capazes de submeter ao reexame do Judiciário, em novo processo, a decisão transitada em julgado.

Sobre a total compatibilidade do uso do mandado de segurança com a existência da ação rescisória:

O fato de a lei processo prever a existência de ação rescisória para o reexame de decisão transitada em julgado não impede a utilização do mandado de segurança, pois toda pretensão passível de proteção pela ação mandamental também o é pela via ordinária.¹²²

No mesmo sentido salientou o Des. Macedo Bittencourt:

¹²¹ PASSOS, J. J. Calmon de. **O mandado de segurança contra atos jurisdicionais**. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord). **Mandado de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 111.

¹²² SANDES, Márcia Rabelo. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 392.

A toda pretensão exercida por via do mandado de segurança corresponde uma ação de procedimento comum. O fato de poder a pretensão ser exercida por meio de uma ação não impede a propositura do mandado de segurança, desde que o direito seja líquido e certo e possa ser demonstrado de plano, sem a necessidade de uma dilação probatória. Pela mesma razão, também pode ser apreciada, em mandado de segurança, a pretensão rescisória líquida e certa.¹²³

Deve-se considerar que o *writ* não servirá para discutir simples acerto ou não da decisão, a parte deverá demonstrar, de plano, a inconstitucionalidade do *decisum*, para fazer jus à segurança. Não se defende, pois, a impetração de mandado de segurança para rediscutir sentença que aplicou interpretação razoável ao dispositivo constitucional, mas sim da decisão proferida com flagrante violação de princípios ou normas constitucionais.

Tratando da compatibilidade entre o objeto do *writ* e a coisa julgada inconstitucional:

E a coisa julgada inconstitucional, tratando de matéria unicamente jurídica, consistente na demonstração do confronto direto entre o comando da sentença e o dispositivo constitucional, revela-se objeto adequado ao mandado de segurança. Mais: a gravidade do vício da inconstitucionalidade macula fatalmente a coisa julgada, caracterizando-a como ato ilegal da autoridade judiciária.¹²⁴

Pactuando com este entendimento e lembrando que a ação rescisória não é a panaceia para todos os males, Moniz de Aragão:

(...) é forçoso reconhecer que se se apresentar hipótese grave, para a qual a ação rescisória não ofereça proteção efetiva ao interesse substancial lesado ou ameaçado, mas o mandado de segurança proporcione a desejada e necessária eficiência, seu cabimento contra a coisa julgada não deve ser excluído, a despeito do rígido enunciado da Súmula 268.¹²⁵

¹²³ Apud SALLES, Carlos Alberto de. **Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas**. In: BUENO, Cássio Scarpinella et al (Coord). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

¹²⁴ SANDES, Márcia Rabelo. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 394.

¹²⁵ ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Mandado de segurança contra ato judicial**. Revista dos Tribunais 682/09, 1992, p. 21.

Ivo Dantas também defende o uso do remédio heroico:

Ora, quem quer que esteja diante de uma coisa julgada inconstitucional tem o direito líquido e certo de contra ela se insurgir, exatamente pelo fato de que a inconstitucionalidade é a pior das ilegalidades e a existência desta é pressuposto para a impetração do remédio heroico.¹²⁶

Não obstante tal defesa doutrinária acerca do uso do mandado de segurança como mais um instrumento capaz de afastar a coisa julgada inconstitucional, os Tribunais Superiores vêm aplicando a Súmula 268 do STF. É o que se depreende do teor dos seguintes acórdãos, do STJ e STF, respectivamente:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 268/STF. DECISÃO MONOCRÁTICA. RECURSO PRÓPRIO NÃO MANEJADO. SÚMULA 267/STF.

1. Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ZARKO'S HOTEL LTDA. - EPP, com fulcro no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, contra ato alegadamente coator do MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, relator do Agravo em Recurso Especial (AREsp) 742.441/SP.
2. Consultando as informações processuais do sistema de informática do STJ, verifica-se que a decisão ora atacada, proferida pelo Ministro Relator do AREsp 742.441/SP, transitou em julgado em 13 de agosto de 2015, conforme certidão acostada às fls. 476 do referido feito.
3. Assim, considerando que o presente writ foi impetrado em 19 de agosto de 2015 (fl. 83, e-STJ), inviável o seu processamento. Isso porque objetiva a desconstituição da autoridade da coisa julgada. Incide, portanto, o teor da Súmula 268 do STF, *verbis*: "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado".
4. Ainda que não houvesse ocorrido o trânsito em julgado, mesmo assim não seria possível o processamento do *mandamus*, porquanto está sendo utilizado como sucedâneo recursal, uma vez que a decisão inquinada de ilegal foi proferida monocraticamente pelo relator contra a qual caberia recurso próprio, que não foi manejado, o que atrai a incidência da Súmula 267/STF, *verbis*: "Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no MS 22.008/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/09/2015, DJe 05/10/2015).

Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito Civil. 3. Incabível o mandado de segurança impetrado contra decisão transitada em julgado. Aplicação do Enunciado 268 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(MS 28410 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-

¹²⁶ DANTAS, Ivo. **Coisa julgada inconstitucional: declaração judicial de inexistência**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 273.

2014)

Após forte defesa do *writ* frente à coisa julgada inconstitucional, Márcia Sandes conclui que:

Demonstrado que a inalterabilidade da coisa julgada não é absoluta e que a previsão da ação rescisória não é impedimento à utilização do mandado de segurança contra a coisa julgada inconstitucional, resta-nos concluir que os fundamentos dos precedentes da Súmula 268 do STF são falhos, cabendo aos operadores do direito, diante do grandioso debate que se trava no mundo jurídico acerca da possibilidade de reexame da coisa julgada inconstitucional, reconhecer o mandado de segurança como eficaz ação autônoma de impugnação da coisa julgada inconstitucional, inserindo-o, definitivamente, no rol dos instrumentos de controle das decisões judiciais.¹²⁷

Todavia, não é o que prevalece.

Apesar de uma corrente doutrinária visualizar o mandado de segurança como ação de rito especial, de cunho constitucional, potencialmente à disposição do prejudicado pela coisa julgada inconstitucional ao lado da ação rescisória e de outras ações ordinárias, não é o que vem prevalecendo em vista da existência da Súmula 268 do STF que vem sendo aplicada pelos Tribunais, e ainda frente a vedação legal prevista no art. 5º, III, da Lei nº 12.016/09.

2.7. Fungibilidade entre os instrumentos processuais de relativização da coisa julgada inconstitucional

Pelo princípio da fungibilidade aplicável na sistemática do processo civil, aceita-se o uso de um meio processual em lugar de outro, desde que a previsão legal que determina o meio adequado não seja suficientemente clara, dando margens a diferentes interpretações. Ou seja, exige-se, para que se aceite a fungibilidade, que o erro não seja grosseiro, demonstrando a boa-fé da parte.

O princípio da fungibilidade está intimamente ligado ao princípio da instrumentalidade das formas.

Sobre o princípio da fungibilidade e sua relação com a instrumentalidade das formas:

¹²⁷ SANDES, Márcia Rabelo. Op. cit. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). Op. cit. p. 398.

O princípio da fungibilidade é descendente direto do princípio da instrumentalidade das formas, que é mais genérico, e significa que, preenchidas determinadas condições, tanto um meio, quanto outro, podem ser empregados (= podem ser considerados adequados) para se chegar a determinado resultado.¹²⁸

Trata-se de princípio comumente aplicado no âmbito dos recursos, de tal modo que, havendo dúvida objetiva acerca de qual recurso é cabível frente a determinada situação, aceita-se um recurso por outro, mediante os requisitos de que não haja erro grosseiro; a dúvida seja objetiva; verifique-se a boa-fé do recorrente; e que se observe o prazo do menor recurso. Mas não é apenas nesta seara que ele é aceito. Qualquer situação de falta de clareza na lei ou que haja mais de um caminho processual a seguir, gerando dúvida razoável na parte sobre qual meio deve utilizar, justifica a aceitação da fungibilidade já que não é recomendável que excessos de formalismos afastem o direito material.

Tratando do assunto Teresa Arruda Alvim Wambier e Medina:

A razão de ser deste princípio é, a toda evidência, a de que a parte não sofra prejuízos decorrentes muito comumente da falta de clareza da lei, que se reflete na falta de unanimidade da doutrina e na jurisprudência quanto a qual seria o recurso correto para impugnar tal decisão. Ora, evidentemente, a mesma razão comparece em muitos outros casos em que à parte são oferecidos diversos caminhos (na verdade bastam que sejam dois...) para se chegar a um mesmo lugar.¹²⁹

E continuam defendendo a fungibilidade:

A que tipo de vantagem levaria o rigorismo consistente em se entender que o meio seria inadequado e recomendar-se à parte que intentasse outra ação? Hoje, pensamos: a nenhuma. (...) Parece que a tendência é a de que se entenda possível a fungibilidade não só dos recursos, propriamente ditos, e como meios que são de se impugnar decisões judiciais, mas de outros “meios”, hoje evidentemente úteis, com pedidos cautelares, pedidos de antecipação de tutela, meros pedidos, etc. Impossível negar-se que, no estado atual do direito, situações existem para as quais pode-se extrair do manejo das

¹²⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. Op. cit. p. 234/235.

¹²⁹ Ibid. p. 236.

regras jurídicas mais de uma solução ou se pode eleger mais de um caminho para se chegar a um mesmo lugar.¹³⁰

Destarte, em relação à impugnação da coisa julgada inconstitucional, havendo mais de uma ação possível para a sua relativização, ou seja, mais de um caminho processual que levará a um mesmo resultado prático, é de se reconhecer a fungibilidade entre eles, sendo evidentemente inadequado o pensamento rigoroso que sustenta a coerência absoluta e a precisão do sistema. Raciocínios mais flexíveis levam a melhores soluções, buscando o valor máximo do direito, qual seja, a justiça.

¹³⁰ Ibid. p. 238/239.

CAPÍTULO 3 – A coisa julgada inconstitucional – perspectivas do Código de Processo Civil de 2015

3.1. Mudanças legislativas em relação à temática da coisa julgada:

3.1.1. Ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais.

O novo Código de Processo Civil trouxe mudanças significativas na temática da coisa julgada visando obter o maior rendimento possível com o processo, já que a efetividade da atividade jurisdicional é, sem dúvida, um dos espíritos da nova lei. A coisa julgada é tratada nos artigos 502 e seguintes, e pode-se dizer que uma das maiores alterações nesse campo foi a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais.

De início houve uma mudança tênue no texto da lei, porém importante. O art. 503 prevê que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”. O acréscimo da palavra “expressamente” tem o objetivo de deixar claro que só se pode falar em coisa julgada sobre o que foi decidido expressamente. O *caput* deste artigo, portanto, traz a regra no sentido de que fundamentalmente é a decisão sobre o mérito que transita em julgado, ou seja, é sobre o *decisum* que recai a autoridade da coisa julgada.

A mais significativa alteração, porém, vem descrita nos parágrafos do art. 503. Neste dispositivo, o CPC/2015 prevê que as questões prejudiciais, antes não sujeitas à coisa julgada a não ser que fossem objeto de ação declaratória incidental, passaram a ser abarcadas pela coisa julgada independentemente da mencionada ação, que foi excluída da nova sistemática.

Sobre essa mudança:

Art. 503, §1º – A regra que consta do CPC/73 é que somente a decisão em si está acobertada pela coisa julgada (*decisum*). O NCPC estende a autoridade da coisa julgada para a solução dada pelo juiz ou pelo Tribunal às questões prejudiciais ao *decisum*. Entendemos ser esta a melhor escolha, pois: a) não é lógico, e é contra o bom senso, admitir que possa haver dois entendimentos sobre a mesma *causa petendi* em ações diferentes, para gerar consequências diversas; b) a regra do CPC/73 deixa a porta aberta para outras ações futuras, em

que a mesma causa petendi pode ser vista de outra maneira. Então, de fato, a primeira ação não terá resolvido completamente (e para sempre) o conflito subjacente à demanda. Além do mais, isso pode ocasionar a sobrecarga dos Tribunais.¹³¹

E continua ponderando:

No regime em vigor e no NCPC, para que o fundamento fique acobertado pela autoridade da coisa julgada, é necessário que se transforme em questão, ou seja, que haja desacordo entre autor e réu sobre a existência ou a validade da relação jurídica, que deve ser levada em conta necessariamente antes da decisão do mérito. No regime do NCPC, esta extensão se opera *ope legis*; no CPC/73, como decorrência da ação declaratória incidental.¹³²

Nelson Nery e Rosa Nery sobre essa mudança dispõem que a questão prejudicial é analisada como questão incidental no processo, necessária para o exame do mérito, mas que, no entanto, os efeitos da coisa julgada daí decorrentes se dão como se a decisão fosse objeto principal do processo (*principaliter*):

A decisão sobre a prejudicial é *incidenter tantum*; os efeitos da coisa julgada, entretanto, operam-se como se a decisão fora *principaliter*. Objetiva-se a decisão *principaliter* sobre a relação jurídica prejudicial, que influirá na decisão sobre o mérito, aumentando-se assim os limites objetivos da coisa julgada.¹³³

Para que a questão prejudicial seja acobertada pela coisa julgada o novo código traz certos requisitos. Prevê a nova lei que em relação à questão prejudicial, ou seja, aquela questão controvertida pelas partes da qual a análise do mérito dependa, deve haver expressa decisão com prévio e efetivo contraditório. Prevê a lei ainda que o juiz deve ser competente para análise da questão, isto é, a coisa julgada só pode abranger as prejudiciais se o juízo em que correu o processo for competente, em razão

¹³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 822.

¹³² Ibid. p. 823.

¹³³ NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil – Novo CPC, Lei 13.105/2015**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1222.

de critérios que qualificam a competência como absoluta em relação às prejudiciais, como se estas fossem decididas *principaliter*.

Sobre os requisitos legais autorizadores da ampliação do limite objetivo da coisa julgada às questões prejudiciais:

O texto ora analisado é expresso em permitir que haja formação de coisa julgada material sobre a questão prejudicial de mérito, decidida incidentalmente no processo, desde que estejam presentes alguns requisitos: a) que a questão prejudicial tenha sido agitada pelas partes; b) que a decisão de mérito dependa da resolução da questão prejudicial; c) que tenha havido efetivo contraditório sobre a prejudicial; d) o juiz seja competente em razão da matéria ou da pessoa (competência absoluta); e) que a questão prejudicial seja de mérito; f) que a prejudicial possa ser objeto de ação autônoma; g) que não tenham havido restrições probatórias para o deslinde da questão prejudicial. Não se admite o contraditório ficto, vale dizer, não se forma a coisa julgada material sobre a questão prejudicial se tiver havido revelia, isto é, se o réu não tiver participado efetivamente do processo.¹³⁴

Também tratando de tais requisitos:

O legislador foi excessivamente cuidadoso: disse que a resolução da questão prejudicial, que fica acobertada pela coisa julgada, a) deve ser expressa (não há decisões implícitas no direito brasileiro!); b) desta resolução deve depender o julgamento do mérito (se não depender não se tratará de questão prejudicial!); e c) deve ter a seu respeito, havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia. Se não houver contraditório, e discordância entre as partes, não se tratará de questão.¹³⁵

Esta regra do novo código veio para evitar decisões contraditórias.

As novas regra evitam: 1) a possibilidade de contradição lógica (embora não prática) entre sentenças/julgamentos/decisões e 2) que uma questão, da qual a solução de mérito dependa, que tenha sido discutida pelas partes e decidida por um juiz, seja rediscutida e decidida diferentemente em outras ações futuras.¹³⁶

¹³⁴ Ibid. p. 1221.

¹³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Op. cit., p. 823.

¹³⁶ Ibid. p. 824.

Dentro dessa temática, é possível que a questão prejudicial apresentada seja uma prejudicial de inconstitucionalidade. Nesse caso, o tratamento a ser dado deve ser diferente, não fazendo coisa julgada. Isto porque, juízes singulares e Tribunais somente podem fazer controle de constitucionalidade difuso, *incidenter tantum*, não tendo efeito vinculante. Faltaria, pois, o requisito da competência para que a coisa julgada recaísse sobre a questão prejudicial.

Mencionando esta situação específica:

A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, contestado em face da CF, pronunciada por juízo singular, TJ ou TRF não faz coisa julgada, pois esses órgãos do Poder Judiciário não têm competência para conhecer da questão prejudicial como ação autônoma, competência esta que é exclusiva do STF (art. 102, I, da CF). Portanto, ainda que se trate de questão prejudicial de mérito, a declaração da inconstitucionalidade no controle difuso, por juízo singular, TJ ou TRF dá-se *incidenter tantum* e não *principaliter*, vale dizer, não pode ser atingida pela coisa julgada material. A coisa julgada não pode ser formada porque não se preenche o requisito do art. 503, §1º, III, do NCPC.¹³⁷

Vale ressaltar ainda que, de acordo com o Enunciado 438¹³⁸ do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “é desnecessário que a resolução expressa da questão prejudicial incidental esteja no dispositivo da decisão para ter aptidão de fazer coisa julgada”.

Portanto, se preenchidos os mencionados requisitos, as questões prejudiciais, segundo o NCPC, serão objeto de decisão com força de coisa julgada, independentemente do ajuizamento de ação declaratória incidental, que perde razão de existir na nova sistemática. Em ações futuras, o juiz estará, portanto, vinculado ao que previamente foi decidido sobre essas questões.

¹³⁷ NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 2015. Op. cit., p. 1231.

¹³⁸ Fonte: Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Vitória, 01º e 02 03 de maio de 2015. Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>> Acesso em 28 de outubro de 2015.

3.1.2. Negócio jurídico processual e seus reflexos na coisa julgada:

Outra mudança importante trazida pela nova lei trata-se da possibilidade de negociação processual pelas partes. Preveem os artigos 190 e 192 do NCPC o seguinte:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Vê-se que o novo Código de Processo Civil dá maior autonomia privada às partes quanto aos rumos do processo. O art. 190 contém uma espécie de cláusula geral que autoriza a celebração de negócios jurídicos de caráter processual, ou seja, permite que as partes pactuem negócios jurídicos que tenham repercussão no processamento da ação.

Lembrando, com a doutrina de Miguel Reale, o que são negócios jurídicos:

Negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. Tais atos, que culminam numa relação intersubjetiva, não se confundem com os atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há acordo de vontade (...)¹³⁹

O negócio jurídico tem como área de incidência fundamentalmente o direito privado, sendo guiado pela autonomia privada. Todavia, pode ocorrer também no âmbito do direito público como já existe com o atual código. O CPC/73 prevê casos em que as partes podem pactuar questões processuais como no caso de eleição de

¹³⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 208/209.

foro, hipóteses de suspensão condição do processo, entre outros. Mas é na sistemática do novo código que as convenções processuais ganham maior vulto.

Sobre o negócio jurídico processual:

Conquanto se manifeste com muito maior amplitude no âmbito do direito privado, que tem como uma de suas fundamentais características a autonomia das vontades, o negócio jurídico pode dar-se também no âmbito das relações jurídicas processuais. Trata-se de categoria mais rarefeita dos negócios jurídicos: os negócios jurídicos processuais, por intermédio dos quais podem ser criadas, extintas ou modificadas relações de direitos no âmbito do processo.

Os negócios jurídicos de caráter processual, a despeito de incomuns, não são exatamente novidade no direito processual civil brasileiro: as hipóteses de suspensão convencional do processo (CPC/73, art. 265, II, repetido no art. 313, II, do NCPC) e a convenção acerca da distribuição do ônus da prova (respeitados os limites impostos pelo art. 333, parágrafo único, do CPC/73, e pelo art. 373, §§3º e 4º, no NCPC) perfazem exemplos de negócios jurídicos de caráter processual.¹⁴⁰

E sobre a sua amplitude no NCPC:

Os arts. 190 e 191 do NCPC, contudo, representam normas que, a par de reforçar a possibilidade de serem pactuados negócios jurídicos processuais, ampliam suas hipóteses de manejo: com efeito, com o advento dos artigos em análise, o negócio jurídico processual poderá ter por conteúdo o procedimento, os ônus, os poderes, as faculdades e os deveres processuais, sendo lícito às partes plenamente capazes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e a convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.¹⁴¹

Tal mudança se coaduna com o espírito da nova lei de dar solução mais célere e efetiva às lides, todavia, não é ilimitada. O próprio texto da lei traz certas condições para a aceitabilidade da negociação, prevendo ser preciso que o direito admita autocomposição e que as partes sejam plenamente capazes. Ademais, há controle judicial sobre tais convenções processuais, podendo o juiz recusar de ofício ou a

¹⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Op. cit., p. 352.

¹⁴¹ Ibid. p. 352.

requerimento convenções que vulnere excessiva as partes, que implique em nulidade, ou ainda em caso de inserção abusiva em contrato de adesão.

(...) o propósito do dispositivo, dentro do escopo maior do CPC de promover a solução mais rápida e satisfatória dos litígios, é de abrir espaço à participação das partes na construção do procedimento, tornando-o mais democrático, mas ao mesmo tempo evita que tais pactos funcionem como instrumentos de opressão, pois não admite que essa possibilidade de “negociação” de direitos ocorra quando haja qualquer desigualdade entre as partes ou a lide diga respeito a direitos que não admitem autocomposição.¹⁴²

Outrossim, o negócio jurídico processual encontra obstáculos nas normas cogentes que imponham deveres às partes.

A pergunta é: será que efetivamente podem ser objeto de negócio jurídico processual condutas que são impostas às partes de maneira imperativa pelo CPC, como verdadeiras balizas de comportamento processual e, sobretudo, de postura processual lícita, leal, digna e de respeito ao escopo maior da atividade jurisdicional (resolução de conflitos de modo a pacificá-los?). Pensamos que não.

Ônus, faculdade e poderes consistem em temas que preponderantemente atinem à esfera jurídica das partes. Se o litigante entender conveniente dispor sobre um ônus que lhe caiba, ou sobre um poder ou uma faculdade, pensamos que está atuando em sua esfera privada. Já quanto aos deveres processuais, há evidente preponderância do caráter público: os arts. 77 e 78 do NCPC estabelecem uma gama de condutas que têm que ser cumpridas e respeitadas pelas partes em nome da própria higidez da relação processual. O cumprimento de comandos judiciais e o dever de expor os fatos com veracidade são à toda evidência, impassíveis de disposição.¹⁴³

Frente a esta ampliação do negócio jurídico processual pelo SA/2015, alguns defendem a caracterização do que se pode chamar de uma “miniarbitragem judicial”. Sobre esse ponto de vista:

A evolução do processo civil no ordenamento jurídico brasileiro direciona para a flexibilização do procedimento, em prol da efetividade do processo enquanto instrumento

¹⁴² NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 2015. Op. cit., p. 701.

¹⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Op. cit., p. 356.

concretizador de direitos. Nesse sentido, deve-se superar a dicotomia entre público e privado, para melhor explorar os interstícios entre esses dois ramos, na construção de um direito intermediário, conforme defendido por doutrina. Desta forma, a realização dos negócios jurídicos processuais, seja antes ou durante o processo, estimula o diálogo entre o juiz e as partes, permitindo-lhes avaliar, nos limites possíveis, os melhores caminhos a serem trilhados para o deslinde da controvérsia, o que, conforme Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, torna o exercício da atividade judiciária muito mais democrático. Aliás, não podemos perder de vista que todo o sistema processual se submete a um modelo democrático, devidamente implementado e garantido pela carta Constitucional de 1988.

Apontando para tal direção, o processo civil encontra respaldo nas práticas arbitrais. A via alternativa de resolução de conflitos demonstra que a experiência com a flexibilização do procedimento e o empoderamento das partes resulta em processo mais efetivo, no qual os atores processuais atuam em cooperação para a resolução da controvérsia. Assim, parece rumar para um bom caminho o processo civil brasileiro. No intuito de consolidar os valores e princípios constitucionais, conclui-se que o diálogo entre público e privado, entre jurisdição estatal e jurisdição privada, contribui para enriquecer o debate acerca do acesso à Justiça e da concretização de direitos. Consagrando tais evidências, a teoria do negócio jurídico processual garante sucesso à arbitragem e, almeja-se revolucionar positivamente o novo sistema processual civil que emerge.¹⁴⁴

Assim, temos que é possível às partes pactuarem sobre questões processuais, desde que, preenchidos os requisitos já mencionados, a convenção não tenha por objeto deveres processuais cogentemente impostos pelo ordenamento jurídico, sob pena de ser-lhe ilícito o objeto.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) editou alguns enunciados¹⁴⁵ abordando o art. 190 do NCPC, dentre eles destaca-se os seguintes:

Enunciado 6: O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.

¹⁴⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve **Diálogo entre os Negócios Jurídicos Processuais e Arbitragem**. Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 39, n. 237, nov. 2014. p. 223-236.

¹⁴⁵Fonte: Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Vitória, 01º e 02 03 de maio de 2015. Disponível em <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vitória.pdf>> Acesso em 28 de outubro de 2015.

Enunciado 16: O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.

Sobre o enunciado 16 vale considerar que “o prejuízo para as partes deve ser considerado essencial para o reconhecimento de sua invalidade, o que está na linha do princípio da conservação dos atos e negócios jurídicos, tão prestigiado entre os civilistas, pela clara valorização da autonomia privada”.¹⁴⁶

Enunciado 18: Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.

O enunciado 18 “guia a aplicação do parágrafo único do art. 190 do SA/2015, ao estabelecer que, de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”¹⁴⁷

Os enunciados 19 e 21 trazem exemplos de acordos considerados válidos no Fórum.

Enunciado 19: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.

Enunciado 21: São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução de prazos processuais.

Já o enunciado 20 prevê situações em que a convenção judicial não seria válida de acordo com os processualistas que participaram do Fórum, já que esbarram em regras de ordem pública e de índole constitucional.

Enunciado 20: Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação de competência absoluta, acordo para supressão de instância.

¹⁴⁶ TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 92.

¹⁴⁷ Ibid. p. 92

Feitas tais observações sobre a ampliação do negócio jurídico processual no novo Código de Processo Civil e suas limitações, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a influência desta mudança legislativa no campo de incidência da coisa julgada. Isto é, pugna-se esclarecer se as partes podem convencionar sobre a coisa julgada, pactuando, por exemplo, que determinado processo não fará coisa julgada, podendo ser rediscutido o direito no futuro.

A princípio parece que tão acordo esbarraria em questão de ordem pública, cogente, não podendo as partes afastar a autoridade da coisa julgada por ser questão de segurança jurídica que transcenderia o âmbito particular. Todavia, não é este entendimento que parece prevalecer.

Se preenchidos os pressupostos gerais de negociação não há problema das partes ignorarem a coisa julgada anterior. É possível, por exemplo, que as partes façam um acordo e levem para ser decidido por um árbitro, ignorando a coisa julgada anterior. As partes, abrindo mão da autoridade da coisa julgada, estão abdicando da segurança jurídica de seu direito, sendo questão que, tecnicamente, influência tão somente na esfera privada das partes. É pacto que faz parte de um sistema que prestigia a vontade das partes exercida de forma livre e válida.

Já é nesse sentido o entendimento dos Tribunais:

Presidente Prudente
Juizado Especial Cível
Vara do Juizado Especial Cível
JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
JUIZ (A) DE DIREITO MICHEL FERES
ESCRIVÃ(O) JUDICIAL HELIO BERGAMASCO JUNIOR
EDITAL DE INTIMAÇÃO DE ADVOGADOS
Relação N° 0258/2015

Processo 0003594-12.2015.8.26.0482 - Procedimento do Juizado Especial Cível - Obrigações - Valdelice Alves Santana Fatala - Lozango - Vistos. Não obstante a prolação da sentença de mérito, em se tratando de direitos disponíveis, nada impede a homologação do acordo. Nesse sentido: “**Em se tratando de direitos disponíveis, nada obsta que as partes estabeleçam convenção entre si, dispondo diversamente sobre o que está contido em sentença transitada em julgado**” (RJTJSP 124/279). Por isso, HOMOLOGO, por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos de direito, o acordo firmado pelas partes às fls. 96/97 e, com fundamento legal no artigo 269, III, do Código de Processo Civil, JULGO EXTINTA a presente ação. Concordes, certifique-se o trânsito em julgado. No mais, aguarde-se o decurso do prazo para cumprimento do acordo e, após, tornem os autos conclusos. P.R.I. - ADV:

RENATO MENDONÇA NAZARE (OAB 354926/SP), ACACIO FERNANDES ROBOREDO (OAB 89774/SP). (grifado)¹⁴⁸

Presidente Prudente
Juizado Especial Cível
Vara do Juizado Especial Cível
JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL
JUIZ (A) DE DIREITO MICHEL FERES
ESCRIVÃ(O) JUDICIAL HELIO BERGAMASCO JUNIOR
EDITAL DE INTIMAÇÃO DE ADVOGADOS
Relação N° 0317/2015

Processo 1003093-41.2015.8.26.0482 - Procedimento do Juizado Especial Cível - Obrigação de Fazer / Não Fazer - Wellington César Aguiar Munhoz - Telefônica Brasil SA - Vistos. Fl. 157 in fine: anote-se. Não obstante a prolação da sentença de mérito, em se tratando de direitos disponíveis, nada impede a homologação do acordo firmado pelas partes. Nesse sentido: **“Em se tratando de direitos disponíveis, nada obsta que as partes estabeleçam convenção entre si, dispondo diversamente sobre o que está contido em sentença transitada em julgado”** (RJTJSP 124/279). Por isso, HOMOLOGO, por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos de direito, o acordo firmado pelas partes às fl.156/158 e com fundamento legal no artigo 269,III do Código de Processo Civil, JULGO EXTINTO os presentes autos, que WELLINGTON CÉSAR AGUIAR MUNHOZ move em face de TELEFÔNICA BRASIL S/A. Concorde, certifique-se o trânsito em julgado, façam-se as anotações e comunicações necessárias e, remetam-se os autos à competente fila de arquivamento, com as formalidades legais. P.R.I. - ADV: JOÃO PEDRO AMBROSIO DE AGUIAR MUNHOZ (OAB 333047/SP), PAULA RODRIGUES DA SILVA (OAB 221271/SP), MARIA CELESTE AMBROSIO MUNHOZ (OAB 194424/SP). (grifado)¹⁴⁹

Também é nessa direção o comentário de Nelson Nery e Rosa Maria Nery ao tratar da possibilidade de convenção das partes quanto à coisa julgada: “Em se tratando de direitos disponíveis, nada obsta que as partes estabeleçam convenção entre si, dispondo diversamente sobre o que está contido em sentença transitada em julgado (RJTJSP 124/279).”¹⁵⁰

De tudo, depreende-se que sendo o direito em questão disponível, as partes já podem firmar acordo contrário à coisa julgada. Com mais razão ainda, ampliadas as possibilidades de negociação processual no NCPC, é de se concluir que poderão as

¹⁴⁸ Fonte: Andamento do Processo n. 0003594-12.2015.8.26.0482 - Procedimento do Juizado Especial Cível - 14/08/2015 do TJSP. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/219666327/andamento-do-processo-n-0003594-1220158260482-procedimento-do-juizado-especial-civel-14-08-2015-do-tjsp>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

¹⁴⁹ Fonte: Andamento do Processo n. 1003093-41.2015.8.26.0482 - Procedimento do Juizado Especial Cível - 08/10/2015 do TJSP. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/241107039/andamento-do-processo-n-1003093-4120158260482-procedimento-do-juizado-especial-civel-08-10-2015-do-tjsp>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

¹⁵⁰ NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 2015. Op. cit., p. 1215.

partes pactuarem de forma a ignorar a coisa julgada, desde que preenchidos os requisitos do art. 190 da nova lei, bem como os elementos essenciais de todos os negócios jurídicos, primando sendo pela boa-fé.

3.1.3. Do fracionamento do julgamento do mérito e a coisa julgada parcial:

O novo Código de Processo Civil traz ainda outra alteração que quebra o paradigma da sentença una.

No art. 502 a coisa julgada material é definida como a “autoridade que torna imune e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Ressalte-se que a lei fala em “decisão de mérito” e não mais em sentença, como fez o CPC/73. Assim, a decisão, aqui, deve ser compreendida como gênero, que comporta como espécies a decisão interlocutória, a sentença, a decisão unipessoal de relator ou o acórdão. Ademais, no art. 356 o NCPC permite o julgamento parcial de mérito, viabilizando a prolação das chamadas decisões interlocutórias de mérito, que transitam em julgado e passam, na nova sistemática, a ser acobertadas pela coisa julgada material.

Sobre essa mudança:

Com o intuito de dinamizar a prestação da tutela jurisdicional, o NCPC introduziu, em seu texto normativo, norma jurídica há muito tempo debatida em sede doutrinária e jurisprudencial: a possibilidade de fracionamento da tutela de mérito e da coisa julgada material.

Assim, na trilha do novel diploma processual, será permitida a ocorrência da coisa julgada material em momentos distintos do itinerário processual, seja mediante a prolação de decisões interlocutórias de mérito, seja por meio da inimpugnabilidade de capítulos meritórios constantes de decisões que examinam o mérito em sede de cognição exauriente.¹⁵¹

E comentando o art. 356:

O NCPC, em seu art. 356, admite de forma expressa a possibilidade de julgamento parcial do mérito, rompendo o dogma da sentença una. Chama a decisão, neste caso, de decisão interlocutória de mérito. (...) Na dicção do art. 356, o juiz está autorizado a proferir decisão de mérito em relação

¹⁵¹ TAVARES, David Benchaya Nunes. **O fracionamento do julgamento do mérito e a coisa julgada parcial no novo CPC**. Disponível em: <http://portalprocessual.com/o-fracionamento-do-julgamento-do-merito-e-a-coisa-julgada-parcial-no-novo-cpc/>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

ao pedido incontroverso ou à parte incontroversa do pedido, dando continuidade ao processo em relação às demais pretensões ou parte da pretensão que não se encontram maduras para julgamento imediato.¹⁵²

Tratando-se de decisão de mérito em cognição exauriente, tal decisão tem aptidão para transitar em julgado caso preclusos os recursos cabíveis, sendo acobertada pela coisa julgada, que passa a ser chamada de coisa julgada parcial.

Não se pode perder de vista que, por ser decisão de mérito, baseada em cognição exauriente, transita em julgado e é rescindível (art. 966, §3º). O termo inicial para a ação rescisória, na hipótese de julgamento antecipado parcial de mérito, é o trânsito em julgado da decisão que julga parcialmente o mérito. O termo final é até dois anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo. Remetemos o leitor, nesse ponto, aos comentários do art. 975.¹⁵³

Importante frisar, por fim, que, embora a decisão que julgue parcialmente o mérito de forma antecipada tenha conteúdo de sentença, o recurso cabível em face desta decisão é o de agravo de instrumento. Isto porque a interposição deste recurso permite que o processo prossiga em primeira instância em relação aos pedidos cujo julgamento dependa o amadurecimento da causa.

3.1.4. Da estabilização das decisões antecipatórias de tutela, o que não se confunde com a formação da coisa julgada

É preciso ponderar, no entanto, que decisão parcial de mérito (art. 356 do CPC/2015) não se confunde com decisão antecipatória de tutela requerida em caráter antecedente (regulada nos artigos 303 e 304 do CPC/2015), e que esta última, de cognição sumária, não transita em julgado e não é acobertada pela coisa julgada, sendo atingida somente pela estabilização. É a estabilização da demanda, nesse caso, que surge como novidade na nova lei.

O NCCP fez da tutela provisória um gênero do qual são espécies a tutela de urgência (antecipada ou cautelar) e a tutela da evidência. A tutela antecipada, por sua vez, também de forma inovadora, pode ser arguida de forma antecedente ou, como já havia no CPC/73, pela forma incidental. Os mencionados artigos 303 e 304 tratam da

¹⁵² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Op. cit., p. 620.

¹⁵³ Ibid. p. 621.

tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o que é uma inovação da nova lei. Possibilitam que nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação a petição inicial se limite ao pedido de antecipação da tutela jurisdicional e à indicação do pedido de tutela final, “com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo” (art. 303, *caput*).

Tratando da inovação em relação ao pedido de tutela antecipatória em caráter antecedente:

Sob a égide do CPC/73, ao menos numa interpretação literal, só há possibilidade de se veicular uma tutela cautelar em caráter antecedente e, assim mesmo, sob a forma de um processo cautelar preparatório. O NCPC muda completamente essa regra, primeiro ao extinguir a autonomia do processo cautelar e, segundo, ao permitir expressamente a possibilidade de se requerer uma tutela antecipada em caráter antecedente. É dessa possibilidade que trata o art. 303.¹⁵⁴

Sendo concedida a tutela antecipatória, deverá o autor, então, nos mesmos autos e sem a incidência de novas custas processuais, aditar a petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias, juntando documentos novos e confirmando o pedido de tutela definitiva, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 303, §§1º, I, 2º e 3º). O réu, então, diante do aditamento, será citado para a audiência de tentativa de conciliação ou mediação que, e sendo esta infrutífera, marcará, o início do prazo de 15 (quinze) dias para a apresentação da contestação (arts. 303, §1º, II e III, 334 e 335).

A grande inovação, porém, vem consubstanciada no art. 304 e consiste na estabilização da demanda quando não questionada a decisão antecipatória da tutela. Segundo o *caput* deste dispositivo “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”

Concedido pedido antecipatório e não interposto recurso pela parte sucumbente ou não questionada por outro meio de impugnação, a decisão se estabiliza, ou seja, não será mais alterada, a não ser que, nos termos do art. 304, §3º, seja revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação que

¹⁵⁴ Ibid. p. 507.

qualquer das partes pode demandar para rever a tutela estabilizada (art. 304, §2º). Esta demanda poderá ser intentada no prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (art. 304, §5º). Vê-se, portanto, que a estabilização da demanda não se confunde com a formação da coisa julgada, pois esta depende de decisão de mérito em cognição exauriente.

Sobre a finalidade da estabilização da demanda e da sua diferença em relação à coisa julgada material:

O que se pretende é que a decisão proferida em sede de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento antecedente, produza e mantenha os seus efeitos, independentemente da continuidade do processo de cognição plena, quando as partes conformarem-se com tal decisão. Se as partes ficam satisfeitas com a decisão que concedeu a tutela antecipada, baseada em cognição sumária e sem força de coisa julgada, o NCPC não as obriga a prosseguir no processo, para obter uma decisão de cognição plena, com força de coisa julgada material.¹⁵⁵

O NCPC previu a estabilização da demanda somente para o caso de concessão de tutela antecipada em caráter antecedente, sendo que de sua interpretação literal não se verifica a extensão para a tutela antecipada incidental e tampouco para a tutela de evidência. Mas, levando-se em conta a finalidade da lei com a previsão da estabilização é possível firmar entendimento no sentido de que a estabilização poderá atingir também estas outras espécies de tutela provisória.

Partilhando deste entendimento:

Merece também ponderar que, ao que parece, o NCPC previu a estabilização somente para a tutela antecipada concedida em caráter antecedente. Ao menos é o que novamente sugere uma interpretação literal do *caput* do art. 304, ao prever “a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável”. Admitindo este raciocínio, resulta que a tutela antecipada concedida incidentalmente não tem condão de estabilizar-se, impondo o prosseguimento do processo visando a uma decisão final, apta a formação de coisa julgada material.¹⁵⁶

E entendendo pela ampliação da possibilidade de estabilização:

¹⁵⁵ Ibid. p. 510.

¹⁵⁶ Ibid. p. 511.

A melhor interpretação, segundo pensamos, é aquela que confere maior eficácia possível ao instituto, admitindo-se, assim, a estabilização mesmo no caso de tutela antecipada deferida incidentalmente. De qualquer forma, o tema é polêmico e deve, seguramente, ocupar a doutrina e a jurisprudência. Ainda nesse contexto, convém indagar acerca da possibilidade de estabilização da tutela de evidência (art. 311). Na mesma esteira das considerações anteriores, não vemos qualquer razão para que seja tolhida essa possibilidade. Na tutela de evidência, em razão da grande probabilidade do direito em favor do autor, também deve ser permitida a técnica da estabilização, evitando-se com isso o prosseguimento do processo, caso não haja um recurso contra a decisão que a concede.¹⁵⁷

Humberto Theodoro Jr., citado por Eduardo Talamini, também não vê razões para diferenciações em relação à estabilização frente a tutela antecipatória antecedente e incidental:

Nada justifica o tratamento diverso, pois não há diferença substancial entre a estabilização no curso do procedimento de cognição plena ou naquele prévio ou antecedente: em ambos os casos, a tutela sumária é deferida com base nos mesmos requisitos e cumpre a mesma função.¹⁵⁸

Outra questão que gera dúvidas nessa nova previsão legislativa é se apenas a não interposição do recurso ensejaria a estabilização. Parece que a intenção do novo código não foi a de obrigar a parte sucumbente a recorrer, mas sim a de exigir que a parte demonstre insatisfação com a decisão proferida, questionando-a. Somente se mantiver-se inerte, não controvertendo a medida satisfativa concedida, que a estabilização poderá se operar.

Nesse sentido:

Num primeiro momento, a leitura rápida do dispositivo parece sugerir que o réu, para não ver estabilizada a tutela provisória e extinto o processo, é obrigado a interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão que concedeu a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente. Pela interpretação literal do dispositivo, caso o réu deseje apenas

¹⁵⁷ Ibid. p. 512.

¹⁵⁸ Apud TALAMINI, Eduardo. **Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro.** RePro. Vol. 209. p. 13. São Paulo: RT, jul. 2012.

contestar a demanda, por exemplo, a tutela provisória já estaria estabilizada e o processo já estaria extinto muito provavelmente antes mesmo da audiência de tentativa de conciliação ou mediação. Não deve prevalecer, portanto, essa interpretação contraditória do Novo Código, tornando obrigatório o recurso nesse caso. Parece-nos que qualquer atitude do réu que se contraponha à estabilização da tutela provisória antecipada (como a apresentação da contestação, por exemplo), bem como a manifestação do réu para que seja designada a audiência de tentativa de mediação ou conciliação, serão capazes de impedir a referida estabilização.¹⁵⁹

Partilhando do mesmo entendimento:

O *caput* traz a informação de que a tutela antecipada requerida de forma antecedente, nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. Numa interpretação literal, o que terá condão de ditar, ou não, a estabilização, será a providência recursal. Não havendo recurso, a decisão que antecipou a tutela tornar-se-á estável e o processo será extinto (§1º).

Frise-se: pela leitura da lei, não basta que o réu conteste a demanda. Se não houver recurso da decisão que antecipou a tutela, esta se tornará estável e o processo, com ou sem contestação, será extinto. Essa forma de interpretação, a nosso ver, não pode prevalecer.

Em verdade, qualquer forma de oposição (v.g., contestação, reconvenção) deve ter o condão de evitar a extinção do processo. Basta a resistência, a manifestação do inconformismo do réu, a qual, pode se dar não só pelo recurso.¹⁶⁰

Vale considerar ainda, como fazem os autores do livro “Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Artigo por Artigo”, a estabilização, além de não se operar quando manifestado o inconformismo do réu, também não terá eficácia caso o autor, sendo caso de tutela antecipada concedida em caráter antecedente, não aditar a petição inicial como requer o art. 303, §1º, I.

É importante mencionar que não haverá estabilização da tutela antecipada, mesmo diante da ausência de recurso (ou resistência) do réu, quando o autor não aditar a petição inicial

¹⁵⁹ ALVIM, Rafael. **Os 12 grandes temas do novo CPC – parte 2/4**. Instituto de Direito Contemporâneo. Disponível em <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/10/19/os-12-grande-temas-do-novo-cpc-parte-24/>. Acesso em 30 de outubro de 2015.

¹⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Op. cit., p. 512.

(inciso I do art. 303), o que implicará a extinção do processo (art. 303, §2º), com a perda da eficácia da tutela antecipada deferida.¹⁶¹

Outrossim, reitera-se, a estabilização da demanda em caso de concessão de tutela antecipatória não impugnada não se confunde com a formação da coisa julgada.

O Novo Código adota posicionamento indubitável no sentido de que a decisão proferida em cognição sumária não faz coisa julgada material. É o que dispõe o art. 304, §6º. Assim, forçoso será também concluir que nada impede que, mesmo após o prazo decadencial de dois anos para propositura da ação de revisão, reforma ou invalidação da decisão estabilizada, a parte prejudicada ingresse com nova demanda a fim de rediscutir o direito. Em outras palavras, não poderá rever a tutela provisória dada e estabilizada, já que transcorrido o prazo decadencial para tanto, mas poderá ajuizar nova ação com idêntico conteúdo, já que a decisão não estará acobertada pela autoridade da coisa julgada material.

Na mesma direção:

O instituto da coisa julgada é incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória e sujeita à confirmação. O que confere idoneidade para que uma decisão fique imune à revisão é justamente a profundidade da cognição nela desenvolvida. (...) se não há coisa julgada, escoado o prazo de dois anos para a ação prevista no §2º, respeitados os prazos prescricionais, não poderia qualquer das partes ajuizar outra ação visando a discutir o mesmo bem da vida, com inegável repercussão na tutela antecipada estabilizada?

A resposta que se impõe é positiva. O prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, nos exatos limites e contornos da lide originária na qual se deferiu a antecipação de tutela. Passado esse prazo, diante da inexistência de coisa julgada acerca da matéria, nada impede que qualquer das partes, respeitados os prazos prescricionais pertinentes, ingresse com uma nova demanda, com cognição exauriente, que diga respeito ao mesmo bem da vida discutido na ação que foi extinta.¹⁶²

Portanto, como abordado, a concessão de medida satisfativa consistente na antecipação dos efeitos da tutela, notadamente no caso daquela requerida em caráter

¹⁶¹ Ibid. p. 512.

¹⁶² Ibid. p. 514.

anterior, e não havendo manifestação de inconformismo do réu, seja por meio da interposição de recurso ou outro, a decisão se estabilizará mantendo eficácia duradoura, até que uma das partes interponha demanda com o intuito de revê-la, reformá-la ou invalidá-la. Tal estabilização, assim, não se confunde com a coisa julgada que não se forma nessas hipóteses, já que a cognição é sumária. Destarte, mesmo transcorrido o prazo decadencial de dois anos, o direito estabilizado poderá ser rediscutido em ação autônoma, só sendo atingido pelo manto da coisa julgada material quando julgado o mérito em cognição exauriente, não cabendo mais recursos contra tal julgamento.

3.2. A coisa julgada inconstitucional na visão do Novo Código

O Novo Código de Processo Civil veio pacificar, de certo modo, algumas controvérsias relacionadas à temática da coisa julgada inconstitucional. É o que se depreende do texto do art. 525, notadamente dos §§ 12,13,14 e 15; e do art. 535, §§ 5º, 6º, 7º e 8º da nova lei que repetem o anterior (art. 525). Preveem o mencionados dispositivos da Lei nº 13.105/15:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexistência do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;

V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

§ 2º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.

§ 3º Aplica-se à impugnação o disposto no art. 229.

§ 4º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo.

§ 5º Na hipótese do § 4º, não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, a impugnação será liminarmente rejeitada, se o excesso de execução for o seu único fundamento, ou, se houver outro, a impugnação será processada, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.

§ 6º A apresentação de impugnação não impede a prática dos atos executivos, inclusive os de expropriação, podendo o juiz, a requerimento do executado e desde que garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, atribuir-lhe efeito suspensivo, se seus fundamentos forem relevantes e se o prosseguimento da execução for manifestamente

suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

§ 7º A concessão de efeito suspensivo a que se refere o § 6º não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens

§ 8º Quando o efeito suspensivo atribuído à impugnação disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

§ 9º A concessão de efeito suspensivo à impugnação deduzida por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não impugnaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao impugnante.

§ 10. Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando, nos próprios autos, caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz.

§ 11. As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

§ 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.

§ 2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco

oficial mais próxima da residência do exequente.

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A inexecutabilidade do título executivo fundado em lei considerada inconstitucional já era regulada pela CPC/73, conforme já tratado em capítulo anterior. Contudo, a nova lei acresceu certas previsões não dando mais margens a determinadas discussões que surgiram a respeito no antigo código.

Um destes acréscimos legais diz respeito à menção expressa do controle concentrado/difuso de constitucionalidade como apto a ensejar a inexecutabilidade do título.

O §12 trata de tema dos mais espinhosos: a coisa julgada inconstitucional e sua executabilidade. A norma trazida pelo NCPC repete a anterior, objeto das mais acaloradas discussões, com algum acréscimo. Acresceu-se, ao final do dispositivo, a expressão “em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.

O implemento do texto veio para resolver parte da grande polêmica que se criou na doutrina e na jurisprudência a respeito desse dispositivo legal (art. 475-L. §1º, CPC/73). Isso porque à luz do CPC/73, consolidou-se entendimento de que só se considerará inexecutável (*rectius* inexecutável) título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição exclusivamente em controle concentrado de constitucionalidade. O NCPC incluiu, portanto, a hipótese de controle difuso.¹⁶³

Não há, pois, mais qualquer dúvida a respeito de que a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional

¹⁶³ Ibid. p. 876.

pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em sede de controle difuso passa a ser inexecutável. Nelson Nery e Rosa Nery fazem uma observação, no entanto, de que para que isso seja aplicável, à decisão proferida pelo Supremo em controle difuso deve ser dado caráter vinculante, pela edição de Resolução pelo Senado, pois, caso contrário, terá efeito apenas *inter partes*, não tendo o condão de afastar a exequibilidade dos demais títulos executivos.

Sobre isso:

O reconhecimento da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo STF em controle concreto (difuso), o que ocorre v.g. por meio do julgamento de recurso extraordinário (CF 102, III), só tem eficácia *inter partes*, não prejudicando nem beneficiando terceiros. O texto normativo, quando se refere à declaração de inconstitucionalidade pelo STF em controle concentrado de lei ou ato normativo (CPC 525 §12 *in fine*), só faz sentido se interpretado conforme a Constituição, vale dizer, se considerar-se a incidência da CF 52 X: julgado o RE afirmando a inconstitucionalidade – controle difuso –, e, remetido o acórdão ao Senado Federal, a Câmara Alta expediu resolução suspendendo a execução da lei ou do ato normativo em todo o território nacional. Somente nesse caso é que o texto normativo poderá ser aplicado. (...) Sem autorização constitucional expressa não pode haver “objetivação” do recurso extraordinário, entendimento que só pode ser considerado *de lege ferenda*. Não se pode opor esse julgamento concreto do STF ao credor exequente. Sem a resolução do Senado, na forma da CF 52 X, a decisão do STF em controle difuso vale apenas como precedente jurisprudencial, isto é, como entendimento do Tribunal. A ela não pode ser dada eficácia de lei geral, que atinge a todos, como é o caso da declaração de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato. Prevalece sobre ela (decisão em concreto) a coisa julgada decorrente do título judicial que aparelha o cumprimento de sentença.¹⁶⁴

O §13 do art. 525, por sua vez, trata da possibilidade de modulação dos efeitos na decisão do Supremo, seja em controle concentrado ou difuso. Não há qualquer novidade nesse ponto, já que a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade já é regulada e aplicada pelo Supremo em atenção à segurança jurídica. Trata-se de medida cuja competência é exclusiva do STF, e assim permanece.

Tratando da modulação dos efeitos Nery pondera que:

¹⁶⁴ NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 2015. Op. cit., p. 1306.

(...) referida solução está em consonância com o próprio sistema constitucional brasileiro. Com efeito, o princípio da segurança jurídica pode indicar a eficácia para o futuro como solução para determinada situação concreta, no caso de o jurisdicionado haver praticado atos com fundamento na lei anteriormente considerada ou admitida como constitucional, porque não declarada a inconstitucionalidade durante a vigência da lei, circunstância que fazia atuar a presunção *iuris tantum* de constitucionalidade de que gozam todas as leis em vigor no País. Mais ainda, a segurança implica, outrossim, o respeito e a proteção à boa-fé objetiva com que se houve o jurisdicionado até então, fundando-se na lei presumidamente constitucional ou na interpretação dada pelos tribunais no sentido de que essa lei valia e era eficaz.¹⁶⁵

Portanto, para que a coisa julgada seja considerada inconstitucional e torne-se portanto exequível o título executivo, é preciso que ele esteja abarcado pelos efeitos da decisão do Supremo, de acordo com eventual modulação dos efeitos que conste da decisão que reconheça a inconstitucionalidade.

Os §§ 14 e 15, de extrema importância, determinam que a decisão do STF que reconhece a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Caso seja posterior, o NCPC dá outra solução que não a exequibilidade do título. Prevê a nova lei que, sendo a decisão do Supremo posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão do STF.

Sobre a posteridade da coisa julgada em relação à decisão do Supremo, Nelson Nery e Rosa Nery fazem as seguintes considerações:

Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5º XXXVI). Decisão posterior, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial que aparelha o cumprimento de sentença. A decisão do STF que declara a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a coisa julgada.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Ibid. p. 1307.

¹⁶⁶ Ibid. p. 1307/1308.

Tais autores comentam ainda que somente nesse caso haveria a possibilidade de alegação da inexecutibilidade por ofensa à Constituição em cumprimento de sentença, e ainda assim dentro do prazo de quinze dias previsto em lei. Consideram também que, passado o prazo para impugnação, seria cabível ainda a ação rescisória por violação a literal disposição de norma constitucional. Passado o prazo da rescisória, no entanto, tais autores entendem haver a formação de coisa soberanamente julgada, não sendo mais possível o afastamento da coisa julgada.

Somente a decisão anterior do STF, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em ADIn é que poderia atingir o título executivo judicial que transitasse em julgado posteriormente à decisão do STF. Apenas e unicamente nesse caso é que teria aplicabilidade a norma sob análise. Ainda assim, essa aplicação poderia ser feita, desde que observado o prazo do CPC 525 (quinze dias) para que o devedor possa opor impugnação ao cumprimento alegando a inexecutibilidade do título executivo judicial que aparelha o cumprimento de sentença ou a inexigibilidade da obrigação (CPC 525 §1º III) pelo fundamento da inconstitucionalidade da norma legal que embasou referido título. Passado esse prazo, ainda restaria ao devedor, se cabível, o prazo de dois anos (CPC 975 *caput*) para que possa desconstituir o título por violação de literal disposição de lei (no caso, da CF), conforme autoriza o CPC 966 V. Passado o prazo da ação rescisória, a coisa julgada inatacada, que se formou depois da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, não mais poderá ser contestada ou impugnada e o devedor terá de, inexoravelmente, submeter-se ao comando desse título executivo judicial transitado soberanamente em julgado.¹⁶⁷

Há, por outro lado, quem entenda que ainda que não alegada a inexecutibilidade do título e, ainda que ultrapassado o prazo da ação rescisória, não haveria preclusão, já que cabível também ação declaratória de inexistência (*querela nullitatis*) que não se sujeita a prazo decadencial.

Nesse sentido, comentando o §12 do art. 525:

Ao que parece algumas polêmicas envolvendo tal dispositivo continuarão vivas. Indaga-se, por exemplo: após o prazo para impugnação poderá ser alegado tal vício ou haverá preclusão? A nosso ver, tal vício não preclui, de forma que poderá ser

¹⁶⁷ Ibid. p. 1308.

suscitado após findo o prazo para impugnação, em sede de ação rescisória ou mesmo ação declaratória de inexistência.¹⁶⁸

De outra parte, a nova lei disciplina também a situação em que a coisa julgada se opera antes da declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso, ou seja, situação em que a decisão de declaração de inconstitucionalidade ocorre posteriormente à formação da coisa julgada inconstitucional. Nesse caso, a solução dada para afastar a coisa julgada contrária à Constituição é a propositura de ação rescisória, cujo prazo decadencial é de dois anos, nesse caso contados da decisão do Supremo.

Tratando desta outra hipótese de formação de coisa julgada inconstitucional e da solução dada pelo NCPC:

Na hipótese de o STF proferir a decisão de inconstitucionalidade, cujo trânsito em julgado ocorrer depois de transitada em julgado a decisão que está sendo executada, o executado não poderá alegar a inexecutabilidade do título nem a inexigibilidade da obrigação (CPC 525 §1º III), em virtude do disposto no CPC 525 §14. O texto ora comentado autoriza a rescindibilidade da sentença ou do acórdão exequendo (CPC 966 V), no prazo previsto para o exercício dessa pretensão.¹⁶⁹

Nelson Nery e Rosa Maria Nery entendem que o prazo da rescisória nessa hipótese deve ser interpretado de acordo com a Constituição que protege a coisa julgada em respeito à segurança jurídica. Argumentam que o prazo previsto no NCPC (dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão do STF que reconhece a inconstitucionalidade) somente pode ser considerado se ainda não estiver sido extinta a pretensão rescisória iniciada com o trânsito em julgado da decisão exequenda. Todavia, respeitado tal posicionamento, a lei não prevê tal ressalva.

Somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda. Em outras palavras, o que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso.¹⁷⁰

¹⁶⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. Op. cit., p. 876.

¹⁶⁹ NERY Jr, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 2015. Op. cit., p.1309.

¹⁷⁰ Ibid. p. 1309.

No mais, aplica-se a mesma tratativa à coisa julgada inconstitucional, devendo ser considerado ainda que o NCPC manteve os demais instrumentos processuais aptos à sua revisão.

CONCLUSÃO:

Após as considerações feitas, é possível concluir que a supremacia da Constituição impõe a relativização da coisa julgada inconstitucional quando esta estiver fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional por decisão do STF, seja em controle abstrato ou concreto, neste último caso desde que tenha sido dado efeito vinculante, *erga omnes*, à decisão.

Isto porque o que toda cidadão espera do Poder Judiciário e o que demanda a adequação e coerência de todo o sistema jurídico é a defesa integral da supremacia constitucional. A atividade judiciária deve imprimir o máximo de segurança jurídica e isso só é observado se a Constituição for realizada de forma razoável.

Não se deve perder de vista que a força da Constituição tem origem no poder do povo, pelo que nenhum poder está acima dele. Em consequência, em um Estado Democrático de Direito não há realização plena dos ideais concebidos quando o Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, pretende ficar acima dos limites determinados pela Carta Magna.

A eficácia das normas constitucionais dependem da atuação de todos os poderes, com destaque, do Poder Judiciário. Destarte, não é aceitável, sob o argumento da intangibilidade da coisa julgada, conceber-se que uma decisão que imponha um dever ou uma obrigação inconstitucionais se perpetue no tempo. Por isso defende-se que o princípio da segurança jurídica deve ceder diante de princípios fundamentais do ordenamento constitucional, quando se sabe que o processo não mais realiza o direito de modo pleno.

É com base nisso que o ordenamento concede à parte prejudicada a revisão da coisa julgada contrária à Constituição e que, outrossim, a jurisprudência vem aceitando a sua revisão. Defende-se que em vista da gravidade do vício que macula a decisão sequer haveria a formação de coisa julgada já que nem ao menos poderia haver o trânsito em julgado. É por isso que não apenas a ação rescisória – instrumento processual típico de rescisão da coisa julgada – mas também a inexigibilidade do cumprimento da sentença e também a possibilidade de, a qualquer tempo, ajuizar *querela nullitatis*, são dadas ao jurisdicionado.

É o que vem sendo feito nos últimos anos desde a promulgação da CF/88 na égide no CPC/73 e é o que será aplicado em vista das previsões do NCPC,

prevalecendo a supremacia da Constituição e afastando resistências conservadoras comprometedoras da justa aplicação do direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, 2ª edição.

ALVIM, Rafael. **Os 12 grandes temas do novo CPC – parte 2/4**. Instituto de Direito Contemporâneo. Disponível em <http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/10/19/os-12-grande-temas-do-novo-cpc-parte-24/>. Acesso em 30 de outubro de 2015.

ALVIM, Thereza. **Repensando a coisa julgada**. Revista autônoma de processo. Curitiba, jan-mar. 2007.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Mandado de segurança contra ato judicial**. Revista dos Tribunais 682/09, 1992.

AURELLI, Arlete Ines; SCHMITZ, Leonard Ziesemer; DELFINO, Lúcio; RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida; FERREIRA, Willian Santos (Coord). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada: estudos em homenagem à Thereza Alvim**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

COSTA, Moacyr Lobo da. **Rescisória por descoberta de documento novo**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982.

DANTAS, Ivo. **Coisa Julgada Inconstitucional: declaração judicial de inexistência**. Publicada na Revista Fórum Administrativo. p. 588 et seq., maio 2002.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Salvador: Jus Podivm, 2009. V.5.**

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material.** Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, 2001.

_____, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material.** Revista de processo, nº 109, 2003.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 2.**

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.**

_____. **Estudos Sobre o Processo Civil Brasileiro.** Com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Bushatsky, 1976.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** Saraiva, 1974, v. 1.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve **Diálogo entre os Negócios Jurídicos Processuais e Arbitragem.** Revista de Processo. São Paulo: RT, v. 39, n. 237, nov. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.**

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

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado. 10 ed. São Paulo: RT, 2008.**

_____ ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil – Novo CPC, Lei 13105/2015**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5^a ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Mendes. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 – (Coleção o novo processo civil/coordenação Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidieiro; diretor Luiz Guilherme Marinoni).

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PASSOS, J. J. Calmon de. **O mandado de segurança contra atos jurisdicionais**. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord). **Mandado de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALLES, Carlos Alberto de. **Mandado de segurança contra atos judiciais: as súmulas 267 e 268 do STF revisitadas**. In: BUENO, Cássio Scarpinella et al (Coord). **Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Ed. RT, 2005.

_____. **Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro**. RePro. Vol. 209. p. 13. São Paulo: RT, jul. 2012.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, David Benchaya Nunes. **O fracionamento do julgamento do mérito e a coisa julgada parcial no novo CPC**. Disponível em: <http://portalprocessual.com/o-fracionamento-do-julgamento-do-merito-e-a-coisa-julgada-parcial-no-novo-cpc/>.

Acesso em 28 de outubro de 2015.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. Juris Síntese, Rio grande do Sul, n. 36, jul./ago. 2002.

_____. **A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 89, p. 94/95, jan./jun. 2004.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. **O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Relativização da coisa julgada: enfoque crítico**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.

_____. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Nulidade, Inexistência e Rescindibilidade da Sentença**. In: Revista de Processo, n. 19, São Paulo: RT, jul.-set., 1980.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Do Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico – efeito vinculante em outros temas**. Revista dos Tribunais, ano 6, nº 25, out./dez. 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____, Teresa Arruda Alvim. et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.