

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Processual Civil

MARCUS FLÁVIO HORTA CALDEIRA

CONSIDERAÇÕES SOBRE A
COISA JULGADA E SUA
“RELATIVIZAÇÃO”

Brasília - DF

2010

MARCUS FLÁVIO HORTA CALDEIRA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A
COISA JULGADA E SUA
“RELATIVIZAÇÃO”**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (*) do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira Alves

Brasília - DF

2010

MARCUS FLÁVIO HORTA CALDEIRA

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A
COISA JULGADA E SUA
“RELATIVIZAÇÃO”**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* (*) do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__,
com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico o presente trabalho monográfico, cuja elaboração ocorreu no primeiro ano de nosso casamento, à minha querida esposa Ana Paula, por tudo que representa na minha vida.

Também presto, nesta oportunidade, especial homenagem ao meu querido pai, José Flávio, que neste ano nos deixou, mas certamente estará ao lado de Deus, nos abençoando.

AGRADECIMENTOS

Ao término deste trabalho, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para o seu êxito, em especial:

- ao orientador, mestre e amigo, Professor José Carlos Moreira Alves, pela excelência sempre acompanhada de humildade; pela dedicação, seriedade e incentivo, que foram essenciais para a finalização deste trabalho; pelo brilhantismo e lucidez nas idéias trazidas nos vários encontros acadêmicos; e, principalmente, por tudo que representa para a CIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA;

- a minha mãe, Edina, pelo amor e incentivo incondicionais, além do auxílio com a revisão dos textos;

- ao meu pai, José Flávio, que através de sua luta pessoal, me ensinou a superar meus próprios desafios;

- a minha esposa, Ana Paula, pelo carinho, paciência, amor e apoio em todos as horas, inclusive com a ajuda essencial quanto aos textos e metodologia do trabalho;

- A professora Márcia e a todos da Coordenação Acadêmica do IDP pela compreensão, que possibilitou o término e entrega do trabalho monográfico;

- e, aos professores que tive a honra de ter no IDP, dentre os quais, destaco Álvaro Ciarlini, Arnaldo Camanho de Assis, Bernardo Pimentel Souza, Daniel Assumpção Neves, Fábio Lima Quintas, Fredie Didier Jr., Gilmar Ferreira Mendes, Inês Porto, João Otávio de Noronha, Jorge Amaury Maia Nunes, Jorge Hage Sobrinho, Juliana Cordeiro, Luiz Fux, Luiz Rodrigues Wambier, Paulo Gustavo Carvalho, Paulo Henrique Lucon, Sérgio Bermudes e Teori Albino Zavascki.

EPÍGRAFE

A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer quanto à sua vida passada. Por essa parte de sua existência, já não carregou todo o peso do seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e esta própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças.¹

¹ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. v. 1, p. 428. Apud BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 184 – 185.

RESUMO

Coisa julgada é o instrumento que visa a definitividade do provimento jurisdicional. Coisa julgada formal e coisa julgada material. Conceitos. Há três acepções acerca da natureza jurídica da coisa julgada: 1 – coisa julgada como um efeito da sentença; 2 – coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da sentença; e 3 – coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da sentença. Conceitos, crítica e tomada de posição. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Os limites objetivos são os contidos na parte dispositiva da sentença de mérito de cognição exauriente, não fazendo coisa julgada os motivos, nem a verdade dos fatos ou as questões prejudiciais decididas incidentalmente. A coisa julgada se forma nos limites da lide: partes, pedido e causa de pedir. Limites subjetivos: *inter partes*, *ultra partes* e *erga omnes*. Conceitos e exemplos. Modo de produção: 1 - coisa julgada *pro et contra* ou coisa julgada *non secundum eventum litis*; 2 – coisa julgada *secundum eventum litis*; ou, ainda, 3 – coisa julgada *secundum eventum probationis*. Definições e exemplos. Efeitos: positivo, negativo e preclusivo. Definições e exemplos. *Exceptio rei iudicatae*. Efeito preclusivo faz com que toda a matéria que foi deduzida no processo, como aquela que não foi, mas que poderia ter sido, torna-se preclusa e irrelevante. Sentenças que regem relações jurídicas cotinuativas. Formação da coisa julgada material *rebus sic stantibus*. Coisa julgada como garantia constitucional, decorrente do princípio da segurança jurídica, que é fundamento do Estado de Direito. Coisa julgada como cláusula pétrea. Garantia oponível ao legislador ordinário e ao poder constituinte derivado. Coisa julgada em face do poder constituinte originário. Coisa julgada e a declaração de inconstitucionalidade de lei. A coisa julgada não é uma garantia ilimitada, podendo ser preordenada por regras que visem sua revisão, com prazo e forma previamente definidas. Há quatro instrumentos jurídicos positivados de revisão da coisa julgada material: 1 – ação rescisória; 2 – *querela nullitatis*; c) impugnação por erro material ou erro de cálculo; e d) impugnação da sentença inconstitucional, fundada em entendimento do STF. Impugnação ou embargos contra a sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo STF. Trata-se de "relativização" da coisa julgada que, apesar de positivada, por ferir o núcleo essencial da coisa julgada, padece de inconstitucionalidade. "Relativização" da coisa julgada. Doutrinadores favoráveis: JOSÉ DELGADO, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, JULIANA CORDEIRO e CÂNDIDO DINAMARCO. Outros doutrinadores que admitem a "relativização." Síntese das teses "relativistas". Crítica à "relativização" da coisa julgada. Doutrinadores que a criticam: LUIZ GUILHERME MARINONI, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, FREDIE DIDIER JR. e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Outros doutrinadores que criticam a "relativização." Síntese das teses contrárias à "relativização" da coisa julgada. Crise da segurança jurídica e da coisa julgada. Colisão entre direitos fundamentais: ponderação e preservação do núcleo essencial. Núcleo essencial da coisa julgada: inalterabilidade e indiscutibilidade do provimento jurisdicional. Discussão sobre o tema no STF (RE 590.880). Conclusões.

ABSTRACT

Res iudicata is the legal instrument referring to a case in which there has been a final judgment and is no longer subject to appeal, it is meant to bar continued litigation of such cases. *Res iudicata* aims the decisiveness of the judicial sentence. Formal *res iudicata* (claim preclusion) and material *res iudicata* (issue preclusion or *collateral estoppel*). Definitions. There are three concepts of *res iudicata*: 1 - *res iudicata* as an effect of the sentence; 2 - *res iudicata* as a quality of the effects of the sentence; 3 - *res iudicata* as a situation of the contents of the sentence. Concepts, discussion and opinion. Objective and subject limits of *res iudicata*. The objective limits are contained in the dispositive part of the sentence that has decided the merits of a legal case. The reasons of the judgment, the truth of facts and the preliminary matters that have been decided are not included in *res iudicata*. *Res iudicata* is formed in each lawsuit, that is specified by its parties, request and *causa petendi*. Subjective limits: *inter partes*, *ultra partes* and *erga omnes*. Definitions and examples. Different ways of *res iudicata*: 1 – *pro et contra* or *non secundum eventum litis*; 2 – *secundum eventum litis*; and, 3 – *secundum eventum probationis*. Definitions and examples. Effects: positive, negative and preclusive. Definitions and examples. *Exceptio rei iudicatae*. Under preclusive effect of *res iudicata* (*collateral estoppel*), a final judgment on the merits of an action precludes the parties from re-litigating issues that were or could have been raised in that action. Sentences in continuous situations (child support, alimony, tax law): *Res iudicata* formation, but *rebus sic stantibus*. *Res iudicata* as a Constitutional right, related to the fundamental right of security, that is a pillar of the *Rechtsstaat* or Rule of Law. *Res iudicata* as an eternity clause. Guarantee that can be opposed to the legislator and to the constitutional power (*pouvoir constituant*). *Res iudicata* and the original constitutional power. *Res iudicata* and the declaration of unconstitutionality of a law. *Res iudicata* is not unlimited. It can be ruled according to law, envisioning its revision, with pre-defined forms and deadlines, according to due process of law. There are four instruments to review *res iudicata*: 1 – "*ação rescisória*" similar to the motion to set aside judgment; 2 – *querela nullitatis*; 3 – material or mathematical errors; e 4 – motion against the "unconstitutional sentence", based on a STF (Brazilian Supreme Court) decision. The motion against the "unconstitutional sentence", based on a STF decision is an unconstitutional instrument, because it harms *res iudicata*'s essence, for allowing its revision at anytime. "Atypical revision" of *res iudicata*. Authors: JOSÉ DELGADO, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, JULIANA CORDEIRO e CÂNDIDO DINAMARCO. Other Authors favor to the "atypical revision". Summary of the thesis. Critic to the "atypical revision" of *res iudicata*. Authors: LUIZ GUILHERME MARINONI, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, FREDIE DIDIER JR. and JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Other Authors against the "atypical revision". Collision of fundamental rights. Protection of its essence. *Res iudicata*'s essence: unchangeability of the sentence of merits. *Res iudicata* and security crisis. Summary of the thesis. Discussion of the theme at the STF (RE 590.880). Conclusions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
DESENVOLVIMENTO	24
1. A COISA JULGADA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	24
1.1. considerações iniciais	24
1.2. coisa julgada formal e material	28
1.2.1. coisa julgada formal	28
1.2.2. coisa julgada material	32
1.3. natureza jurídica da coisa julgada	35
1.3.1. "efeito da sentença"	36
1.3.2. "qualidade dos efeitos da sentença".....	37
1.3.3. "situação jurídica do conteúdo da sentença"....	40
1.3.4. o conceito de coisa julgada no CPC de 1973.....	41
1.3.5. análise crítica das teorias	43
1.4. limites objetivos e subjetivos da coisa julgada	49
1.4.1. limites objetivos da coisa julgada	51
1.4.2. limites subjetivos da coisa julgada	55
1.4.2.1. coisa julgada <i>inter partes</i>	56
1.4.2.2. coisa julgada <i>ultra partes</i> e coisa julgada <i>erga omnes</i>	59
1.4.2.2.1. coisa julgada <i>ultra partes</i>	60
1.4.2.2.2. coisa julgada <i>erga omnes</i>	62

1.5.	modos de produção da coisa julgada	66
1.5.1.	<i>pro et contra</i> ou <i>non secundum eventum litis</i> ...	66
1.5.2.	<i>secundum eventum litis</i>	67
1.5.3.	<i>secundum eventum probationis</i>	68
1.6.	efeitos da coisa julgada	70
1.6.1.	efeito positivo	71
1.6.2.	efeito negativo	73
1.6.3.	efeito preclusivo	76
1.6.4.	coisa julgada e relações continuativas	84
1.7.	a garantia constitucional da coisa julgada	93
1.7.1.	o princípio da segurança jurídica - origem e evolução	94
1.7.2.	o princípio da segurança jurídica no constitucionalismo brasileiro	95
1.7.3.	o princípio da segurança jurídica - significado e alcance	96
1.7.4.	a coisa julgada como garantia constitucional fundamental, com <i>status</i> de cláusula pétrea.....	98
1.7.5.	a proteção da coisa julgada em face do legislador ordinário e até mesmo do constituinte derivado	99
1.7.6.	a proteção da coisa julgada em face do constituinte originário	100
1.7.7.	a coisa julgada e a declaração de inconstitucionalidade de lei	102
1.7.8.	coisa julgada formal e material e a constituição	103
1.7.9.	limites constitucionais à coisa julgada	104
2.	INSTRUMENTOS DE REVISÃO DA COISA JULGADA	107
2.1.	ação rescisória (arts. 485 a 495, CPC)	109

2.1.1. o objeto da ação rescisória.....	112
2.1.2. o prazo para propositura da ação rescisória e seu termo inicial – problemas	119
2.1.3. outras observações sobre a ação rescisória	125
2.1.3.1. <i>iudicium rescindens e iudicium rescissorium</i>	126
2.2. ação ou impugnação de <i>querela nulitatis</i> (arts. 475 - L, I, e 741, I, CPC)	130
2.3. impugnação por erro material ou erro de cálculo (art. 463, I, CPC)	138
2.4. impugnação da sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo STF (art. 475-L, II, § 1º e 741, II, parágrafo único, CPC).....	141
3. "RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA"	152
3.1. premissas iniciais	152
3.2. a doutrina de JOSÉ AUGUSTO DELGADO	153
3.3. a doutrina de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA	161
3.4. a doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO	168
3.5. a posição de outros processualistas favoráveis à "relativização da coisa julgada"	179
3.6. a posição dos Ministros do STF em favor da "relativização da coisa julgada"	189

3.7. síntese das teses relativistas	198
4. CRÍTICA À "RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA"	204
4.1. premissas iniciais	204
4.2. a doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI	205
4.3. a doutrina de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA	213
4.4. a doutrina de FREDIE DIDIER JR.	218
4.5. a doutrina de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.	223
4.6. a posição de outros processualistas contrários à "relativização da coisa julgada"	232
4.7. a posição dos Ministros do STF que criticam a "relativização da coisa julgada".....	237
4.8. síntese das teses críticas da "relativização da coisa julgada....	245
4.9. a crise do princípio da segurança e da coisa julgada.....	251
4.10. colisão de direitos fundamentais e a forma de sua superação.....	254
CONCLUSÃO	260
REFERÊNCIAS	275

INTRODUÇÃO

Imagine determinada sentença que esteja em flagrante confronto com algum dispositivo ou princípio constitucional. Acresça-se ao aludido exemplo a hipótese de que expirados os prazos postos no sistema para a interposição dos recursos cabíveis ou até mesmo o lapso temporal para a propositura da ação rescisória, aludido comando sentencial restou acobertado pela manto da coisa julgada.

Como será possível dentro do sistema constitucional a compatibilização da sentença tida por "inconstitucional" com a coisa julgada? É possível se "relativizar" a chamada "coisa julgada inconstitucional" ?

Em outro diapasão, imagine-se tormentoso processo que, após longos anos, laborioso trabalho de advogados de ambos os lados e dispêndio de grandes esforços do PODER JUDICIÁRIO, tenha-se chegado a determinada solução, que passou pelas fases de conhecimento, de liquidação e impugnação ao cumprimento de sentença, tendo em cada uma delas sido utilizados todos os recursos cabíveis até os Tribunais Superiores (STJ e STF, tratando-se de questão não sujeita às justiças especializadas). Após décadas, se chegou a uma conclusão definitiva sobre a lide e já houve o trânsito em julgado, tendo também transcorrido o prazo para propositura da ação rescisória. Imagine-se agora que, inobstante todos esses aspectos, possa o vencido, inconformado com a sentença soberanamente transitada em julgado, buscar rever as conclusões judiciais sob a alegação de ocorrência de "*grave injustiça*", "*inconstitucionalidade*" ou afronta aos "*princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade ou proporcionalidade*".

Deverá permitir o sistema processual constitucional a revisão atípica, a qualquer tempo e modo, da coisa julgada material? A aludida revisão não irá impossibilitar a efetividade da jurisdição e comprometer a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais?

Os exemplos apontados, propositadamente radicais e antagônicos, demonstram os dois limites e valores que estão em confronto na análise do tema da "relativização da coisa julgada".

De um lado, a sempre buscada justiça das decisões, que, segundo alguns, não poderia deixar de ser trilhada sob o argumento de que determinada lide estaria acobertada pela intransponível coisa julgada material (visão relativista).

De outro, a necessidade que o processo, em algum momento, chegue ao fim, seja efetivo e possa trazer estabilidade para as relações entre os jurisdicionados, laborando em favor da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição (visão crítica da relativização).

Esses são exemplos de situações fáticas que demonstram a necessidade de estudo sobre o tema da coisa julgada e sobre a possibilidade ou não de sua "relativização".

A coisa julgada material, definida, no art. 467, do Código de Processo Civil brasileiro, como "*a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*", guarda, em nosso sistema jurídico, dada sua inegável importância, proteção constitucional (art. 5, XXXVI, da CF²).

Na lição de DINAMARCO, "sendo um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes", torna-se útil na medida em que confere "estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso."³

² "XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). *Coisa Julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 33-34.

Assim, “a garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.”⁴

Trata-se, portanto, de importantíssimo instrumento para a garantia da segurança jurídica aos jurisdicionados e para a sociedade como um todo.

Deste modo, as decisões judiciais, em geral, e as sentenças, em particular, após o decurso dos prazos oferecidos pelo sistema processual para a interposição de recursos, não poderiam ser alteradas, tendo sua eficácia “*imutável e indiscutível*” (art. 467, do CPC). Apenas, nas hipóteses excepcionais contidas no art. 485, do CPC, poderia a sentença transitada em julgada sofrer alterações, através da propositura da AÇÃO RESCISÓRIA, sujeita a um prazo decadencial de 2 (dois) anos.

Após o transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento da AÇÃO RESCISÓRIA, salvo as hipóteses excepcionais de “*erro material*”, “*erro de cálculo*” ou *querela nulitatis*, ligada à ausência ou nulidade da citação, não se poderia alterar a sentença chamada de soberanamente transitada em julgado, eis que coberta pela proteção definitiva da coisa julgada material.

Fazem parte do debate os artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC, com a redação conferida pela Lei nº. 11.232/2005⁵, segundo os quais, seria possível a desconstituição da sentença condenatória, transitada em julgada, quando esta tiver por base lei tida por inconstitucional pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Esta desconstituição da coisa julgada material, em sede de embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, também vem sendo alvo de questionamentos quanto à sua constitucionalidade, por desconsiderar o óbice da *res iudicata*, protegida pela Constituição.

⁴ *Id. ibid.*, p. 34.

⁵ No mesmo sentido, o § 5º, do art. 884, da CLT.

Apesar da garantia constitucional da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF) e da proteção ao direito fundamental à segurança jurídica (art. 5º, *caput*, da CF), recente doutrina iniciada pelo Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO⁶, do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, vem propondo a "*relativização*" da coisa julgada material nos casos em que a sentença seja "*gravemente injusta*", afronte preceitos da Constituição Federal ou não se sustente em face aos princípios da moralidade, legalidade, proporcionalidade ou razoabilidade.

A doutrina da chamada "*relativização da coisa julgada*" ou da "*coisa julgada inconstitucional*", propugnada pelo Min. DELGADO, conta com o apoio de grandes processualistas brasileiros como HUMBERTO THEODORO JÚNIOR⁷, JULIANA CORDEIRO DE FARIA⁸, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁹, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹⁰, dentre outros.

DELGADO defende a "relativização da coisa julgada" sob o argumento de que:

(...) nada mais claro e preciso, para o fortalecimento da democracia e do crescimento da confiança nos Poderes, que 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.¹¹

Partindo da ideia de supremacia da Constituição, que também seria ofendida em sendo a sentença "atentatória aos desígnios da natureza, afrontosa à moralidade privada e pública, injusta em seus efeitos"¹², arremata o "pai da relativização da coisa julgada" que "não é concebível, sob o simples argumento da intangibilidade da coisa julgada, aceitar-se descumprimento da Constituição Federal."¹³

⁶ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. Breve histórico da relativização da coisa julgada no Brasil. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31.

⁷ FARIA, Juliana Cordeiro de; THEODORO Jr., Humberto. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *Ibid.*, p. 161-199.

⁸ *Id. ibid.*, p. 161-199.

⁹ *Op. cit.*, p. 33-76.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. *Genesis Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº. 133, janeiro de 2004, p. 07-25.

¹¹ DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. *Manifestações Doutrinárias. Ibid.*, p. 107.

¹² *Id. ibid.*, p. 108.

¹³ *Id. ibid.*, p. 107.

Na mesma linha, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO¹⁴ traçam o que denominam "*premissas básicas*" sobre as reflexões acerca da "relativização da coisa julgada", nos seguintes termos:

"a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como o da Supremacia da Constituição;

b) a coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais;

c) reconhecer-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presente ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe a essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica;

d) pensar-se um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reforçar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. E permitir-se a imunidade e a prevalência de um ato contrário aos preceitos da Constituição, é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança;

e) atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em consequência, de qualquer eficácia jurídica."

Não discrepando, em essência, desse entendimento, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma que a garantia da coisa julgada "não pode ir além dos efeitos a serem imunizados" e "deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil."¹⁵

Segundo esta importante corrente doutrinária, guardadas as peculiaridades do enfoque próprio de cada doutrinador, a sentença em desconformidade com a Constituição não se sustentaria dentro do sistema e, mesmo após o transcurso dos prazos recursais e do prazo decadencial da ação rescisória, poderia ser alterada, sem um prazo definido e através de formas atípicas, eis que não teria se formado validamente.

¹⁴ FÁRIA, Juliana Cordeiro de; THEODORO Jr., Humberto. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *Loc. cit.*, p. 163-164.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Loc. cit.*, 2003, p. 35.

O mesmo ocorreria com a sentença gravemente injusta, eis que dada a gravidade de sua injustiça poderia ser revista a qualquer tempo posto que não encontraria guarida no sistema constitucional brasileiro¹⁶.

De outro lado, a “*relativização da coisa julgada*” é criticada e questionada por vários e não menos importantes processualistas pátrios. Juristas do porte de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁷, NELSON NERY JÚNIOR¹⁸, OVÍDIO BAPTISTA¹⁹, LUIZ GUILHERME MARINONI²⁰, FREDIE DIDIER JÚNIOR²¹, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON²², dentre outros, tecem severas críticas a possibilidade de que, com base em alegações como “*grave injustiça*”, “*inconstitucionalidade*” ou “*falta de razoabilidade*”, se possa, a qualquer tempo e sem forma definida, alterar a sentença transitada em julgada.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA tece inúmeras e importantes ressalvas à doutrina da “*relativização da coisa julgada*”. Para o eminente processualista, tido por muitos como o maior processualista brasileiro²³:

A lei procura, não há dúvida, criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie. Com tal objetivo, ela enseja às partes amplas oportunidades de apresentar ao órgão julgador argumentos e provas; pode autorizá-lo (...) a buscar por iniciativa própria elementos necessários à formação de seu convencimento; abre aos interessados a possibilidade de impugnar, uma ou mais vezes, as decisões que lhes parecerem incorretas; chega, em certas hipóteses (como, entre nós, as do artigo 475 e dispositivos análogos), a fazer obrigatória a revisão, em grau superior, da matéria julgada. Há, porém, um momento em que à preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize. (...)

¹⁶ DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização da coisa julgada material”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 377, janeiro - fevereiro de 2005, p. 43-61.

¹⁸ DIDIER, Fredie Jr. *et al. Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2., p. 505.

¹⁹ *Id. Ibid.*, p. 506.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. 2. Processo de Conhecimento. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 696 - 697.

Id. Ibid.

²¹ DIDIER, Fredie Jr. *et al. Loc. cit.*, p. 504-509.

²² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único, do CPC). *Revista de Processo*, Ano 31, n. 141, novembro de 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20-52.

²³ Opinião de Sérgio Bermudes, Fredie Didier Jr., Min. Luiz Fux, entre outros, conforme apontamentos feitos diretamente pelos mencionados Professores, em sala, durante as aulas do Curso de Especialização em Processo Civil do IDP.

Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material; e, se ela não servir para isso, a rigor nenhuma serventia terá. Subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do álveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto de seu sentido essencial.²⁴

Após tecer comentários acerca da importância da coisa julgada para as partes no processo, para a sociedade e para o Estado, o notável PROCESSUALISTA posiciona-se, claramente, contrário à relativização, esclarecendo que "não hesitamos em negar a possibilidade de toda e qualquer relativização da coisa julgada material além dos limites em que já a prevê o ordenamento positivo."²⁵

Nesta linha, a "*relativização*" da coisa julgada, ao permitir a revisão da sentença a qualquer tempo e por meio de instrumento jurídico sem previsão legal expressa, ou seja, sem forma definida, poderá acarretar a repetição indefinida dos processos, em ofensa não apenas à segurança jurídica, como também à economia processual e efetividade da jurisdição.

OVIDIO BAPTISTA também se posiciona de forma contrária à "*relativização da coisa julgada*". Para o processualista gaúcho, "a injustiça da decisão jamais será argumento para se aniquilar a coisa julgada."²⁶ E, prossegue OVÍDIO:

Humberto Theodoro Jr. diz que só o Direito justo é absoluto, e questiona: o que seria o Direito justo senão o Direito positivo? Poderiam nossos juízes descobrir Direito justo além ou contra o contido nas leis? E, admitindo-se essa hipótese, como as causas chegariam em grau de recurso para a Corte Superior em razão de violação de dispositivo de lei?²⁷

(...)

O que seria uma "grave" ou "séria" injustiça que autorize a quebra da coisa julgada, como disposto por Humberto Theodoro Jr. e por José Delgado? E uma "sentença abusiva", que por ser não - sentença, permitiria o afastamento da coisa julgada, na forma como põe Cândido Dinamarco, seguido o quanto dito por Theodoro Jr.? Admitindo-se esses amplíssimos critérios de relativização da coisa julgada sugeridos pelos ditos processualistas, diz o autor, nada restaria da coisa julgada.²⁸

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização da coisa julgada material. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, janeiro - fevereiro de 2005. v. 377, p. 48.

²⁵ *Id. ibid.*, p. 49-50.

²⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Coisa Julgada Relativa*, cit., p. 218-219. *Apud* DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: Podivm, 2007. vol. 2, p. 505.

²⁷ *Id. ibid.*, p. 505.

²⁸ *Id. ibid.*, p. 505.

Ao final, conclui OVÍDIO BAPTISTA, na linha de BARBOSA MOREIRA, que "negar a coisa julgada que transgrida princípios é questioná-la com base em premissa impalpável e difícil de ser visualizada", esclarecendo que "afinal princípios são normas abertas, cuja aplicação obedece a uma escala de otimização, estranha à incidência das regras legais."²⁹

MARINONI, em sintonia com BARBOSA MOREIRA, traz a seguinte e importante crítica: "Admitir que o Estado-juiz errou no julgamento que se cristalizou implica em aceitar que ele pode errar novamente, quando a ideia de "relativizar" a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça."³⁰

Assim, na linha dos "*não relativistas*", além de se acabar com a segurança jurídica e estabilidade das relações sociais e jurídicas, afrontar a economia processual e obstaculizar a efetividade da jurisdição, a aludida relativização não chegará nem mesmo ao fim último a que se destina, segundo seus defensores, qual seja a realização da justiça.

As duas correntes refletem o eterno embate dos juristas entre os valores da justiça e da segurança. A sociedade almeja um sistema jurisdicional que, ao mesmo tempo seja justo, busque a verdade dos fatos e, com base nela, "atue a vontade concreta da lei"³¹ e, no qual, "o processo se realize e produza resultados estáveis tão logo quanto possível."³²

A fundamentação teórica da doutrina "*relativista*" se assenta na busca pela realização do justo, tendo, destarte, a justiça como fundamento teórico básico. O justo, contudo, na maior parte dos doutrinadores, vem ligado à ideia de supremacia da Constituição.

²⁹ *id. ibid.*, p. 505.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Processo de Conhecimento. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 696.

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. I, p. 50.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). *Coisa Julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 34.

Em lado oposto, os críticos à relativização têm como valor central a segurança jurídica, que também tem assento constitucional. A segurança jurídica, nesta linha, visa a estabilidade das relações sociais e jurídicas e a efetividade da jurisdição.

No que concerne ao tipo de pesquisa, foi adotada a pesquisa dogmática ou instrumental, por buscar a monografia confrontar as doutrinas que se posicionam a favor e contra a "relativização da coisa julgada". Assim, buscou-se verificar a coerência do sistema jurídico e de seus elementos, analisando o tripé básico: legislação, doutrina e jurisprudência.

Quanto ao método, utilizou-se dos métodos monográfico e de estudo de caso.

Note-se que o método monográfico é definido por exclusão em relação aos demais. A delimitação negativa do tema procurou deixar claro que a monografia não fez grandes incursões históricas dos institutos estudados. Da mesma forma, não se valeu a pesquisa, em regra, de fontes do direito comparado, atendo-se à doutrina, legislação e jurisprudência pátrias. Aliás, a jurisprudência pesquisada se limitou aos precedentes dos E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O método monográfico consistiu, portanto, na revisão bibliográfica teórica com acréscimo da legislação e jurisprudência pertinentes.

Foi também realizado estudo de caso, quanto ao posicionamento dos Ministros do Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL acerca da matéria. O paradigma, versando sobre a constitucionalidade do disposto no § 5º, do art. 884, da CLT³³, foi o RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 590.880³⁴, que teve seu julgamento iniciado em 24 de março de 2010, e, ainda não finalizado, em virtude de pedido de vista. A relevância do caso é nítida por ser a primeira oportunidade em que a Corte tratou do tema da "relativização da coisa julgada".

³³ No mesmo sentido dos arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, do CPC.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 1ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=cdttf2n_qhE&feature=Playlist&p=0FDA0B9170FCC14F&playnext_from=PL&index=0&playnext=1>. Acesso em: 25 mar. 2010; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

Por fim, no que guarda às fontes de pesquisa, a monografia teve como principal fonte a bibliografia especializada sobre o tema da coisa julgada, e, mais especificamente, sobre a possibilidade ou não de sua "relativização", além de elucidativos precedentes jurisprudenciais dos Tribunais Superiores do Brasil (no caso, STF e STJ).

Para que o leitor seja devidamente situado no problema, far-se-á necessária a realização de uma análise da coisa julgada no sistema processual civil brasileiro, passando pela coisa julgada formal e material, natureza jurídica, limites objetivos e subjetivos, modos de produção (*non secundum eventum litis*, *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*), efeitos (negativo, positivo e preclusivo), importância para o sistema processual constitucional brasileiro, além das hipóteses e dos instrumentos típicos para sua revisão. Note-se, que as referidas balizas essenciais da coisa julgada, por si só, já são capazes de suscitar diversos questionamentos, eis que a doutrina diverge acerca de vários pontos sobre os mais intrínsecos aspectos do instituto jurídico.

A começar pela séria polêmica acerca da própria natureza jurídica da coisa julgada material, se efeito da sentença (doutrina alemã), ou se qualidade dos seus efeitos (doutrina liebmaniana) ou, ainda, se situação jurídica do conteúdo da sentença, não existe uma unanimidade entre os processualistas estudiosos do tema.

Quanto aos limites também há divergência entre os diversos posicionamentos, havendo aqueles que não admitem que a coisa julgada irradie seus efeitos para terceiros (limites subjetivos), enquanto outros consideram isto inevitável. Também o tema dos limites objetivos suscita diversos questionamentos acerca dos limites da própria ação, em que se deu a formação da coisa julgada material, eis que, alterando-se os elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), ainda que em questão semelhante à anterior, poder-se-á haver novo julgamento, sem ofensa à coisa julgada, por se estar julgando nova e distinta demanda.

A formulação do modo de produção da coisa julgada, que não se dá de forma uniforme em todas as ações, podendo, em determinados casos expressos em lei,

ocorrer *secundum eventum litis* ou *secundum eventum probationis*, fugindo, portanto, à regra *non secundum eventum litis*, já traz, por si só, importantíssima contribuição à defesa da moralidade, legalidade e justiça. Assim, por exemplo, ainda que o pedido formulado em AÇÃO POPULAR OU AÇÃO CIVIL PÚBLICA, por exemplo, seja improcedente, em virtude de falta de provas, poderá haver nova ação, de idêntica natureza a ser analisada pelo Poder Judiciário, sem que haja, com isto, qualquer maltrato à coisa julgada anterior.

O estudo dos efeitos da coisa julgada material (negativo, positivo e preclusivo) também presta enorme contribuição à real concepção do instituto da coisa julgada, podendo servir de baliza para a solução de diversos problemas práticos acerca da coisa julgada, tal como ocorre, com frequência nas lides versantes sobre as chamadas "relações continuativas".

Não se poderia olvidar da natureza constitucional da coisa julgada e, principalmente, acerca da extensão da proteção constitucional do referido instituto, decorrente do próprio princípio da segurança jurídica. Aliás, será a dimensão constitucional que se atribua à coisa julgada base para a resposta às indagações se tal garantia é absoluta ou não e, se não for, em que medida, em quais hipóteses, e de que forma poderia sofrer mitigações ou temperamentos.

Em importante capítulo é feita uma análise dos instrumentos postos no ordenamento jurídico positivo para a revisão da coisa julgada material. Além da análise da ação rescisória, da ação de *querela nullitatis* e da impugnação por erro de cálculo ou erro material, há considerações importantes acerca dos recentes e polêmicos institutos dos embargos ou impugnação da dita "coisa julgada inconstitucional", atualmente, contida nos artigos 741, parágrafo único, 475-L, § 1º, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Estas questões são fundamentais para o estudo da coisa julgada, servindo de base para os principais questionamentos que se fizerem sobre o aludido instituto jurídico. Mas não é só isso ! A análise de cada um desses temas fundantes da coisa julgada poderá servir de resposta para uma série de questões pretensamente tidas como situações em que se teria que "desconstituir atipicamente" ou "relativizar" a

coisa julgada material. Busca-se, no presente trabalho, através do amplo estudo da coisa julgada e suas diversas nuances, a resposta para os principais questionamentos formulados pelos defensores da tese da "relativização da coisa julgada" ou da "coisa julgada inconstitucional".

Somente assim, se poderá responder aos legítimos anseios dos "relativistas", de maneira consistente, fixando-se os reais casos em que haveria a necessidade ou, pelo menos, a pretensão de se "relativizar" a coisa julgada material.

Após a formulação de balizas conceituais necessárias sobre a coisa julgada, o trabalho monográfico excursionará, tanto pela doutrina da "relativização da coisa julgada", como pela lição de seus críticos, buscando, dentro de uma análise principiológica e normativa do sistema, chegar a conclusões acerca da possibilidade ou não de se "relativizar" a coisa julgada material e definir as hipóteses, tempo e modo em que a aludida revisão poderia se dar, acaso viável.

Assim, a monografia terá como foco a *res iudicata* em seus aspectos fundamentais e a "relativização da coisa julgada" à luz das normas jurídicas vigentes, da principal doutrina e da jurisprudência brasileira.

A escolha do tema se deu pela inegável importância do mesmo para os operadores do direito, para os jurisdicionados e para a sociedade como um todo, eis que o problema principal tratado (é possível a "relativização" da coisa julgada material?) diz respeito ao sistema processual que se quer construir, seja privilegiando a busca do valor justiça (tese relativista), seja dando maior peso à segurança jurídica e estabilidade das relações sociais e jurídicas (tese crítica à relativização).

A quase que instintiva noção da importância do tema da coisa julgada para a sociedade brasileira, agregada à divergência entre os doutrinadores que defendem e aqueles que criticam a "relativização da coisa julgada" demonstram a importância do tema sob os aspectos jurídico, acadêmico, político e social.

Justiça e segurança são os limites da fundamentação teórica de cada uma das doutrinas que se confrontam e serão analisadas no presente trabalho.

1. A COISA JULGADA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

1.1. considerações iniciais

A jurisdição³⁵ pode ser definida como uma das facetas do poder estatal, que tem como objetivo social primordial a pacificação das pessoas (eliminando os litígios), se desenvolvendo através do processo, mediante as regras dos procedimentos.

Jurisdição (*iuris dictio*), como sugere a própria origem etimológica do termo, tem como escopo dizer o direito no caso concreto, ou, em outras palavras, *promover a justa composição da lide* (CARNELUTTI), *atuando a vontade concreta da lei*³⁶ (CHIOVENDA).

GIUSEPPE CHIOVENDA, ao tratar do processo, leciona que este:

(...) serve justamente (...) não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei e a efetivá-la, quer dizer, traduzi-la em ato: ou a vontade da lei afirmada pelo autor, a qual, se existente, é efetivada com o recebimento da demanda, ou em caso contrário a vontade negativa da lei, efetivada com a recusa.³⁷ (grifos nossos)

³⁵ "À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade. Na realidade, ela não é uma poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual, assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como função a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado – juiz busca realizar – notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios (supra, nn. 48 ss.). A atividade jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento. (...) A recondução da jurisdição ao conceito político de poder estatal, entendido este como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, é fator importantíssimo para o entendimento da natureza pública do processo e do direito processual, bem como para sua colocação entre as demais estatais e distinção em face de cada uma delas (legislação e administração)." *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil do Processo*. 4 ed., São Paulo – SP: Malheiros, 2004. v. I, p. 298.

³⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Tradução da 2ª Edição Italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tulio Liebman, 2 ed. com introdução do Prof. Alfredo Buzaid, São Paulo – SP: Saraiva, 1965. v. I, p. 5.

³⁷ *Id. ibid.*, p. 5.

Aqui está o escopo jurídico³⁸ da jurisdição: a atuação da vontade concreta da lei, não para criá-la, pois esta já existia prévia e independentemente do processo, porém para certificá-la e efetivá-la, ou seja, traduzí-la em ato.

E esta atuação, como visto, se dá através do processo.

Caso sejam "*preenchidos os requisitos processuais de admissibilidade*"³⁹, "a situação jurídica submetida à apreciação do Poder Judiciário por intermédio da demanda deve ser examinada e decidida, acolhendo-se, ou não, o pedido formulado."

Ocorre que não basta que a questão seja decidida, é necessário para a estabilidade das relações sociais que esta decisão seja definitiva, imutável.

Assim, quando alguém busca o Estado-Juiz para que *componha a lide* ou *atue a vontade concreta da lei*, espera que haja um provimento jurisdicional definitivo sobre a questão.

O provimento jurisdicional, contudo, está sujeito a erros e falhas, decorrentes da própria imperfeição do ser humano. Objetivando mitigar essas falhas, o sistema processual, com acerto, permite que as decisões sejam revistas, através de recursos e outros meios de impugnação.

Contudo, como adverte DIDIER JR.,

Sucedem que a impugnabilidade das decisões não pode ser irrestrita; a partir de certo momento, é preciso garantir a estabilidade daquilo que foi decidido, sob pena de perpetuar-se a incerteza sobre a situação jurídica submetida à apreciação do Judiciário (por ser objeto de um processo, cujo resultado é incerto, a situação jurídica deduzida é uma mera afirmação).⁴⁰

³⁸ Como ensina DINAMARCO, esta atuação jurisdicional do Estado atinge outros níveis além do puramente jurídico. Nesta visão, teria a jurisdição escopos sociais e políticos, além do puramente jurídico. *In: DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo*, 12 ed., São Paulo – SP: Malheiros, 2005, p. 188.

³⁹ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2, p. 477.

⁴⁰ *Id. ibid.*, p. 477.

Os ordenamentos jurídicos em geral, objetivando alcançar decisões mais acertadas, minorando os efeitos da falibilidade humana, permitem a utilização de recursos e outros meios de impugnação. Mas, este direito de revisão não é absoluto. Há, como bem ressaltado por DIDIER JR. *et al.*⁴¹, limites que fazem com que o provimento jurisdicional chegue a um ponto final, passando a ser definitivo, imutável e indiscutível, não apenas naquele processo, mas em qualquer outro.

Para que a jurisdição cumpra seu fim, ou seus escopos⁴², deverá, o processo em determinado momento, prover, portanto, uma decisão definitiva sobre a questão posta em juízo, não podendo se eternizar, sob pena de se tornar inútil, e não atender a qualquer dos seus objetivos.

É justamente aí que surge a *coisa julgada*.

Conforme bem percebido por WAMBIER, "se algo se pode dizer genericamente a respeito da coisa julgada é que se trata de um instituto ligado ao fim do processo e à imutabilidade daquilo que tenha sido decidido."⁴³

Trata-se de instituto ligado a ideia de segurança jurídica, que é "um valor que desde sempre tem desempenhado papel de um dos objetivos do direito"⁴⁴ Esta segurança "diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo" e "às relações jurídicas individualizadas", sendo desempenhada pela coisa julgada.⁴⁵

Esclareça-se, desde logo, que "a coisa julgada não é instrumento de justiça", mas sim "garantia da segurança."⁴⁶

⁴¹ "De uma forma geral, nos ordenamentos jurídicos atuais, admite-se a revisão das decisões judiciais. Mas não sem impor limites. Esgotados ou não utilizados adequadamente os recursos previstos em lei, encerra-se o debate e julgamento final torna-se imutável e indiscutível. Surge, então, a coisa julgada." *Id. ibid.*, p. 477 - 509.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, *op.cit.*, p. 188.

⁴³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Org.). *Curso avançado de processo civil*, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. I, p. 550 – 563

⁴⁴ *Id. ibid.*, p. 550 – 563

⁴⁵ *Id. ibid.*, p. 550. No mesmo sentido, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, destacando que a "coisa julgada é um instituto destinado a estabilidade das relações jurídicas e, por conseguinte, a própria segurança jurídica", confirma a fundamental importância da "estabilidade das relações jurídicas e a consequente segurança jurídica" como "valores de capital importância no convívio social." *In*: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. IV, p. 269 – 312

⁴⁶ *Id. ibid.*, p. 477 - 509

Esta característica prática da coisa julgada remonta às suas origens romanas. CHIOVENDA, a propósito, traz elucidativos ensinamentos:

Para os romanos, como para nós, salvo as raras exceções em que uma norma expressa de lei dispõe diversamente (supra nº 27), o bem julgado torna-se incontestável (*finem controversiarum accipit*): a parte a que se denegou o bem da vida, não o pode mais reclamar; a parte a quem se reconheceu, não só tem o direito de consegui-lo praticamente, em face de outra, mas não pode sofrer, por parte desta, posteriores contestações a esse direito e esse gozo.

Essa é a autoridade da coisa julgada. Os romanos a justificaram com razões inteiramente práticas, de utilidade social. Para que a vida social se desenvolva o mais possível segura e pacífica, é necessário imprimir certeza ao gozo dos bens da vida, e garantir o resultado do processo: *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur* (fr. 6 Dig. de except. rei iud. 44, 2). Explicação tão simples, realística e chã, guarda perfeita coerência com a própria concepção romana do escopo processual e da coisa julgada, que difusamente analisamos nas observações históricas (nº 32). Entendido o processo como instituto público destinado à atuação da vontade concreta da lei em relação aos bens da vida por ela garantidos, culminante na emanção de um ato de vontade (a *pronuntiatio iudicis*) que condena ou absolve, ou seja, reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes, a explicação da coisa julgada só se pode divisar na exigência social de segurança no gozo dos bens.⁴⁷

Em que pesem ideias discrepantes acerca da coisa julgada, que surgiram ao longo dos séculos⁴⁸, conforme observado por CHIOVENDA, bem como pelos processualistas mais modernos, houve um retorno às concepções romanas⁴⁹, permanecendo a coisa julgada como um instrumento prático que visa, não a justiça da decisão, porém a segurança jurídica.

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil, op.cit.*, p. 369.

⁴⁸ "Como, porém, a essa concepção romana se veio contrapondo, através dos séculos, por fatores históricos já por nós miudamente examinados, diferente concepção que valorizou o elemento lógico do processo, e vislumbrou no processo, acima de tudo, questões a resolver e na sentença, antes de tudo, uma definição de questões (*sententia diffinitiva esta quae principale diffini quaestionem*), da mesma forma se procurou a explicação da coisa julgada fora da realidade, e houve quem imaginasse (vimos supra, nº 32) um contrato entre as partes pelo qual se aceita previamente a sentença mesmo injusta, e houve quem atribuisse (e foi a maioria) à palavra do juiz um caráter de verdade presumida, torcendo e treslendo, como demonstramos, os textos romanos. Ainda nos primórdios do século XIX o conceito da presunção de verdade triunfava; de um lado, adotava-o o Cód. Civil francês (do qual se transmitiu, depois, aos Códigos derivados, como o nosso); de outro, constituía o ponto de partida para as divagações transcendentais com que certa doutrina inferia do conceito do ofício do juiz a justificação da coisa julgada." *In*: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil, op.cit.*, p. 369.

⁴⁹ "Contra essa orientação reagiu energeticamente a escola histórica. Savigny (Sistema, VI, pág. 259; tradução Scialoja, pág. 284), sem embargo de não se haver podido emancipar de alguns modos de sentir tradicionais, que se repetem na fórmula com que exprimiu a autoridade do julgado: ficção de verdade, e em sua doutrina sobre a extensão da coisa julgada aos motivos, teve, julgada às razões práticas perfilhadas pelos romanos, e as agitadas polêmicas que se travaram sobre a sua doutrina desfecharam num lento retorno às ideias romanas." *In*: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil, op.cit.*, p. 369.

1.2. coisa julgada formal e material

Com o trânsito em julgado da sentença, seja pelo decurso in *albis* do prazo recursal, seja pela exaustão dos recursos cabíveis, seja, ainda, pela simples inexistência de recurso cabível, forma-se a coisa julgada formal que torna a sentença imutável no processo. Se se tratar de sentença de mérito proferida em processo contencioso, simultaneamente com a coisa julgada formal produz-se a coisa julgada material, que consiste naquela imutabilidade.⁵⁰

Partindo-se da noção inicial de que a coisa julgada é a "*imutabilidade*" da sentença, não mais sujeita a recursos, ou melhor, "a imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial"⁵¹, tem-se que esta "*imutabilidade*" pode ser vista apenas dentro do próprio processo ou projetar-se além desses limites.

A essa imutabilidade da decisão vista apenas dentro do processo chamamos de "coisa julgada formal". No que se refere à coisa julgada vista além dos limites do próprio processo em que proferida a decisão temos a "coisa julgada material".

Não se almeja ver nessas noções iniciais distintivas de coisa julgada formal e material conceitos definitivos, porém, apenas e tão somente balizas iniciais para a definição que se almeja alcançar. Passa-se, portanto, a tratar dos dois institutos, iniciando-se pela "coisa julgada formal".

1.2.1. coisa julgada formal

Entende-se por coisa julgada formal a impossibilidade de alteração do provimento jurisdicional dentro do próprio processo em que foi proferido.

⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *op.cit.*, p. 292

⁵¹ DIDIER JR., Fredie *et al.*, *op.cit.*, p. 478

Essa impossibilidade de alteração ou imutabilidade pode decorrer do esgotamento das vias recursais ou até mesmo do transcurso do prazo recursal sem a interposição do recurso cabível⁵².

É fenômeno endoprocessual, pois se dá dentro do próprio processo.

Tem-se, portanto, a coisa julgada formal como a imutabilidade da decisão, ou melhor, a inalterabilidade da parte dispositiva da sentença, pela perda da faculdade de utilização ou pelo esgotamento dos meios de impugnação disponíveis no sistema processual.

Há, portanto, uma nítida inter-relação entre coisa julgada formal e preclusão.

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, em seu artigo 473, dispõe que "*é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.*"

Preclusão, conceituada por HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, como "a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício"⁵³, pode ocorrer de três formas: temporal⁵⁴, lógica⁵⁵ ou consumativa⁵⁶.

De qualquer forma, como perda da faculdade de produção de um ato processual, a preclusão está intimamente ligada à ideia de coisa julgada formal, que

⁵² *Id. Ibid.*, p. 478

⁵³ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18 ed, Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. I, p. 529.

⁵⁴ "a) *Preclusão temporal:*

O processo é um caminhar sempre para frente, subordinando-se a prazos contínuos e peremptórios (arts. 178 e 183). "Em processo, a capacidade de parte está condicionada pelo tempo." Assim, "decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato"(art. 183).

Tem-se, de tal forma, a preclusão temporal, que se apresenta como "um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual." In: Id. Ibid., p. 529

⁵⁵ "b) *Preclusão lógica:*

É a que "decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro, que se queira praticar também." "Quem, por exemplo, aceitou uma sentença, expressa ou tacitamente, não mais poderá interpor recurso contra ela (art. 503)." In: Id. Ibid., p. 530.

⁵⁶ "c) *Preclusão consumativa:*

É a de que fala o art. 473. Origina-se de "já ter sido realizado um ato, não importa se com mau ou bom êxito, não sendo possível tornar a realizá-lo." In: Id. Ibid., p. 530.

também é a imutabilidade da sentença dentro do próprio processo, seja pelo transcurso do prazo de impugnação, seja pelo esgotamento dos recursos.

A doutrina⁵⁷ fala que a coisa julgada formal é a preclusão máxima. DIDIER JR., ao tratar do tema, afirma que a coisa julgada formal "revela-se, em verdade, como uma espécie de preclusão – (...) -, constituindo-se na perda do poder de impugnar a decisão judicial no processo em que foi proferida. Seria a preclusão máxima dentro de um processo jurisdicional. Também chamada de "trânsito em julgado."⁵⁸

Assim, parte da doutrina⁵⁹ não diferencia coisa julgada formal e preclusão, identificando esta como espécie de preclusão (preclusão máxima).

Há, contudo, doutrinadores que distinguem os dois institutos. Em *TEORIA GERAL DO PROCESSO*, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, aduzem que "a preclusão é o antecedente, de que a coisa julgada formal constitui o subsequente."⁶⁰ Na mesma linha, já lecionava CHIOVENDA que a preclusão:

(...) age em dois momentos": I - "Antes da sentença do juiz, age por meio da prefixação dum ponto até o qual é possível e além do qual não é mais possível introduzir novos elementos de cognição, propor novos pedidos e exceções. Esse é o ponto em que o juiz declara encerrada a discussão da causa com a fórmula "a causa será decidida": a sentença do juiz, ainda se determinada e publicada muito depois desse momento mesmo." e II – "Depois da sentença, a preclusão age mediante prefixação dum termo de impugnações admitidas contra aquela. E assim por diante, no subsequente processo de impugnação e após a sentença nele proferida."⁶¹

E, após o transcurso de ambas as formas preclusivas, "é que se verifica a preclusão definitiva das questões propostas (ou proponíveis) quando no processo se obteve uma sentença não mais sujeita a impugnações." "Sentença passada em julgado (coisa julgada em sentido formal) é como essa sentença se denomina."⁶²

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2, p. 478.

⁵⁸ *Id. ibid.*, p. 478. No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Org.). *Curso avançado de processo civil*. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 551.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie *et al.* *op. cit.*, p. 478

⁶⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 260.

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I, p. 50; 369.

⁶² *Id. ibid.*, p. 50; 369.

Deste modo, *data venia*, não nos parece acertada a distinção feita por LUIZ EDUARDO MOURÃO⁶³, que trata da coisa julgada formal como fenômeno ocorrente fora do processo. Consoante visto, tanto a preclusão como a coisa julgada formal ocorrem dentro do processo. Também, apesar de interessante, com o respeito devido, discordamos da distinção proposta por THEODORO JR.⁶⁴, eis que a preclusão não diz respeito apenas às decisões interlocutórias, podendo existir, como de fato existe, após a sentença, quanto aos recursos.

Mais acertada nos apresenta a lição de ADA PELEGRINI, DINAMARCO e CINTRA⁶⁵, que destacam que a coisa julgada formal depende da preclusão.

Assim, após todas as preclusões, seja aquelas quanto às decisões interlocutórias, seja aquelas atinentes aos recursos interpostos após a sentença, se chegará o momento em que a parte dispositiva de sentença, tanto meritória (art. 269, do CPC), quanto processual (art. 267, do CPC), se tornará imutável, dentro do processo. Aí reside a coisa julgada formal, que, como visto, é consequência última do fenômeno preclusivo, porém não se confunde com o mesmo.

⁶³ "Muito interessante e coerente é o pensamento de Luiz Eduardo Mourão que distingue preclusão e coisa julgada formal de maneira bastante original. Para o autor, coisa julgada formal é a indiscutibilidade externa (fora do processo), que se refere às decisões cujo conteúdo é processual (art. 267 do CPC), em contraposição à coisa julgada material, que é a mesma indiscutibilidade externa, só que das decisões de mérito (art. 269 do CPC), distinguindo-se ambas da preclusão, que opera efeito dentro do processo (indiscutibilidade interna). A distinção entre coisa julgada formal e material teria por base o conteúdo da decisão que uma ou outra torna indiscutível (o que dá coerência à adjectivação do instituto: formal é coisa julgada da sentença processual e material é a coisa julgada da sentença de mérito.)

Esse pensamento ajuda a compreender o complexo fenômeno previsto no art. 268 do CPC, estudado no v. 1 deste curso, em que se veda a repropositura de demanda cujo processo a que deu causa foi extinto sem resolução de mérito – recomendamos a leitura do que ali se disse a respeito do assunto. Para o mencionado autor, o caso é de coisa julgada formal, e não de mera preclusão, pois projeta efeitos para fora do processo em que surgiu, impedindo a rediscussão da questão processual não só no processo em que foi resolvida, mas também em qualquer outro. Esse pensamento também explicaria a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra decisão terminativa, nos casos submetidos ao art. 268 do CPC, que estão examinados no v. 3 deste Curso. Esta lição, ainda, confirma o que foi dito no v. 1, em trecho que precisa ser transcrito: "Há, pois, sentenças que, embora se fundem no art. 267, adquirem status semelhantes aos daquelas que ficam submetidas à coisa julgada material (art. 269 do CPC). Por isso, há quem admita a possibilidade de ação rescisória dessas sentenças, mesmo que não sejam de mérito." Trata-se de lição que, por sua coerência e utilidade, merece ser difundida." In: DIDIER JR., Fredie et al. *op.cit.*, p. 478.

⁶⁴ "(...)a coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo" e "a preclusão é, pois, fenômeno que se relaciona apenas com as decisões interlocutórias e as facultades conferidas às partes com prazo certo de exercício." in: *Id. ibid.*, p 530.

⁶⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 260.

Coisa julgada formal é, portanto, a imutabilidade da parte dispositiva da sentença, tanto de mérito quanto processual, após o transcurso de todos os prazos e formas de preclusão, vista esta inalterabilidade dentro do próprio processo.

1.2.2. coisa julgada material

Mais importante, porém, é o estudo da coisa julgada material, eis que afeta não apenas a relação processual na qual proferida a sentença transitada em julgado, mas tem efeitos dentro e fora do processo.

Nessa linha, "a coisa julgada material é a coisa julgada por excelência"⁶⁶, "fenômeno mais abrangente (que a coisa julgada formal) e que repercute de forma mais incisiva na estabilidade das relações jurídicas."⁶⁷ Tanto é assim que quando nos referimos apenas à expressão "coisa julgada", está-se significando a coisa julgada material. Para referir-se à coisa julgada formal "é necessário que se diga expressamente."⁶⁸

Ela é instituto mais abrangente e importante que a formal, pois é fenômeno endoprocessual e exoprocessual, ou seja, tem reflexos dentro e fora do processo. Nessa linha, DIDIER JR, aponta que:

A coisa julgada material é a indiscutibilidade da decisão judicial no processo em que foi produzida e em qualquer outro. Imutabilidade que se opera dentro e fora do processo. A decisão judicial (em seu dispositivo) cristaliza-se, tornando-se inalterável. Trata-se de fenômeno com eficácia endo/extraprocessual.⁶⁹

A coisa julgada material pressupõe a ocorrência da coisa julgada formal, sendo "um degrau necessário, para que se forme a coisa julgada material."⁷⁰

⁶⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Org.). *op.cit.*, p. 550 – 563.

⁶⁷ DIDIER JR., Fredie *et al. op.cit.*, p. 478.

⁶⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues. (org.). *op. cit.*, p. 550 – 563.

⁶⁹ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 478.

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie *et al. op.cit.*, p. 478

Assim, podemos afirmar, conforme visto até agora, que a preclusão é pressuposto da coisa julgada formal (no processo), que, por sua vez, é pressuposto da coisa julgada material (no processo e fora dele).

Enquanto a coisa julgada formal "torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, pondo-o com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos", a coisa julgada material "torna imutáveis os efeitos produzidos por ela e lançados para fora do processo. É a imutabilidade da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes."⁷¹

Assim, com a ocorrência da coisa julgada material, "nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica."⁷²

"Fazem coisa julgada formal", além das sentenças de mérito, "que acolhem ou rejeitam o pedido do autor", aquelas "que extinguem o processo por carência de ação, por faltar qualquer dos pressupostos processuais, a sentença em que se homologa a transação."⁷³

Já a coisa julgada material "só se produz quando se tratar de sentença de mérito", e, assim, "faz nascer a imutabilidade daquilo que tenha sido decidido para além dos limites daquele processo em que se produziu, ou seja, (...) não se pode mais discutir sobre aquilo que foi decidido em nenhum outro processo."⁷⁴

A coisa julgada material é destinada, portanto, a solucionar definitivamente, não apenas o processo, mas a questão jurídica posta ao exame do Judiciário, pondo um ponto final a respeito da matéria.

Buscando sistematizar a matéria, DIDIER JR. aponta os seguintes pressupostos da coisa julgada material:

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 260.

⁷² *Id. ibid.*, p. 260

⁷³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. (org.). *op.cit.*, p. 551.

⁷⁴ *Id. ibid.*, p. 551.

a) há de ser uma decisão jurisdicional (a coisa é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso); c) o mérito deve ter sido analisado em cognição exauriente; d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal).⁷⁵

Para DIDIER, pouco importa o nome dado à decisão judicial.⁷⁶

Em outro sentido, já lecionava PONTES DE MIRANDA que "coisa julgada, em sentido *lato*, se diz a decisão do juiz – note-se bem a sentença – que põe fim à demanda em juízo, condenando ou absolvendo o réu."⁷⁷ LUIZ GUILHERME MARINONI, coerente com PONTES DE MIRANDA, declara que a coisa julgada "diz com a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença (e não de qualquer tipo de decisão)"⁷⁸. E, prosseguindo, conclui que, deverá se tratar de sentença "de mérito (como se pode acrescentar, a partir da dicção do art. 468), decorrente da preclusão incidente sobre o debate em torno da sentença."⁷⁹

Assim, para que ocorra a coisa julgada material, deverá a sentença ter se tornado imutável, dentro do processo judicial (coisa julgada formal). Este pronunciamento deverá, ainda, ter enfrentado o mérito da questão (art. 269, do CPC) e ter sido proferido em processo de cognição exauriente, o que exclui, por exemplo, as sentenças proferidas em cautelares, nas quais, tem-se mera cognição sumária.

Tem-se, portanto, a coisa julgada material como a imutabilidade da sentença de mérito, proferida na forma do art. 269, do CPC, que, em cognição exauriente, atua a vontade concreta da lei, compondo a lide, com efeitos dentro do processo e fora dele, impedindo que o tema decidido na parte dispositiva da sentença seja rediscutido em outro processo judicial ou em qualquer outra esfera.⁸⁰

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie *et al. op.cit.*, p. 478.

⁷⁶ "(...) qualquer espécie de decisão judicial que preencha os pressupostos acima listados está apta a fazer coisa julgada: decisão interlocutória – como, por exemplo, aquela que julgar antecipadamente parte da demanda (art. 273, § 6º, CPC) ou se limita a julgar antecipadamente a demanda reconvençional -, sentença, decisão monocrática de membro de tribunal e acórdão. Pouco importa o nome da decisão, desde que preencha os mencionados pressupostos." *In: Id. ibid.*, p. 478.

⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. V, p. 106.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2., p. 646.

⁷⁹ *Id. ibid.*, p. 646.

⁸⁰ Assim, com a ocorrência da coisa julgada material, "nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica." *In: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. op. cit.*, p. 260.

1.3. natureza jurídica da coisa julgada

OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA inicia sua lição acerca da coisa julgada com a seguinte e instigante advertência: "O conceito de coisa julgada continua a ser indiscutivelmente um dos temas mais polêmicos e, sem dúvida, um dos mais importantes para a ciência processual civil."⁸¹

A observação do eminente PROCESSUALISTA GAÚCHO já demonstra a complexidade e importância da matéria, cuja doutrina ainda não é pacífica.

Alguns aspectos, contudo, acerca da coisa julgada, conforme visto na parte que trata da "coisa julgada material", não são controvertidos, ou, pelo menos, são relativamente consensuais dentro da doutrina pátria.

Assim tem-se que a coisa julgada é fenômeno exclusivo da atividade jurisdicional⁸². E, neste ponto, conforme afirma OVÍDIO BAPTISTA, "não existe controvérsia"⁸³. Ademais, como também já observado, somente a sentença⁸⁴ de mérito, proferida em processo de cognição exauriente é apta a formar a coisa julgada material.

Por outro lado, quando se indaga acerca da natureza jurídica da coisa julgada material, não há consenso, sendo, ao contrário, bastante distintos os posicionamentos doutrinários sobre o tema.

⁸¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 483 – 521.

⁸² "A coisa julgada (...) é um fenômeno peculiar e exclusivo de um tipo especial de atividade jurisdicional. Se nem todo ato, ou processo jurisdicional, produz coisa julgada, é certo que não a produzem os atos dos demais poderes do Estado (Executivo e Legislativo)."⁸² *In*: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *op.cit.*, p. 483.

⁸³ *Id. ibid.*, p. 483.

⁸⁴ "Somente a sentença – e nem todas elas – poderá oferecer este tipo de estabilidade protetora daquilo que o juiz haja declarado como sendo a "lei do caso concreto", de tal modo que isto se torne um preceito imodificável para as futuras relações jurídicas que se estabeleceram entre as partes perante as quais a sentença tenha sido proferida." *In*: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *op.cit.*, p. 483.

Três posições antagônicas podem ser identificadas na tentativa de se alcançar o que de fato seja a "coisa julgada material" ou, melhor, qual seja sua verdadeira natureza jurídica.

FREDIE DIDIER JR., com a didática e clareza que marcam seus trabalhos, bem posiciona as três vertentes doutrinárias:

Subsistem na doutrina, diferentes acepções sobre o instituto da coisa julgada. Destacam-se as seguintes: 1) a coisa julgada como um efeito da decisão; 2) a coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da decisão; 3) e a coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da decisão.⁸⁵

1.3.1. "efeito da sentença"

A primeira corrente doutrinária, proposta por KONRAD HELLWIG⁸⁶, ROSENBERG, dentre outros juristas alemães entende ser a coisa julgada um efeito da sentença. Entre nós, esta doutrina é bastante importante, sendo, em linhas gerais, seguida por PONTES DE MIRANDA⁸⁷, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁸⁸, LUIS GUILHERME MARINONI⁸⁹, ARAKEN DE ASSIS⁹⁰, etc.

Em linhas gerais, entendem seus seguidores que a coisa julgada se restringe ao elemento declaratório ou, como preferimos dizer, à eficácia declaratória da sentença transitada em julgado.

O que transitaria em julgado, passando a ser imutável, seria apenas a força declaratória da sentença, ou melhor, a força declaratória da parte dispositiva da sentença. Seria a coisa julgada tão somente a declaração de existência ou

⁸⁵ DIDIER JR., Fredie *et al. op. cit.*, p. 478

⁸⁶ *Wesen un subjektive Begrenzunf der Rechtskraft*, 1,s, System, I, 764, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2, p. 642 – 662.

⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *op.cit.*, p. 96 – 146; 160 – 162.

⁸⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 483 – 521.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme *et al. op. cit.*, p. 642 - 662.

⁹⁰ *Apud* DIDIER JR., Fredie *et al. op. cit.*, p. 478

inexistência do direito pleiteado pelo autor. Estariam, portanto, fora da coisa julgada as demais cargas sentencias: constitutiva, condenatória, executiva e mandamental.

A coisa julgada como "efeito da decisão" residiria apenas na declaração. Veja-se, a propósito, a lição do próprio PONTES DE MIRANDA:

"(...) a eficácia da coisa julgada material depende daquela conjunção de dois elementos de classificação em duas classificações diferentes, o transitio formal em julgado e o elemento declarativo."⁹¹

(...)

O peso de eficácia declarativa não precisa ser preponderante (5) para haver a coisa julgada material: basta que seja de eficácia declarativa imediata (4), ou mediata."⁹² (grifamos)

MARINONI, sobre o tema, assim se expressa:

(...) nem todos os efeitos tornam-se imutáveis em decorrência da coisa julgada. Retomando as considerações lançadas no início deste Capítulo, se a coisa julgada representa a imutabilidade decorrente da formação da lei do caso concreto, se ele representa a certificação dada pela jurisdição a respeito da pretensão de direito material exposta pelo autor, somente isso é que pode transitar em julgado. Somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada.⁹³ (grifamos)

Logo, para a doutrina que vê a coisa julgada como "efeito da decisão", apenas a eficácia declaratória seria objeto da coisa julgada, tornando-se imutável. As demais eficácias sentencias poderiam ser alteradas por circunstâncias alheias à sentença (ex. ví.: o pagamento, que retiraria a carga executiva, etc.)

1.3.2. "qualidade dos efeitos da sentença"

ENRICO TULLIO LIEBMAN, em sua célebre obra "*Eficácia E Autoridade Da Sentença E Outros Escritos Sobre A Coisa Julgada*"⁹⁴, inaugura a segunda concepção acerca da coisa julgada.

⁹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *op.cit.*, p. 110.

⁹² *op. cit.*, p. 112.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme *et al.* *op.cit.*, p. 648. No mesmo sentido: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *op.cit.*, p. 496 – 497.

⁹⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 322.

Esta doutrina liebmaniana, seguida por boa parte dos processualistas brasileiros, dentre os quais, incluem-se JOSÉ FREDERICO MARQUES⁹⁵, CÂNDIDO DINAMARCO⁹⁶, ADA PELEGRINI⁹⁷, MOACYR AMARAL SANTOS⁹⁸, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER⁹⁹, HUMBERTO THEODORO JR.¹⁰⁰, etc. define a coisa julgada, não como um efeito da sentença, mas como uma qualidade dos efeitos dela.

Esta qualidade da sentença seria justamente a imutabilidade dos efeitos da sentença transitada em julgada.

Para LIEBMAN¹⁰¹, contrapondo-se à doutrina de origem germânica, não se pode confundir os efeitos da sentença – mais precisamente o efeito declaratório – com a autoridade da coisa julgada (imutabilidade que qualifica esses efeitos). A coisa julgada não é um efeito (declaratório) geral (não só o declaratório, como todos os outros). A respeito do ponto, vale trazer a lição de LIEBMAN:

A autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos próprios da sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.

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

Assim, quando HELLWIG – como já se viu – define a coisa julgada como o efeito específico da sentença que já não seja recorrível e mais precisamente como a eficácia declaratória da sentença, confunde justamente o efeito normal da sentença com a definitividade e incontestabilidade deste efeito.¹⁰²

⁹⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. V., p. 29 – 37.

⁹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al. op. cit.*, p. 260 – 261.

⁹⁷ *op. cit.*, p. 260 – 261.

⁹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 1995. v. 3.

⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19 – 25.

¹⁰⁰ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. I, p. 523 - 542.

¹⁰¹ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

¹⁰² LIEBMAN, Enrico Tulio. *op.cit.*, p. 41.

Mais a frente, arremata o PROCESSUALISTA ITALIANO, no sentido de que "a autoridade da coisa julgada" pode ser definida como:

(...) a imutabilidade do comando emergente da sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.¹⁰³

Neste sentido, "identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica."¹⁰⁴

Seguindo a lição de ENRICO TULIO¹⁰⁵, MOACYR AMARAL SANTOS afirma que "não é a coisa julgada um efeito da sentença, mas a sua própria eficácia, ou aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios (...)."¹⁰⁶ Também TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER¹⁰⁷ se posiciona no sentido de que a coisa julgada nada mais é que uma qualidade da sentença ou "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. Indica a forma como certos efeitos se exteriorizam, a sua força, a sua autoridade. De fato, expressões como imutabilidade, definitividade, intangibilidade exprimem uma qualidade, uma propriedade, um atributo do objeto a que se referem.¹⁰⁸

Deste modo, para a teoria liebmaniana, conforme resume HUMBERTO THEODORO JR. – também seguidor de LIEBMAN –, "apresenta-se a *res iudicata*, assim, como qualidade da sentença (...). Não é efeito da sentença mas a qualidade dela representada pela "imutabilidade" do julgado e de seus efeitos."¹⁰⁹

¹⁰³ *Id. ibid.*, p. 51.

¹⁰⁴ *Id. ibid.*, p. 51.

¹⁰⁵ "Enfileiramo-nos entre os seguidores de Liebman na sua justificação de coisa julgada. Sente-se, aliás, que sua doutrina foi perfilhada pelo legislador, ao conceituar coisa julgada material no Código de Processo Civil, art. 467". In: SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, op.cit.*, p. 53

¹⁰⁶ *Id. ibid.*, p. 53.

¹⁰⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19.

¹⁰⁸ *Id. ibid.*, p. 19.

¹⁰⁹ THEODORO JR., Humberto. *op.cit.* p. 523.

1.3.3. "situação jurídica do conteúdo da sentença"

Surgiu, na doutrina nacional, uma nova visão acerca da natureza jurídica da coisa julgada que, não se enquadraria na concepção alemã de "efeito da sentença", nem na teoria liebmaniana de "qualidade da sentença".

Essa terceira corrente proposta, inicialmente, por MACHADO GUIMARÃES¹¹⁰, ganhou substância com os ensinamentos de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹¹¹, e é atualmente seguida por ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA¹¹², FREDIE DIDIER JR.¹¹³, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA¹¹⁴ entre outros.

A teoria que vê na coisa julgada justamente uma situação jurídica do conteúdo da decisão surge das críticas deflagradas às duas teorias anteriores.

Esclarecedoras são as palavras de BARBOSA MOREIRA, à respeito do tema:

Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial. (...) Em determinado instante, pois, a sentença experimenta notável modificação em sua condição jurídica: de mutável que era, faz-se imutável – e porque imutável, faz-se indiscutível, já que não teria sentido permitir-se nova discussão daquilo que não se pode mudar." Ao nosso ver, porém, o que se coloca sob o pálio da incontestabilidade, "com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada", não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida.¹¹⁵

Corroborando a lição do MESTRE, FREDIE DIDIER JR., busca sintetizá-la:

A terceira e última corrente refere-se à coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da decisão. Consistiria na imutabilidade do conteúdo

¹¹⁰ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de Direito Processual*. Rio de Janeiro/São Paulo: Jurídica Universitária, 1969, *apud* DIDIER, Fredie JR. *et al.*, *op cit.*, p. 485.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa Julgada e Declaração*. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 88 e 89.

¹¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. IV, p. 298.

¹¹³ DIDIER, Fredie JR. *et al.*, *op cit.*, p. 485 e 486.

¹¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19 ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009. vol. I, p. 457 – 461.

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada*. *Temas de Direito Processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 107 e 110.

da decisão, do seu comando (dispositivo), que é composto pela norma jurídica concreta. Não há que falar em imutabilidade dos efeitos, vez que estes podem ser, como já exposto e exemplificado, disponíveis e, pois, alteráveis. Trata-se do entendimento de doutrina autorizada, como Machado Guimarães e Barbosa Moreira. Parece-me o mais adequado.¹¹⁶

Estas são, portanto, as três teorias principais que tratam da natureza jurídica da coisa julgada.

Após a exposição teórica, segue a análise do tema à luz do Código de Processo Civil brasileiro vigente.

1.3.4. o conceito de coisa julgada no CPC de 1973:

O Código de Processo Civil vigente de 1973 trata do conceito de coisa julgada em seu artigo 467, nos seguintes termos:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

ALFREDO BUZAID, que era Ministro da Justiça na época da elaboração do Código de Processo Civil e também foi o autor de seu Anteprojeto, foi aluno de ENRICO TÚLIO LIEBMAN. Este fato, por si só, já explica a inegável influência da doutrina de LIEBMAN no Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

No que pertine especificamente à coisa julgada procurou BUZAID adotar integralmente a teoria liebmaniana de coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença.

Assim, "no Anteprojeto elaborado por Alfredo Buzaid (art. 507) e no Projeto submetido ao Congresso Nacional (art. 471), definia-se a coisa julgada material como 'a eficácia, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais

¹¹⁶

DIDIER, Fredie JR. *et al.*, *op cit.*, p. 485

sujeita a recurso ordinário ou extraordinário'.¹¹⁷ "Eficácia do efeito da sentença" na lição de BUZAID, seria sinônimo de "qualidade do efeito da sentença".

Contudo, como leciona BARBOSA MOREIRA, "por força de emenda apresentada no Senado Federal, passou a redação a ser a que hoje se vê no art. 467 do Código, onde os atributos 'imutável' e 'indiscutível' se ligam à própria sentença, e não ao seu efeito." Por outro lado, o mesmo Código, em seu art. 468¹¹⁸, reza que "a sentença" que julgar a lide tem força de lei.

DIDIER JR. (2007) afirma que, apesar da inegável influência de LIEBMAN, o Código de Processo Civil teria adotado a teoria alemã da coisa julgada como efeito da sentença. Neste ponto, afirma DIDIER (2007) que, a despeito das colocações do MESTRE ITALIANO, o CPC/1973, em seu art. 467, adotou a concepção alemã. Isso porque a redação inicial do Anteprojeto do CPC/73 elaborada por ALFREDO BUZAID – dileto discípulo de LIEBMAN – foi rejeitada, optando o legislador por definir a coisa julgada como eficácia (doutrina alemã) e, não, qualidade (doutrina liebmaniana).

De outro lado, BARBOSA MOREIRA, para quem "a imutabilidade recai sobre o conteúdo da sentença (com todos os seus elementos), e, não, sobre seus efeitos", afirma ter o Código "adotado seu posicionamento no art. 468."¹¹⁹ Conforme BARBOSA MOREIRA, citado por FREDIE DIDIER JR. (2007), o problema da incorporação legislativa da doutrina alemã existiria na lei italiana, mas não no ordenamento brasileiro.

Nos termos do art. 468, do Código de Processo Civil, 'a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas'. 'A sentença', reza o texto, não 'a declaração contida na sentença': a sentença, pois, na sua integralidade enquanto ato decisório, com todos os elementos do *decisum*. Nenhum outro dispositivo legal, de modo explícito ou implícito, aponta em sentido contrário. Por que, então, importarmos um problema que não existe e uma solução que não satisfaz?¹²⁰

¹¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op.cit.*, p. 108.

¹¹⁸ "Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas."

¹¹⁹ *Id. ibid.*, p. 108

¹²⁰ DIDIER, Fredie JR. *et al.*, *op cit.*, p. 484.

Ao tratar da coisa julgada, em seu art. 467, o Código de Processo Civil a define como "a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso (...)", nos parece que o Código, de fato, rejeitou a teoria de LIEBMAN.

Conclui-se, portanto, que o Código de Processo Civil ao definir a "coisa julgada material", em seu art. 467, como "a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário" refutou claramente a teoria de LIEBMAN da coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença. Parece ter se aproximado o Código da tese defendida por BARBOSA MOREIRA, ao tratar a coisa julgada com a ideia de "imutabilidade" da sentença e não de seus efeitos, o que a caracterizaria como uma situação jurídica.

Feitas as considerações pertinentes sobre a coisa julgada posta em nosso Código, segue a análise crítica e tomada de posição acerca do tema – natureza jurídica da coisa julgada.

1.3.5. análise crítica das teorias

Nos termos da lição de PONTES DE MIRANDA¹²¹, tanto as ações como as sentenças podem ter, como, em realidade, têm eficácias declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental.

E, como esclarece o jurista, "nenhuma que se conheça, é sempre pura, isto é, há um só elemento."¹²² Ou seja, toda sentença possui, em maior ou menor grau, algo de cada uma das cinco categorias de eficácia que se conhece.

¹²¹ "As sentenças, como as ações, podem ser declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais e executivas. A força, que têm, é que as classifica. (...) Vai longe o tempo que Adolf Wach (1885) distinguiu três categorias de sentenças (declarativas, constitutivas e condenatórias). O elemento executivo e mandamental são irreduzíveis. (...) A ação só se pode classificar, quanto à qualidade, pela preponderância do elemento declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo. Nenhuma que se conheça, é sempre pura, isto é, há um só elemento. O mesmo acontece às sentenças." In MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op.cit., p. 97.

¹²² *Id. ibid.*, p. 97.

A carga de eficácia que for predominante, contudo, marcará a sentença, como declaratória (quer dizer, com carga predominante de declaração), condenatória (com carga predominante de condenação), constitutiva (com carga constitutiva predominante), executiva (com carga executiva predominante) ou mandamental (com carga mandamental predominante).

Daí, poderemos classificar as sentenças em uma dessas cinco classes.

Nessa linha, não poderia ser a coisa julgada uma nova categoria de eficácia sentencial. Não poderia ser a *res iudicata* uma sexta espécie de sentença.

Esta realidade foi muito bem percebida por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

LIEBMAN efetivamente tem razão ao afirmar que a coisa julgada material não pode ser equiparada a um efeito da sentença, semelhante aos efeitos declaratório, constitutivo, executório, condenatório ou mandamental. Estes cinco são os únicos efeitos que a sentença pode produzir. A coisa julgada deve ser entendida como a maneira, ou uma qualidade, pela qual o efeito se manifesta, qual seja a sua imutabilidade e indiscutibilidade, como afirma LIEBMAN, ou simplesmente sua indiscutibilidade, como julgamos preferir dizer.¹²³

Contudo, o Processualista gaúcho, apesar de entender corretamente que não poderia ser a coisa julgada equiparada a um efeito da sentença, ou, como preferimos dizer, a uma eficácia da sentença, conclui seu pensamento, afirmando que "o que transita em julgado é apenas a declaração que o magistrado faz na sentença de que tal ou qual preceito de lei incidiu, transformando-se na "lei do caso concreto".¹²⁴

Neste ponto, passa o pensamento de OVÍDIO¹²⁵ a ser criticável, como pode ser passível de crítica toda a doutrina que propaga a natureza da coisa julgada como efeito da sentença. Vale, a propósito, trazer a lição de LIEBMAN, que teceu pertinentes considerações contra a visão de que na coisa julgada haveria apenas a carga declaratória:

¹²³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil, op.cit.*, p. 486.

¹²⁴ *Id. ibid.*, p. 498.

¹²⁵ *Id. ibid.*, p. 498.

(...) a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, (...) mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.¹²⁶

Corretos estão LIEBMAN e seus seguidores no sentido de que não apenas a carga declaratória faz parte da coisa julgada material. Na *res iudicata* estão incluídas todas as cargas existentes em cada uma das espécies de sentenças que transitam em julgado.

Logo, não é apenas a sentença declaratória (sentença com carga declaratória predominante -5-, segundo Pontes) ou com carga declaratória imediata (4, ainda, na linguagem pontiana)¹²⁷ que seria passível de formar coisa julgada material, porém, todas as sentenças meritórias de cognição exauriente, sejam elas declaratórias, condenatórias, constitutivas, executivas ou mandamentais.

Interessante, pertinente e acertada, portanto, a lição de LIEBMAN e da maioria da doutrina processual brasileira que vêem a possibilidade da sentença, seja de que espécie for, de formar a coisa julgada material.

E, não é só isso. Mostra a teoria de LIEBMAN¹²⁸ que todas as eficácias ou cargas da sentença também estão incluídas na coisa julgada e que a coisa julgada é na verdade uma qualidade atribuída à sentença, e não apenas seu efeito ou sua eficácia declaratória.

Porém, também a doutrina de LIEBMAN¹²⁹, da coisa julgada como qualidade dos efeitos da decisão, não está imune às críticas.

O problema de LIEBMAN é tratar a coisa julgada como qualidade que torna imutáveis todos os efeitos da sentença. É, daí, que, com razão, surgem as críticas.

¹²⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *op.cit.*, p. 41.

¹²⁷ "O peso de eficácia declarativa não precisa ser preponderante (5) para haver a coisa julgada material: basta que seja de eficácia declarativa imediata (4), ou mediata." *op. cit.*, p. 112.

¹²⁸ LIEBMAN, Enrico Tulio. *op.cit.*, p. 38 a 57.

¹²⁹ *Id. ibid.*, p. 38 a 57.

OVÍDIO, a propósito, esclarece que "esta afirmação" (...) "se não é incorreta, está pelo menos mal formulada. E, explica, citando BARBOSA MOREIRA, que "os efeitos que a sentença produz são perfeitamente modificáveis pela vontade das partes."¹³⁰

BARBOSA MOREIRA com a profundidade que lhe é peculiar, in "*Ainda e sempre a Coisa Julgada*", citado por OVÍDIO¹³¹, tece as seguintes e pertinentes considerações:

Com efeito, o que poderá impedir, por exemplo, que locador e locatário, depois do trânsito em julgado da sentença que houver acolhido a ação renovatória de locação e fixado determinado aluguel, de comum acordo, o modifiquem e passem a praticar um aluguel diferente? Se eles o fizerem, nem por isso o aluguel diverso daquele que fora fixado pela sentença será ilegítimo, de modo a impedir que o locador venha a cobrá-lo judicialmente. Certamente, o juiz não poderá repelir uma tal pretensão sob o fundamento de que a coisa julgada da ação renovatória – cobrindo com o selo da imutabilidade o comando da sentença, como diz LIEBMAN, e todos os seus efeitos – o impediria.

Todavia, seria impossível, por vulnerar a coisa julgada da sentença renovatória, qualquer tentativa, seja do locador, seja do locatário, de vir novamente a juízo pedindo que o juiz declare, em sentido contrário à primeira declaração, que o locatário não tinha, então, direito à renovação do contrato de locação.

Podemos, inclusive, pensar em um exemplo ainda mais simples: Imagine uma sentença condenatória em que A é condenado a pagar a B determinada quantia a título de indenização. Existe, certamente, na sentença, tanto a carga declaratória da condenação como, dentre outras, a carga executiva.

Entendemos que, com o trânsito em julgado, a coisa julgada não apenas conterà a eficácia (força) declaratória, mas todas elas, inclusive a condenatória e a executiva. Assim, todo o conteúdo da sentença permanecerá definitivo.

E se A pagar espontaneamente o valor condenatório a B. O que ocorrerá?

Apesar do conteúdo da sentença permanecer inalterado, os efeitos da sentença, mesmo transitada em julgada, não serão imunizados pela *res iudicata*, eis que poderão ser modificados pelas partes, como, de fato, foram, no exemplo dado.

¹³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, op.cit., p. 495.

¹³¹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, op.cit., p. 495.

Assim, se A paga o valor da condenação à B de forma espontânea, deixará de existir o efeito executivo da sentença, eis que não haverá nada para se executar.

Logo, a coisa julgada imuniza o conteúdo da sentença e não seus efeitos.

E, é, justamente, por isso que se apresenta mais coerente a doutrina de BARBOSA MOREIRA que vê a coisa julgada como uma situação jurídica que torna imutável o conteúdo (todo ele, não apenas o declaratório) da parte dispositiva da sentença¹³².

Este pensamento é corroborado por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA:

Liebman afirmou que a coisa julgada não é um efeito da sentença, algo que decorra naturalmente dela, mas sim uma qualidade que passa a revesti-la (e a seus efeitos, segundo a concepção daquele eminente processualista) a partir de certo momento.

Parece-me, porém, e com a devida vênia aos defensores da posição dominante na doutrina brasileira, que também a tese liebmaniana se revela inadequada. A coisa julgada, é certo, não pode ser tida como efeito da sentença. Não é, tampouco, qualidade dela, e isto me afasta, em definitivo, das principais proposições de Liebman acerca da coisa julgada.

A meu juízo, a coisa julgada se revela como uma situação jurídica. Isto porque, com o trânsito em julgado da sentença, surge uma nova situação, antes inexistente, que consiste na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da sentença, e a imutabilidade e indiscutibilidade é que são, em verdade, a autoridade de coisa julgada. Parece-me, pois, que a coisa julgada é esta nova situação jurídica, antes inexistente, que surge quando a decisão judicial se torna irrecorrível.¹³³

Ademais, "qualidade" de alguma coisa parece ser característica inerente desta coisa. E a sentença já não nasce definitiva e nem tem sua imutabilidade desde quando é proferida, mas apenas após o trânsito em julgado.

¹³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa Julgada e Declaração. Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 88 e 89; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. Temas de Direito Processual. Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 107 e 110.

¹³³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil, op.cit.*, p. 461. No mesmo sentido DIDIER JR. *et al*: "(...) Entendemos que a coisa julgada é um efeito jurídico (uma situação jurídica, portanto) que nasce a partir do advento de um fato jurídico composto consistente na prolação de uma decisão jurisdicional sobre o mérito (objeto litigioso), fundada em cognição exauriente, que se tornou inimpugnável no processo em que foi proferida. E este efeito jurídico (coisa julgada) é, exatamente, a imutabilidade do conteúdo do dispositivo da decisão, da norma jurídica individualizada ali contida. A decisão judicial, neste ponto, é apenas um dos fatos que compõe o suporte fático para a ocorrência da coisa julgada, que, portanto, não é um seu efeito." *In*: DIDIER, Fredie JR. *et al.*, *op cit.*, p. 486.

De outro turno, ao contrário do que afirma PONTES DE MIRANDA¹³⁴, a sentença não se torna sentença somente com a coisa julgada. Ela já nasce sentença, porém, após o trânsito em julgado, torna-se definitiva. A esta situação jurídica de definitividade, imutabilidade, inalterabilidade, chamamos coisa julgada¹³⁵.

Também, por esta razão, nos afigura mais correta, *data venia*, a lição de BARBOSA MOREIRA¹³⁶ e de seus seguidores, no sentido de ser a coisa julgada uma situação jurídica, caracterizada pela imutabilidade do conteúdo da decisão, advinda do trânsito em julgado, decorrente das preclusões e da coisa julgada formal.

O conteúdo, não apenas o declaratório, mas todos os possíveis conteúdos da parte dispositiva da sentença tornam-se imutáveis e indiscutíveis. Os efeitos no mundo real, contudo, poderão ser alterados, como demonstrado.

É, portanto, a coisa julgada, conforme visto, situação jurídica consistente na imutabilidade e indiscutibilidade do conteúdo da parte dispositiva da sentença judicial meritória de cognição exauriente, e não dos seus efeitos.

¹³⁴ "(...) Antes do trânsito em julgado a sentença não é verdadeiramente sentença (note-se bem: "não é"). (...) Quando um juiz profere uma sentença, ou um tribunal lavra um acórdão, e dela ou dele cabe recurso, ainda não há verdadeiramente sentença, *vera sententia*, conforme disse Manuel Gonçalves da Silva. (...) Se transita em julgado, sim." *In*: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil, op.cit.*, p. 105 e 106.

¹³⁵ Note-se que, como se verá, esta imutabilidade é relativa, pois a sentença mesmo transitada em julgado, poderá ser modificada, por exemplo, através da ação rescisória.

¹³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa Julgada e Declaração. Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 88 e 89, e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. Temas de Direito Processual. Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 107 e 110.

1.4. limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

Os processualistas brasileiros, em geral, tratam da questão dos limites da coisa julgada em seus aspectos objetivos e subjetivos.

PONTES DE MIRANDA, além dos limites objetivos e subjetivos, fala, ainda, em limites temporais e espaciais. Assim, para PONTES, "os limites da coisa julgada material ou são no tempo, ou no espaço, ou objetivos ou subjetivos"¹³⁷, podendo ser definidos nos seguintes termos:

a) no tempo, porque ela fixa o estado da realidade regradada pela lei em dado momento, atribuído à interpretação que a sentença adotou, tal como lhe pareceu (julgou) após o encerramento do debate (art. 456), eficácia de força material (não de lei). (...)

b) no espaço, porque o Estado somente tem competência para a força material dentro do seu território, sendo extensão o reconhecimento da coisa julgada das sentenças estrangeiras dentro de cada país.

c) quanto ao objeto, porque a coisa julgada é adstrita ao pedido e ao reconhecido pela sentença. Ainda mais: respeita os fatos, porque o legislador não permitiu ao julgador que os mude (nem um nem outro o poderiam fazer), e daí os mesmos fatos, que aqui se têm por provados, serem suscetíveis de se considerarem não provados noutra processo. Limita-se às relações jurídicas, no propósito, nem sempre alcançado, de fazer coincidirem incidência da regra abstrata e aplicação da regra a casos concretos. (...)

d) quanto aos limites subjetivos, a coisa julgada somente atinge as partes do processo (*res iudicata ius facit inter partes*). O terceiro pode intentar demanda contra uma das partes e ganhar, a despeito da contradição lógica entre os julgados. Não há contradição jurídica, porque a sentença anterior não entra em contato com a posterior, devido à delimitação pessoal das coisas julgadas.(...)¹³⁸

Com relação ao limite espacial, ou territorial, impecável é a doutrina pontiana, eis que, de fato, a coisa julgada formada em determinado país somente é válida, a princípio, dentro de seu território. Essa regra, entre nós, é consagrada, no CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, em seu art. 1º, que reza que "a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece."

¹³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. V, p. 121.

¹³⁸ *Id. ibid.*, p. 121 e 122.

Bastante esclarecedora também é a norma do art. 483, do CPC: "A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal."

Assim, para que a sentença transitada em julgado, proferida em outro país, possa valer no Brasil, haverá a necessidade de, cumprindo os requisitos do art. 15, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942), que em linhas gerais são repetidos no Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, passar pelo PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA, atualmente de competência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (art. 105, I, i, da CF/88, acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

Já o dito limite temporal, propugnado por PONTES DE MIRANDA¹³⁹ é passível de crítica. Para justificar seu pensamento, PONTES DE MIRANDA exemplifica:

(...) se A pleiteou o pagamento de alugueres contra B e ganhou, a sentença tem de configurar até quando são devidos esses alugueres. Se foram pedidos os vencidos, não se haveriam de compreender os vincendos até cessar a obrigação; mas a lei, devido ao dispositivo da sentença, que não poderia ser estendido no futuro (...), acudiu com o preceito do art. 290.¹⁴⁰

Com a licença devida, não nos parece mais adequado o pensamento supra transcrito acerca de "limites temporais" da coisa julgada. Os exemplos citados por PONTES DE MIRANDA¹⁴¹ dizem respeito, não ao conteúdo do comando sentencial transitado em julgado, que permanece imutável, porém, aos seus efeitos no mundo dos fatos, que, como já visto, podem ser alterados no tempo.

Assim, "se A pleiteou o pagamento de alugueres contra B e ganhou" os efeitos externos da sentença "tem de configurar até quando são devidos esses alugueres". Contudo, a situação jurídica representada pela imutabilidade do conteúdo da sentença, por outro lado, permanecerá inalterada.

¹³⁹ *Id.Ibid.*, p. 121.

¹⁴⁰ *Id.Ibid.*, p. 121.

¹⁴¹ *Id.Ibid.*, p. 121.

Deste modo, falar-se em limite da coisa julgada no tempo é confundir o conteúdo da sentença transitada em julgado com seus efeitos externos, com seus efeitos no mundo fático. Na mesma linha, não aceitando limites temporais à coisa julgada, leciona ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA:

Como qualquer norma ou comando, a autoridade da coisa julgada tende a agir no futuro, estabelecendo preceito, "imutável e indiscutível", para ser observado a partir de sua formação. "A coisa julgada projeta-se para o futuro", escreveu Moacyr Amaral Santos. E tal é a persistência da autoridade da coisa julgada no tempo que a doutrina proclama o princípio geral da resistência do julgado à lei nova, erigido no Brasil em garantia constitucional. Assim, não parece admissível falar em limite temporal da coisa julgada ou de sua autoridade. A coisa julgada perdura para sempre, exceção feita apenas para o caso de ação rescisória julgada procedente, jamais perdendo a sua autoridade para reger, de modo incontestável, a situação jurídica litigiosa apreciada "nos limites da lide e das questões decididas."¹⁴²

Não há que se falar, portanto, em limites temporais da coisa julgada, mas apenas de seus efeitos.

Superada a análise dos ditos limites da coisa julgada no tempo e no espaço, devem ser feitas algumas considerações acerca dos seus limites objetivos e subjetivos.

1.4.1. limites objetivos da coisa julgada

Após percebermos que a coisa julgada material é formada na sentença judicial, definitiva (que analisa o mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido), de cognição exauriente¹⁴³, em processo contencioso¹⁴⁴, cabe indagar sobre que parte dessa sentença poderá estar acobertada pelo manto da *res iudicata*.

¹⁴² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. IV, p. 294.

¹⁴³ Estão excluídas, portanto, as sentenças proferidas em ações cautelares. Porém, como lembra Pontes de Miranda, acaso seja acolhida alegação de prescrição ou decadência, mesmo em cautelar, haverá a formação de coisa julgada material. Neste sentido: "A coisa julgada, em se tratando de processo cautelar, é afastada (arts. 810 e 817), salvo acolhida a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor. Trata-se de eficácia que especialmente se admite." In MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op.cit.*, p. 138.

Responder a este questionamento é justamente definir os limites objetivos da coisa julgada.

A doutrina é unânime em afirmar que apenas a parte dispositiva da sentença é objeto da coisa julgada, ficando, portanto excluídos os motivos ou fundamentos da decisão, bem como as questões interlocutórias ou ainda a verdade dos fatos.

Neste sentido, lecionam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que "(...) apenas o dispositivo da sentença, entendido como a parte que contém a norma concreta, ou preceito anunciado pelo juiz, é apto a revestir-se da autoridade da coisa julgada material."¹⁴⁵

Também DIDIER JR. afirma que:

Somente se submete à coisa julgada material a norma jurídica concreta, contida no dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal, conforme o art. 468, CPC). A solução das questões na fundamentação (incluindo a análise das provas) não fica indiscutível pela coisa julgada (art. 469, CPC), pois se trata de decisão sobre questões incidentes.¹⁴⁶

Ocorre que, como bem lembra o JURISTA BAIANO, "a solução para esse problema nem sempre foi tranquila. O estabelecimento dos limites objetivos da coisa julgada foi alvo de vetusta e intensa polêmica na dogmática processual."¹⁴⁷ Isto porque o legislador do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, ao tratar do tema no art. 287, inspirou-se no art. 290, do Código Italiano, porém, não realizou a correta tradução do dispositivo. Essa falha gerou dúvidas de interpretação que levaram,

¹⁴⁴ Estão excluídas, portanto, as sentenças proferidas nos processos de jurisdição voluntária (art. 1111, do CPC). É importante, lembrar, todavia, que, conforme lição de WAMBIER, "(...)o fato de não se produzir coisa julgada em jurisdição voluntária não significa que se possa pleitear a alteração do provimento jurisdicional concedido, a qualquer tempo e imotivadamente. Só se pode provocar a alteração da situação fática que justifique o pleito. Assim, se se requer a interdição de alguém, e se a obtém, só se pode requerer seu levantamento se as razões que levaram a que se requeresse a interdição desaparecerem." In WAMBIER, Luiz Rodrigues. (org.). *Curso avançado de processo civil*. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 552.

¹⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 262.

¹⁴⁶ DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2, p.

486

¹⁴⁷ *Id. ibid.*, p. 486.

como lembra DIDIER¹⁴⁸, muitos processualistas a defenderem que as questões prejudiciais, entendidas como aquelas de cuja solução dependerá o teor do pronunciamento final, estariam também incluídas na coisa julgada.

PONTES DE MIRANDA, a esse respeito, sempre defendeu que as decisões prejudiciais e interlocutórias não formariam a coisa julgada material, sendo "simples preparações para aquela sentença de acolhida do pedido ou de rejeição dele. Não têm força material de coisa julgada."¹⁴⁹

A solução da questão prejudicial, fará, por outro lado, coisa julgada se for proferida na forma de AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL (art. 325¹⁵⁰, do CPC), conforme expressamente dispõe o CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, no art. 470¹⁵¹.

O problema relativo à redação do art. 287, do Código de 1939, foi corrigido no atual Código de Processo Civil. Assim, o atual Código Buzaid trata dos limites objetivos da coisa julgada, nos seguintes termos:

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questão decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Destarte, nos termos do atual Código Processual Civil, os limites objetivos da coisa julgada restringem-se aos "limites da lide e das questão decididas" (art. 468). E, o art. 469, expressamente, exclui, desses limites, "os motivos", "a verdade dos fatos" e "a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo".

¹⁴⁸ *Id. ibid.*, p. 487.

¹⁴⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *op.cit.*, p. 138.

¹⁵⁰ Art. 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º).

¹⁵¹ Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Assim, faz coisa julgada material a parte dispositiva da sentença, que é onde estão "as questões decididas".

Bastante importante é a menção aos "limites da lide". Ao comentar o referido artigo, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA leciona que:

Realmente, ao estabelecer que a sentença tem força de lei nos limites da lide, o preceito indica não apenas que a coisa julgada material conceituada no artigo 467 se forma tão somente no processo contencioso, em que se pode falar de lide, mas também que sua autoridade característica se vincula aos elementos da lide, a saber: os sujeitos, a causa de pedir e o pedido. (Código de Processo Civil, artigos 301, §§ 1º e 2º)¹⁵²

Também MARINONI, além de identificar que "a extensão objetiva da coisa julgada limita-se à parte dispositiva", salienta que "dimensiona-se esta imutabilidade pelo exame dos três elementos que identificam a ação, ou seja, pela observação das partes, do pedido e da causa de pedir." Mas o processualista paranaense não fica apenas neste ponto, vai além, concluindo que "modificado algum desses elementos, estar-se-á evidentemente diante de uma nova ação, para a qual nenhuma relevância possui a existência de coisa julgada na demanda anterior."¹⁵³

Mais adiante, ao tratarmos da chamada "eficácia preclusiva da coisa julgada", disposta no art. 474, do CPC, verificar-se-á que, como adverte WAMBIER, não se deverá confundir "a impossibilidade de se usar um argumento que não foi deduzido expressamente numa determinada ação já finda, num outro processo posterior, com a possibilidade de se formular o mesmo pedido com outra causa de pedir, permitida pelo nosso sistema."¹⁵⁴

Ocorre que, como lembrado por MARINONI, o limite entre as duas situações é tênue, muitas vezes sendo bastante subjetivo¹⁵⁵. Mas, este ponto será melhor tratado mais adiante.

¹⁵² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 298.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2, p. 651.

¹⁵⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues. (org.). *Curso avançado de processo civil*. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 555.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Loc. cit.*, p. 661 e 662.

Outra questão que se coloca é quanto a menção da lei à sentença que julgar "total ou parcialmente a lide". Por óbvio, como destacado por ARAÚJO CINTRA, que "embora falando em sentença que julgar parcialmente a lide, é certo que a disposição em exame não pode ser interpretada no sentido de facultar ao juiz o proferimento de sentença *citra petita*."¹⁵⁶

O dispositivo legal trata das sentenças parciais, proferidas em processos, ditos parciais, segundo classificação de CARNELUTTI.¹⁵⁷ Seriam sentenças como aquelas proferidas, por exemplo na AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, na qual haverá uma primeira sentença (dita parcial) que dirá se deve a parte prestar ou não as contas, e, em uma outra fase, uma segunda sentença, acerca das contas já apresentadas¹⁵⁸.

Temos, portanto, que os limites objetivos circunscrevem-se à parte dispositiva da sentença de mérito, dentro dos limites da lide, proferida em processo de cognição exauriente, não fazendo coisa julgada os motivos, ainda que relevantes para o julgamento, nem a verdade dos fatos ou as questões prejudiciais decididas incidentalmente.

1.4.2. limites subjetivos da coisa julgada

Outro limite fundamental da coisa julgada é o limite subjetivo. Trata-se de saber quem estará submetido à coisa julgada.

¹⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. IV, p. 298.

¹⁵⁷ "O teor do artigo 468 tem sua fonte remota no chamado Projeto Carnelutti e foi redigido à vista da conhecida distinção entre processo integral e processo parcial, elaborada por seu autor." In *Id. ibid.*, p. 298.

¹⁵⁸ "Essa distinção, no entanto, foi objeto de certa crítica de Calamandrei, para quem, no campo jurídico, todos os processos se podem chamar integrais no sentido de que servem para resolver a lide por inteiro, tal como apresentada ao juiz através da demanda, resultando a ideia de processo parcial de uma visão de sua relação com a lide no seu aspecto sociológico, econômico ou psicológico." in CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 298.

Na sistemática do Código de Processo Civil, a coisa julgada opera-se, em regra, *inter partes*, ou seja, entre as partes do processo. É a consagração do princípio de origem romana da *res inter alios iudicata, aliis non praeiudicare*¹⁵⁹.

Contudo, existem hipóteses em que, seja pela natureza do bem jurídico tutelado, seja pela natureza coletiva do próprio processo, etc., a coisa julgada poderia operar-se *ultra partes* ou *erga omnes*.

1.4.2.1. coisa julgada *inter partes*

Inicialmente, cabe trazer *considerações* sobre a coisa julgada com eficácia *inter partes*, que, como dito, é a regra geral do Código de Processo Civil. Nas palavras de FREDIE DIDIER JR.:

A coisa julgada *inter partes* é aquela a que somente se vinculam as partes. Subsiste nos casos em que a autoridade da decisão passada em julgado só se impõe para aqueles que figuraram no processo como parte.¹⁶⁰

O Código de Processo Civil, em seu art. 472, consagra a referida regra:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado da pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Assim, no sistema processual civil brasileiro, a regra é que a coisa julgada opera-se apenas entre as partes do processo (art. 472, do CPC – primeira parte).

Sobre a questão da segunda parte do art. 472, do CPC (causas relativas ao estado da pessoa), como bem observado por DIDIER, "a redação do dispositivo pode dar a falsa impressão de que, em ações de estado, a coisa julgada é *ultra partes*."¹⁶¹

¹⁵⁹ Esta regra encontra-se no Digesto (D. 42, I, 63), conforme lição de Alexandre Freitas Câmara in CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, Vol. I, 19ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 472.

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: *Podivm*, 2007. v. 2, p. 488.

Contudo, como bem esclarece o PROCESSUALISTA BAIANO:

(...) a regra diz respeito ao litisconsórcio: em ações de estado, todos os interessados devem ser citados, para que a sentença seja válida e lhes possa ser eficaz. Impõe-se a necessidade do litisconsórcio em tais situações, de resto já extraível do art. 47 do CPC. Se todos os interessados forem citados, todos se submeterão à coisa julgada, porque terão sido parte no processo.¹⁶²

Desse modo, mesmo "nas causas relativas ao estado de pessoa", tais como a ação que versa sobre a interdição de incapaz¹⁶³, não haveria coisa julgada *ultra partes*, mas litisconsórcio necessário na forma do art. 47, do CPC. Logo, também quanto a hipótese da parte final do art. 472, do CPC, o que existe é coisa julgada *inter partes*.

A regra de que a coisa julgada somente poderá atingir as partes do processo tem inspiração nas garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, CF).

Isto porque, como esclarece DIDIER JR., "ninguém poderá ser atingido pelos efeitos de uma decisão jurisdicional transitada em julgado, sem que se lhe tenha sido garantido o acesso à justiça, com um processo devido, onde se oportunize a participação em contraditório."¹⁶⁴

Contudo, como lembra LUIZ RODRIGUES WAMBIER, "como as relações jurídicas, no plano do direito material, acontecem muito freqüentemente de modo interligados, é muito comum que terceiros acabem sofrendo efeitos decorrentes de decisão proferida em processos de que não fizeram parte."¹⁶⁵

¹⁶¹ *Id. ibid.*, p. 493.

¹⁶² *Id. ibid.*, p. 493.

¹⁶³ "A sentença de interdição é imutável perante todos, não porque tenha operado a coisa julgada em relação a todos, mas porque a coletividade não tem legitimidade *ad causam* para propor ação que venha a rediscutir a interdição de determinada pessoa." *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 655.

¹⁶⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: *Podivm*, 2007. v. 2, p. 488.

¹⁶⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. (org.). *Curso avançado de processo civil*. 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1, p. 555.

Daí, surgirem situações em que estes terceiros poderiam ser atingidos de fato, sem, contudo, serem atingidos pela coisa julgada, ou ainda, situações nas quais incidiria também contra eles a *res iudicata*.

No primeiro caso, poderá o terceiro prejudicado "insurgir-se contra esta (inclusive em outro processo), porquanto não é atingido pela coisa julgada material.¹⁶⁶ Aliás, a lei, visando prevenir problemas dessa ordem, permite a assistência (arts. 50 a 55, do CPC) e a intervenção de terceiros (arts. 56 a 80, do CPC)¹⁶⁷.

O que sempre objetivou o sistema processual, desde a Roma antiga, foi que o terceiro jamais fosse atingido pelos efeitos da coisa julgada em processo no qual não foi parte e, portanto, não pode se defender.

Daí, porque muitos juristas entendem que a regra de que a coisa julgada somente se opera *inter partes* seria absoluta.

Nesse sentido, de forma categórica, afirma PONTES DE MIRANDA que "a coisa julgada material não atinge a esfera jurídica de terceiro, ainda que de fato o prejudique."¹⁶⁸

Também MARINONI conclui que "somente as partes precisam da coisa julgada. Não fosse a coisa julgada, em função da legitimidade de que ostentam para discutir a sentença, poderiam debater o conflito de interesses ao infinito."¹⁶⁹ E, nesta linha, prossegue, afirmando que "para esses sujeitos, sim, a coisa julgada resulta em utilidade, pondo fim, (...) à controvérsia, e tornando definitiva a solução judicial oferecida. Por isso, somente as partes é que ficam vinculadas pela coisa julgada."¹⁷⁰

¹⁶⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 263.

¹⁶⁷ "Aliás, como se viu anteriormente, a lei engendra expedientes de que se podem valer esses terceiros para intervir no processo, que deve produzir decisão que os atingirá inexoravelmente de modo indireto, de molde a poderem influir no teor dessas decisões." In: WAMBIER, Luiz Rodrigues. (org.). *op.cit.*, p. 555

¹⁶⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, *op. cit.*, p. 138

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, p. 654.

¹⁷⁰ *Id. ibid.*, p. 654.

Deste modo, assim, como PONTES, MARINONI entende que "embora terceiros possam sofrer efeitos da sentença de precedência, é certo que a autoridade da coisa julgada não os atinge."¹⁷¹

1.4.2.2. coisa julgada *ultra partes* e coisa julgada *erga omnes*

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, em obra específica sobre o tema, com a qual logrou a cadeira de Professor Titular de DIREITO PROCESSUAL CIVIL da FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO, apesar de afirmar que "em princípio, a sentença e a coisa julgada não alcançam as relações jurídicas de terceiros" e que "diante das garantias constitucionais do contraditório e da isonomia processual, a coisa julgada vincula exclusivamente os sujeitos que participam no processo"¹⁷², acaba trazendo exemplos de efeitos *ultra partes* ou *erga omnes* da coisa julgada¹⁷³.

A coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge não só as partes do processo, como também determinados terceiros. Os efeitos da coisa julgada estendem-se a terceiros, pessoas que não participaram do processo, vinculando-os.

Por outro lado, a coisa julgada *erga omnes* é aquela cuja eficácia atinge a todos e não apenas as partes que participaram do processo (*inter partes*) ou alguns terceiros (*ultra partes*).

Ressalte-se que, conquanto alguns não diferenciem a coisa julgada *erga omnes* da coisa julgada *ultra partes*, eis que, "de fato, uma coisa julgada nunca submete todos, em qualquer lugar; apenas alguns terceiros, que mantivessem algum vínculo com a causa", assim como DIDIER JR.¹⁷⁴, optamos pela diferenciação por razões didáticas e porque a distinção também é "feita pelo direito positivo."

¹⁷¹ *Id. ibid.*, p. 655.

¹⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 346.

¹⁷³ *Id. ibid.*, p. 347 a 350.

¹⁷⁴ DIDIER JR., Fredie *et al. op.cit.*, 2007. v. 2, p. 491.

1.4.2.2.1. coisa julgada *ultra partes*

Visando organizar essas ideias, DIDIER¹⁷⁵, trata das seguintes situações em que a coisa julgada produz eficácia *ultra partes*: substituição processual, legitimação concorrente, decisão favorável a um dos credores solidários e ações coletivas que versem sobre direitos coletivos em sentido estrito.

A substituição processual, segundo ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, ocorre "naqueles casos em que a parte era um legitimado extraordinário, o qual se encontrava em juízo, atuando, em nome próprio, na defesa de interesse alheio, sendo certo que o legitimado ordinário não foi parte do processo."¹⁷⁶ É o caso, por exemplo, da associação que demanda em nome do associado.

Nestes casos, "a coisa julgada que se forma para o substituto processual se forma, também, para o substituído."¹⁷⁷ Ademais, não poderia ser de outra fora, pois "o substituído não é verdadeiro terceiro, já que é ele (e não o substituto) o titular do interesse levado a juízo."¹⁷⁸

Também, nos casos de "legitimação concorrente", a coisa julgada incidirá *ultra partes*. A legitimação ou legitimidade será concorrente quando atribuída a mais de uma pessoa. Assim, pode se dar tanto no campo da legitimidade ordinária, como na ação de cobrança de dívida ajuizada por credor solidário; como na legitimidade extraordinária, como acontece no condomínio.

Como visto, apesar de DIDIER tratar o caso da "decisão favorável a um dos credores solidários" como hipótese autônoma de coisa julgada *ultra parte*, na qual o efeito da sentença "se estende aos demais nos termos do art. 274 do CC-2002"¹⁷⁹, na verdade, como visto, trata-se de caso típico de legitimação concorrente ordinária.

¹⁷⁵ *Id. ibid.*, p. 488 a 490.

¹⁷⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19 ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009. v. 1, p. 473.

¹⁷⁷ *Id. ibid.*, p. 473.

¹⁷⁸ *Id. ibid.*, p. 473.

¹⁷⁹ DIDIER JR., Fredie *et al. op.cit.*, 2007. v. 2, p. 490.

Por fim, DIDIER JR. menciona "a existência de coisa julgada *ultra partes* nas ações coletivas que versem sobre direitos coletivos em sentido estrito, conforme a letra do art. 103, II, CPC." Nestes casos, "a coisa julgada formada (...) não se limita a atingir as partes originárias do processo, alcançando, também, todos os membros da categoria, classe ou grupo, que são ligados entre si ou com a parte adversa por uma relação jurídica base."¹⁸⁰

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, sobre o tema leciona que "tratando-se de direitos coletivos, a coisa julgada estende-se *ultra partes* (limitada ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica base), excetuando-se igualmente a improcedência do pedido decorrente da insuficiência de provas."¹⁸¹

Além dessas hipóteses (substituição processual, legitimação concorrente e direito coletivo), ALEXANDRE FREITAS CÂMARA ainda trata da sucessão processual como caso em que a coisa julgada também teria eficácia *ultra partes*:

Outra hipótese que merece consideração é a da sucessão (entre vivos ou *mortis causa*) na relação jurídica deduzida no processo onde se formou a coisa julgada. Não pode haver dúvidas de que a coisa julgada impede nova discussão sobre o que já foi decidido também para o sucessor. Assim, por exemplo, se num processo em que foram partes Fulano e Beltrano, a sentença declara que o primeiro é titular de um determinado direito, não pode Sicrano, filho de Beltrano, pretender, após a morte deste discutir aquela mesma questão, alegando que, por não ter sido parte no processo, não estaria atingido pelos limites da coisa julgada.¹⁸²

E, FREITAS CÂMARA prossegue esclarecendo que "isto se dá porque o sucessor assume a posição do sucedido na relação jurídica". Logo, porque "passa a ocupar a posição que antes era de quem foi parte no processo em que se formou a coisa

¹⁸⁰ *Id. ibid.*, p. 490.

¹⁸¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op. cit.*, p. 349.

¹⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 19 ed., 2. tiragem, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009. v. 1, p. 473.

julgada" (...) também será alcançado pela "imutabilidade e indiscutibilidade da sentença".¹⁸³

Assim, são exemplos de hipóteses em que a coisa julgada tem eficácia além das partes envolvidas no processo (*ultra parte*) a substituição processual, a legitimação concorrente, a sucessão processual e a ação que versa sobre direitos coletivos *stricto sensu*.

1.4.2.2.2. coisa julgada *erga omnes*

FREDIE DIDIER JR., ao tratar da coisa julgada *erga omnes*, ou seja, aquela "cujos efeitos atingem a todos os jurisdicionados – tenham ou não participado do processo"¹⁸⁴, traz como exemplos de sua ocorrência:

(...) a coisa julgada produzida na ação de usucapião de imóveis, nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos individuais homogêneo (art. 103, I e III do CDC) e nas ações de controle concentrado de constitucionalidade.¹⁸⁵

A hipótese relativa a AÇÃO DE USUCAPIÃO DE IMÓVEIS não é comumente lembrada como exemplo de eficácia *erga omnes* da coisa julgada. Por outro lado, conforme se depreende do disposto no parágrafo único, do art. 1.241¹⁸⁶, do CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, "a declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis."

Assim, como a declaração de usucapião de bem imóvel poderá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis, tal declaração terá eficácia contra todos, ou seja, *erga omnes*.

¹⁸³ *Id. ibid.*, p. 473.

¹⁸⁴ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 491.

¹⁸⁵ *Id. ibid.*, p. 491.

¹⁸⁶ Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parece-nos, portanto, correta a lembrança de DIDIER JR.¹⁸⁷, da hipótese da coisa julgada produzida na ação de usucapião de imóveis como um dos exemplos de coisa julgada *erga omnes*.

LUIZ FUX, qualificando a "questão dos direito supra-individuais" de "atual e elegante", procurou distinguir suas espécies da seguinte forma:

Preliminarmente, distinguiu-se o interesse difuso: pertencente a toda sociedade, indivisível e impersonalizável, como, v.g., o clássico exemplo do direito geral a um ambiente saudável do interesse coletivo; atinente a determinado grupo ligado por uma base comum estatutária, contratual ou legal, como os médicos, os advogados etc., quanto aos seus direitos institucionais; e dos interesses individuais homogêneos, atribuíveis a determinadas pessoas vinculadas entre si apenas pela afinidade das repercussões práticas de determinados fatos em suas esferas jurídicas, como, v.g., os pais de alunos, os consumidores de determinado produto, os moradores de peculiar região geográfica.¹⁸⁸

Como visto anteriormente, as sentenças relativas aos direitos coletivos *stricto sensu* produzem coisa julgada *ultra partes*.

Por outro lado, CRUZ E TUCCI conclui que tanto as ações relativas a direitos difusos como individuais homogêneos produzem coisa julgada *erga omnes* e não *ultra partes*:

(...) tratando-se de direitos difusos, a coisa julgada tem extensão *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente com fundamento na insuficiência da prova, situação que possibilita a qualquer outro legitimado ajuizar nova ação, com idêntica causa de pedir, valendo-se de novo conjunto probatório;

(...)

(...) tratando-se de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada tem expansão *erga omnes*, desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e seus sucessores. Sendo procedente o pedido, todos os titulares de direitos homogêneos conexos suportarão a eficácia da sentença e a extensão da coisa julgada; sendo improcedente, a coisa julgada produz-se apenas entre as partes, obstando, por essa razão, ao ajuizamento de novas demandas coletivas, por qualquer outro legitimado. Mas, nessa hipótese, todos os interessados, titulares de direitos subjetivos divisíveis, não são atingidos pelo julgamento desfavorável e, por esse motivo, podem, na posição de terceiros, propor ações individuais.¹⁸⁹

¹⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. *et al. op. cit.*, p. 491.

¹⁸⁸ FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 835.

¹⁸⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 349.

Tem-se, destarte, que, no caso dos direitos difusos ou individuais homogêneos, a sentença procedente terá eficácia *erga omnes* (art. 103, I e III do CDC).

Conforme será tratado mais adiante, no tópico relativo aos modos de produção da coisa julgada, no caso dos direitos difusos haverá coisa julgada *secundum eventum probationis*, enquanto que tratando-se de direitos individuais homogêneos a coisa julgada será *secundum eventum litis*.

Tanto os casos de eficácia *ultra partes* como *erga omnes* da coisa julgada representam exemplos da interferência do direito material na sistemática processual. Esta influência foi objeto de estudo de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, em sua tese de doutoramento na UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. O referido trabalho acadêmico foi, posteriormente, publicado com o título *DIREITO E PROCESSO – INFLUÊNCIA DO DIREITO MATERIAL SOBRE O PROCESSO*.¹⁹⁰

BEDAQUE, sobre o tema, leciona que "a coisa julgada *erga omnes* (...) decorre de circunstância inerente à própria natureza do direito, isto é, sua indivisibilidade."¹⁹¹

Para finalizar o tópico dos limites subjetivos da coisa julgada incumbe-nos mencionar as ações de controle concentrado de constitucionalidade como exemplo de ações que produzem coisa julgada *erga omnes*.

Neste sentido, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI leciona que:

As decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade das leis, têm força de coisa julgada *erga omnes*, pois, sendo ele intérprete maior da compatibilidade abstrata do ordenamento jurídico com o texto constitucional, vinculam o legislador, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas.¹⁹²

¹⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

¹⁹¹ *Id. ibid.*, p. 127.

¹⁹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op.cit.*, p. 350.

Em conclusão, são exemplos de coisa julgada *erga omnes* a ação de usucapião de bens imóveis, as ações que versem sobre direitos difusos ou individuais homogêneos e as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Não se almeja esgotar o tema dos limites da coisa julgada, que, conforme percebido por BEDAQUE é "tão complexo"¹⁹³, mas apenas trazer uma síntese de seus conceitos e exemplos pertinentes.

¹⁹³

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op.cit.*, p. 127.

1.5. modos de produção da coisa julgada

Quanto ao modo de produção, a coisa julgada pode se dar de três formas, denominadas pela doutrina de: I - coisa julgada *pro et contra* ou coisa julgada *non secundum eventum litis*; II – coisa julgada *secundum eventum litis*; ou, ainda, III – coisa julgada *secundum eventum probationis*.¹⁹⁴

O tema guarda estreita correlação com a questão dos limites subjetivos da coisa julgada, eis que, ao tratarmos dos limites subjetivos, buscamos a resposta de quem deverá ser atingido pela *res iudicata*, e, ao estudarmos o modo de produção, procuramos entender de que modo cada um dos litigantes ou terceiros será(ão) atingido(s) pela força dessa mesma *res iudicata*.

1.5.1. *pro et contra* ou *non secundum eventum litis*

Como visto, a coisa julgada, normalmente, atinge apenas as partes litigantes (limite subjetivo). Mas, não é só isto. Ela atinge autor e réu, indistintamente, independentemente do resultado da demanda.

Assim, a coisa julgada será formada, seja em caso de acolhimento, seja em caso de rejeição do pedido do autor. O importante, como visto, é que o mérito tenha sido decidido.

A doutrina denomina esse modo de produção da *res iudicata* de coisa julgada *pro et contra*, ou coisa julgada *non secundum eventum litis*.

Vale, a propósito, trazer a doutrina de CHIOVENDA. O mestre italiano, ao tratar do que chama de "*res iudicata inter partes et non secundum eventum litis*", traz elucidativas lições:

¹⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. *et al. op. cit.*, p. 491 e 492.

A coisa julgada produz-se entre as partes; por isso corresponde a ambas as partes a exceção de coisa julgada. Ainda esse princípio depende da natureza pública do processo. A exceção de coisa julgada não corresponde a uma ou a outra parte, conforme tenha ou não vencido (*secundum eventum litis*): mesmo à parte vencida é lícito opô-la. Por exemplo, o autor, vencedor num primeiro processo, repropõe a demanda com modificações vantajosas para ele: o réu excepcionará a coisa julgada. Uma primeira ação de danos foi acolhida; o autor torna a propô-la, ambicionando liquidação maior: a coisa julgada obsta-lhe. Vice-versa: perdeu o autor num processo de reivindicação; em processo seguinte, pretende o réu considerá-lo como proprietário: impede-o a coisa julgada.¹⁹⁵

A coisa julgada, portanto, é formada, em regra, independentemente do resultado do processo. Não importa se a decisão proferida acolheu ou rejeitou o pedido do autor, ela será formada e atingirá ambas as partes.

Trata-se do modo de produção da coisa julgada, denominado de *pro et contra* ou, ainda, de coisa julgada *non secundum eventum litis*, sendo a regra constante do Código de Processo Civil.¹⁹⁶

1.5.2. *secundum eventum litis*

Ocorre que, em que pese a regra, há casos em que a coisa julgada poderá se formar a depender do resultado da demanda. São exceções à regra geral da coisa julgada *pro et contra*.

Uma dessas exceções é a chamada coisa julgada *secundum eventum litis*. É quando somente há formação da coisa julgada em caso da demanda ser julgada procedente, ou melhor, do pedido formulado pelo autor ser julgado procedente."¹⁹⁷

¹⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. I, p. 383 – 384.

¹⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. *et al. op. cit.*, p. 491 e 492.

E, alerta, ainda, DIDIER que "este regime não é bem visto pela doutrina, pois trata as partes de forma desigual, colocando o réu em posição de flagrante desvantagem."¹⁹⁸

Este fenômeno jurídico, contudo, ocorre nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos (art. 103, III, CDC).

Todos esses casos, como já destacado no tópico dos limites subjetivos da coisa julgada, são exemplos da influência do direito material no direito processual – tema que, como já afirmado, foi objeto de estudo desenvolvido por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE¹⁹⁹.

Tratando-se de direito individual homogêneo, o insucesso de um ou determinado número de autores não irá prejudicar os demais que poderão ajuizar novas ações. Contudo, a recíproca não é verdadeira. Acaso procedente a demanda de determinado grupo de pessoas que se caracterizem como titulares de direitos individuais homogêneos, haverá a certificação do direito de todo aquele que esteja na mesma situação, fazendo coisa julgada material.

1.5.3. *secundum eventum probationis*

Ainda tratando dos modos de produção da coisa julgada, a doutrina identifica sua formação *secundum eventum probationis*, ou seja, hipóteses em que somente haverá a coisa julgada material "em caso de esgotamento de prova – ou seja, se a demanda for julgada procedente, que é sempre com esgotamento de prova, ou improcedente com insuficiência de provas."²⁰⁰

¹⁹⁷ *Id. ibid.*, p. 491.

¹⁹⁸ *Id. ibid.*, p. 491.

¹⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*

²⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. *et al. op. cit.*, p. 491

Exemplo bastante comum e de fácil percepção desse fenômeno é o caso do MANDADO DE SEGURANÇA. Se o pedido for julgado improcedente por falta de direito líquido e certo, ou seja, porque a prova (que deve ser pré-constituída) não demonstre o direito líquido e certo do impetrante, nada obsta que o mesmo busque a tutela jurisdicional relativa aos mesmos fatos através da outra ação com rito mais dilatado, tal como uma ação pelo rito ordinário, na qual se poderá realizar provas, não permitidas na via estreita do *mandamus*. Logo, nesta hipótese, o mandado de segurança não faz coisa julgada material.

Contudo, se o pedido na ação de mandado de segurança for julgado procedente ou for julgado improcedente, não por falta de direito líquido e certo, porém, por falta do próprio direito, com o trânsito em julgado, haverá coisa julgada material para todos os fins, impedindo, portanto, a propositura de nova ação pelo mesmo autor, seja por que rito for.

Além do mandado de segurança individual e coletivo, DIDIER JR. cita como exemplos de coisa julgada *secundum eventum probationis*: "a) ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, CDC); b) ação popular (art. 18 da Lei Federal n. 4717/1965)."²⁰¹ Podemos acrescentar também neste rol de ações em que a coisa julgada se produz *secundum eventum probationis* a AÇÃO CIVIL PÚBLICA (art. 16, da Lei da Ação Civil Pública). Note-se que, na sistemática geral *pro et contra*, mesmo com a improcedência do pedido por falta de provas, haverá a formação da coisa julgada.

²⁰¹

Id. ibid., p. 491.

1.6. efeitos da coisa julgada

Tratando-se de instituto jurídico destinado a assegurar a estabilidade das relações e, deste modo, a própria segurança jurídica, a coisa julgada produzirá efeitos vinculativos decorrentes de sua imutabilidade.

Neste sentido, elucidativas são as palavras de LUIZ GUILHERME MARINONI²⁰²:

Por meio do fenômeno da coisa julgada, torna-se indiscutível – seja no mesmo processo, seja em processos subsequentes – a decisão proferida pelo órgão jurisdicional, que passa a ser, para a situação específica, a "lei do caso concreto".

Com isso, se em ulterior processo alguém pretendendo voltar a discutir a declaração transitada em julgado, essa rediscussão não poderá ser admitida.

Consoante bem lembrado por ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, "a função da coisa julgada é, pois, dúplice: de um lado, define, vinculativamente, a situação jurídica das partes; de outro lado, impede que se restabeleça, em outro processo, a mesma controvérsia."²⁰³

Esta síntese, bem formulada por CINTRA, nos remete ao que a doutrina denomina de "funções"²⁰⁴, "eficácias"²⁰⁵ ou "efeitos"²⁰⁶ da coisa julgada.

Como utilizamos a expressão "eficácia" para tratar das espécies de eficácias das sentenças (declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental), seguindo a classificação proposta por PONTES DE MIRANDA²⁰⁷, preferimos utilizar a

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil - Processo de Conhecimento*. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 2., p. 649.

²⁰³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. IV, p. 239.

²⁰⁴ *op. cit.*, p. 239.

²⁰⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada no Sistema Processual Civil Brasileiro. In: _____, *Temas de Direito Processual*, pp. 97 e segs.

²⁰⁶ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007, v. 2, p. 493; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil - Processo de Conhecimento*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2, p. 649.

²⁰⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. V, p. 97

nomeclatura proposta por DIDIER JR.²⁰⁸, tratando do presente tópico por "efeitos" da coisa julgada.

A doutrina distingue estes efeitos da coisa julgada, classificando-os em positivo, negativo e preclusivo.

1.6.1. efeito positivo

Leciona ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA que a coisa julgada "em sua função positiva, definindo, vinculativamente, a situação jurídica das partes, (...) estabelece regra de conduta para estas, "vale como norma especial, reitora da *res deducta*."²⁰⁹

No mesmo sentido, ALLORIO entende que "a coisa julgada determina o regramento substancial da relação controvertida (*Diritto Processuale Tributario*, pp. 192-193)."

E, essa regra de conduta, esse regramento substancial, estabelecido de forma imutável pela coisa julgada, vincula os juizes a reconhecer a existência do julgado em seus atos decisórios sobre lides que pressuponham as questões decididas no processo em que se formou a *res iudicata*.

A esse fenômeno chamamos de efeito positivo da coisa julgada.

O efeito positivo da coisa julgada, na lição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, "vincula o juiz do segundo processo, obrigando-o a levar em conta a sentença como coisa julgada, para servir-se da primeira declaração, no processo que lhe é posto sob julgamento, conformando-se a ela."²¹⁰

²⁰⁸ *op. cit.*, p. 493.

²⁰⁹ *op. cit.*, p. 239.

²¹⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 499.

O pronunciamento judicial transitado em julgado torna-se imperativo para os próximos julgamentos, obrigando os magistrados a levarem as declarações da sentença transitada em julgada como pressupostos indiscutíveis para a futura sentença.

Na mesma linha, DIDIER JR:

O efeito positivo da coisa julgada gera, portanto, a vinculação do julgador de outra causa ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida. O juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo. São casos em que a coisa julgada tem de ser levada em consideração pelos órgãos jurisdicionais.²¹¹

Assim, ocorre, por exemplo, na sentença condenatória ilíquida transitada em julgada. Esta deverá ser liquidada em fase processual própria, porém, o magistrado que processará e julgará a liquidação jamais poderá modificar a sentença condenatória em que já se fez a coisa julgada. Ao contrário, deverá ater-se aos exatos termos da condenação.

Outros exemplos bastante didáticos do efeito positivo da coisa julgada são apresentados por DIDIER JR: .

Imagine-se que as partes em um dado processo – digamos, em uma ação confessória de servidão – hajam controvertido tanto a condição de proprietário dos prédios litigiosos quanto a existência propriamente dita do alegado direito real. Se a sentença reconhecer a procedência da ação, condenando o réu a tolerar o exercício do direito à servidão, não poderá o autor, por exemplo, numa demanda posterior que o réu primitivo lhe mova para exigir-lhe a construção de obras necessárias ao exercício da servidão, afirmar que ela não existe, quando sua existência fora determinada pela sentença anterior.

Exemplo elucidativo é da investigação de paternidade. O magistrado responsável pelo processamento e julgamento de uma ação de alimentos posterior fica vinculado ao quanto foi decidido na ação prévia de investigação de paternidade, não podendo inovar quanto à questão da paternidade já decidida *principaliter tantum*.²¹²

Assim, tomando-se o último exemplo, se a sentença na ação de investigação reconheceu a paternidade e transitou em julgado, não poderá o magistrado, em uma futura ação de alimentos negar a condição de filho ao demandante, sob pena de

²¹¹ *op. cit.*, p. 493.

²¹² *op. cit.*, p. 494.

ofender a coisa julgada. O efeito positivo da coisa julgada fará com que a declaração de paternidade proferida na ação anterior seja pressuposto para a proferição da sentença de alimentos.

1.6.2. efeito negativo

Além da vinculação do conteúdo da sentença transitada em julgada como pressuposto para futuros processos (efeito positivo), a coisa julgada tem também a virtude de impedir que haja novo julgamento sobre a mesma lide.

A esse poder impeditivo chamamos de efeito negativo da coisa julgada.

O efeito negativo da coisa julgada não impede apenas que haja novo julgamento contrário àquele em que se formou a coisa julgada, ele impede até mesmo que haja qualquer novo julgamento (mesmo que no mesmo sentido) sobre a mesma ação cuja sentença transitou em julgado.

Para se saber se se está diante da mesma lide, deverão ser observados seus elementos: partes, pedido e causa de pedir.

Se os elementos da lide em determinado processo forem coincidentes aos de outro em que já se operou a coisa julgada estar-se-á diante da coisa julgada como causa obstativa do próprio direito de ação.

O réu deverá alegar a existência de coisa julgada em preliminar da contestação (art. 301, VI, do CPC). O juiz, percebendo a existência de coisa julgada, pode e deve declarar, até mesmo de ofício (art. 301, VI, § 4º, e § 3º, do art. 267, do CPC), tal óbice, extinguindo o processo sem o julgamento de mérito, seja na forma do art. 267, V, seja com base no art. 267, VI, do CPC.

Neste sentido é a precisa lição de ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA:

Em sua *função negativa*, a coisa julgada impede que se volte a discutir, em processo ulterior, a lide que já foi objeto de julgamento (*bis de eadem re ne sit actio*). Esse óbice pode e deve ser declarado de ofício, na medida em que o juiz tenha conhecimento da coisa julgada formada sobre a mesma lide (Código de Processo Civil, art. 301, VI, § 4º), competindo ao réu alegá-lo, em contestação, antes de discutir o mérito (Código de Processo Civil, artigo 301, VI). A verificação da ocorrência da coisa julgada conduz à extinção do processo sem julgamento do mérito (Código de Processo Civil, artigo 267, V). Em nossa opinião, a inexistência da coisa julgada, constitui condição da ação, no sistema do Código de Processo Civil, pois diz respeito à admissibilidade da própria ação e não à regularidade do processo. Aliás, tal é a autoridade da coisa julgada que a sentença que a ofender ficará sujeita a ação rescisória (Código de Processo Civil, artigo 485, IV), ainda que a matéria tenha sido ventilada no processo, com a rejeição da preliminar.²¹³

A alegação de existência de coisa julgada como óbice para futuro julgamento, corolário do efeito negativo da coisa julgada, chama-se de exceção de coisa julgada ou *exceptio rei iudicatae*.

A *exceptio rei iudicatae* assim é definida por CHIOVENDA:

A obrigatoriedade da coisa julgada se endereça ao juiz dos processos vindouros: assim, por certo, às partes nos futuros processos é possível alegar e provar o julgado anterior para excluir um novo. Essa é a *exceptio rei iudicatae*. Essa é, efetivamente, uma exceção de natureza especial: de um lado, com ela se propõe excluir não só uma decisão contrária à precedente, mas simplesmente uma nova decisão sobre o que já foi julgado; por consequência, é logicamente preliminar a qualquer outra dedução de mérito.²¹⁴

O efeito negativo da coisa julgada é a impossibilidade de repetição de processo sobre a mesma lide na qual se formou a coisa julgada. Esta impossibilidade decorre da existência da coisa julgada sobre a lide que, portanto, retira o interesse processual, que é uma das condições da ação.

Não há interesse na solução daquela lide, pois o Estado-Juiz já a decidiu definitivamente. Daí, a carência de ação.

²¹³ *op. cit.*, p. 294 – 295.

²¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. I., p. 382.

A *exceptio rei iudicatae* é o nome que tradicionalmente se dá a esta alegação de coisa julgada impeditiva de novo julgamento daquilo que já fora decidido em ação anterior cuja sentença transitou em julgado.

GIUSEPPE CHIOVENDA já questionava se a *exceptio rei iudicatae* seria propriamente uma exceção:

Muito se discute também se a exceção de coisa julgada é uma exceção em sentido próprio, ou se o juiz deve de ofício considerar o julgado existente (coisa julgada relativa ou absoluta?).²¹⁵

Entre nós, como já afirmado, a *exceptio rei iudicatae* deverá ser alegada como preliminar da contestação (art. 301, VI, do CPC), enquanto as chamadas exceções propriamente ditas (exceção de incompetência relativa, exceção de impedimento, exceção de suspeição) deverão ser apresentadas em petições distintas da contestação (arts. 304 e 305, do CPC).

Também, alinhando-se à lição de ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA²¹⁶, entendendo que a existência de coisa julgada impede o próprio direito de ação, por ausência de interesse processual (não se tem interesse em repetir-se uma ação cuja sentença já fez coisa julgada material), afigura-nos que o magistrado pode declarar até mesmo *ex officio* a existência de coisa julgada (art. 267, V e VI, do CPC).

Ademais, a possibilidade de reconhecimento de ofício do Juiz quanto a existência de coisa julgada impeditiva de nova ação (efeito negativo da coisa julgada) é expressa em nosso Código de Processo Civil no § 4º, do art. 301 e também no § 3º, do art. 267, do CPC.

É claro que, se for provocado pela parte, reconhecendo a coisa julgada impeditiva, haverá o juiz de extinguir o processo na forma do art. 267, V, do CPC.

Assim, por poder ser a coisa julgada declarada de ofício e ser apresentada como preliminar em contestação, de fato, como já suscitado por CHIOVENDA, a

²¹⁵ *op. cit.*, p. 383.

²¹⁶ *op. cit.*, p. 295.

exceptio rei iudicatae não se adequa às exceções tradicionais do nosso sistema processual civil atual.

Contudo, em que pese o fato da *exceptio rei iudicatae* não ser propriamente uma exceção processual, pela tradição que consagrou a referida expressão, acreditamos que a mesma deve ser mantida, eis que embora tecnicamente imprecisa pelos critérios atuais, não gera dúvidas e bem delimita a forma de defesa do réu, decorrente do efeito negativo da coisa julgada.

Finalizando as considerações sobre os efeitos negativo e positivo da coisa julgada vale trazer a elucidativa e didática distinção apresentada por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA:

O efeito negativo da coisa julgada opera como *exceptio rei iudicatae*, ou seja, como defesa, para impedir o novo julgamento daquilo que já fora decidido na demanda anterior. O efeito positivo, ao contrário, corresponde à utilização da coisa julgada propriamente em seu conteúdo, tornando-o imperativo para o segundo julgamento. Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forma de defesa, a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda.²¹⁷

1.6.3. efeito preclusivo

A coisa julgada apresenta, ainda, um terceiro efeito chamado de preclusivo.

A doutrina pátria quase unânime denomina este efeito de "eficácia preclusiva" da coisa julgada. Alguns ainda o chamam de julgamento implícito.

A expressão "eficácia preclusiva" da coisa julgada, entre nós, foi criada por LUIZ MACHADO GUIMARÃES²¹⁸ e passou a ter uso frequente.

²¹⁷ *op. cit.*, p. 500.

²¹⁸ "O pensamento de LUIZ MACHADO GUIMARÃES, que foi o jurista a quem se deve a cunhagem da expressão "eficácia preclusiva" da coisa julgada, no direito brasileiro (...)" in SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 517.

Contudo, em que pese o uso tradicional da expressão, preferimos usar o termo "efeito", eis que guardamos a expressão eficácia para a classificação quinária das sentenças (eficácia declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental).

No nosso ordenamento jurídico processual, o efeito preclusivo da coisa julgada decorre do disposto no art. 474, do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao colhimento como à rejeição do pedido.

O efeito preclusivo é mais um elemento protetor da coisa julgada. Através deste efeito da coisa julgada toda a matéria que foi deduzida no processo, como aquela que não foi, mas que poderia ter sido, torna-se preclusa, ou seja, não poderá ser alegada no intuito de desconstituir a *res iudicata* material que se formou no processo.

Segundo LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, "para proteger a declaração transitada em julgado, todo o material relacionado com o primeiro julgamento fica precluso, inviabilizando sua reapreciação judicial em ação subsequente."²¹⁹

E, prosseguem os eminentes processualistas, afirmando que:

Todas as alegações deduzidas, bem como aquelas que seriam dedutíveis, porque mantêm relação direta com o material da primeira demanda (ainda que não tenham sido apresentadas em juízo ou apreciadas pelo magistrado), presumem-se oferecidas e repelidas pelo órgão jurisdicional.²²⁰

Sobre a força do efeito preclusivo da coisa julgada, DIDIER JR. traz as seguintes e interessantes considerações: "A coisa julgada cria a sólida armadura em

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 2., p. 658.

²²⁰ *op. cit.*, p. 658.

torno da decisão, tornando irrelevantes quaisquer razões que se deduzam no intuito de revê-la. Nem mesmo questões de ordem pública podem ser argüidas."²²¹

Não se quer com o efeito preclusivo dizer que os motivos do julgado façam coisa julgada. O que se pretende informar é justamente o contrário, ou seja, que tais motivos, alegados ou não, são irrelevantes para a sentença transitada em julgado.

Com a formação da coisa julgada (material), portanto, todo material que foi utilizado como fundamento da parte dispositiva da sentença torna-se irrelevante, mesmo que sobre ele não se tenha o órgão jurisdicional manifestado expressamente e mesmo que não tenha sido sequer instado a fazê-lo.

Como bem lembrado por BARBOSA MOREIRA:

A eficácia preclusiva de coisa julgada material se sujeita, em sua área de manifestação, a uma limitação fundamental: ela só opera em processos nos quais se ache em jogo a *auctoritas rei iudicatae* adquirida por sentença anterior. Tal limitação resulta diretamente da função instrumental que se pôs em relevo: não teria sentido, na verdade, empregar o meio quando não se trate de assegurar a consecução do fim a que ele se ordena. Isto significa que a preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece em feitos onde a lide seja a mesma já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide já decidida. Fora dessas raias, ficam abertas à livre discussão e apreciação as mencionadas questões, independentemente da circunstância de havê-las de fato examinado, ou não, o primeiro juiz, ao assentar as premissas de sua conclusão.²²²

O efeito preclusivo, como decorre da própria noção de preclusão – entendida como a perda da faculdade da produção de um ato processual – faz com que a parte (autor ou réu) perca a possibilidade de alegar novamente as matérias enfrentadas pelo órgão julgador ou mesmo aquelas que não foram suscitadas ou o foram, porém deixaram de ser objeto de exame explícito.

Exemplificando, imagine-se uma ação de cobrança em que foi dada toda a possibilidade de contraditório e ampla defesa às partes. O réu, porém, apesar de acreditar já ter pago a dívida, não logrou trazer qualquer prova neste sentido. Assim, é proferida sentença, que após vários recursos, transita em julgado, condenando a

²²¹ *op. cit.*, p. 495.

²²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema processual civil brasileiro. *Temas de direito processual* – Primeira Série, p. 102.

parte requerida a pagar o débito ao autor. Se o réu, posteriormente ao trânsito em julgado, localizar o recibo referente ao pagamento da dívida, não poderá requerer a revisão do julgado (salvo em ação rescisória), sob pena de se ofender a coisa julgada.

O exemplo citada, oferecido didaticamente por OVÍDIO BAPTISTA²²³, mostra com clareza a força do efeito preclusivo da coisa julgada, acarretando a preclusão da faculdade de apresentação daquele elemento probatório documental (recibo).

Sobre o mesmo exemplo, OVÍDIO BAPTISTA tece as seguintes e pertinentes considerações:

Teria havido, neste caso, uma evidente injustiça, pois o devedor acabara obrigado a pagar duas vezes o mesmo débito. Mas a estabilidade do resultado do primeiro processo, como uma exigência de certeza e segurança nas relações jurídicas, atendida justamente pela coisa julgada, impõe que o direito se desinteresse da sorte do litigante que, por negligência, podendo suscitar outras defesas, se tenha limitado a alegar apenas uma delas. A coisa julgada deve, portanto, cobrir tanto as questões controvertidas no processo quanto as demais a respeito das quais os litigantes hajam guardado silêncio, não obstante pudessem ser objeto de controvérsia, por serem questões pertencentes àquela lide.²²⁴

Não faria sentido que a coisa julgada pudesse ser a todo tempo modificada, pois uma das partes conseguiu uma prova nova ou um elemento novo que, segundo sua ótica, seria capaz de alterar o resultado da demanda. Pelo menos no âmbito do processo civil, há de haver um ponto final na discussão. Este ponto final se chama coisa julgada material.

Ainda BARBOSA MOREIRA, citado por OVÍDIO BAPTISTA²²⁵, reconhece que o efeito preclusivo da coisa julgada material alcança, não apenas toda a matéria fática, porém igualmente todas as questões de direito que possam ter servido como suporte para a sentença em que se formou a coisa julgada material.

²²³ *op. cit.*, p. 516: "Tendo o juiz repellido esta defesa e condenado o devedor ao pagamento, transitada em julgado a sentença, descobre o condenado o recibo por meio do qual há muito pagara o débito e cuja existência esquecera totalmente. Vindo ele a júizo para pedir repetição do que pagara em virtude da sentença, não poderá o juiz deste processo – sem ofensa à coisa julgada – obrigar o credor a devolver-lhe o que antes recebera fundado na sentença(...)"

²²⁴ *op. cit.*, p. 516.

²²⁵ *op. cit.*, 517.

Concordamos com tal posicionamento, eis que os motivos decisórios podem ser, como normalmente são, fáticos e jurídicos, e se o efeito preclusivo abrangesse apenas a matéria fática, a qualquer momento, poderia uma das partes trazer novas razões jurídicas que poderiam modificar a sentença transitada em julgado, esvaziando a força da coisa julgada.

Assim, ressalvadas as hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 485, do CPC), obviamente, dentro do prazo decadencial de dois anos, o erro material, o erro de cálculo e a *querela nullitatis*, a sentença transitada em julgada torna-se imutável, não podendo qualquer das partes vir futuramente alegar fatos, provas ou argumentos jurídicos novos, supostamente capazes de alterar o resultado do julgado.

Toda esta matéria estará preclusa pelo efeito da coisa julgada.

DIDIER JR.²²⁶ apresenta, por outro lado, importante análise do efeito preclusivo da coisa julgada para o autor e para o réu, demonstrando que este efeito não ocorre de modo idêntico para ambas as partes no processo. Sobre a situação do réu, assim sintetiza o JOVEM MESTRE BAIANO:

A rejeição implícita de todas as alegações e defesas que poderiam ter sido sustentadas pelo réu é fácil de visualizar – até mesmo porquanto lhe caiba desincumbir-se do ônus da impugnação especificada, na forma do art. 302, *caput*, CPC, ressalvadas as hipóteses ali previstas.²²⁷

Por outro lado, DIDIER JR. inicia a análise da situação do autor, com as seguintes e instigantes considerações:

Mas a mesma facilidade não encontramos na apreensão de que tipo de alegação do autor poder-se-ia considerar tacitamente rechaçada com o trânsito em julgado da decisão da causa: "é necessário que se trate de alegações relativas à mesma causa de pedir, na verdade novos argumentos sobre os mesmos fundamentos? Ou haverá julgamento implícito de *causa petendi* não deduzida?"²²⁸

²²⁶ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: *Podivm*, 2007, v. 2., p. 494 e seguintes.

²²⁷ *op. cit.*, p. 495.

²²⁸ *op. cit.*, p. 495 e 496.

Assim, buscando esclarecer a questão do efeito preclusivo para o autor, DIDIER JR.²²⁹, apresenta três teorias doutrinárias.

A primeira corrente, majoritária, capitaneada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, EGAS MONIZ DE ARAGÃO, DANIEL MITDIERO, SÉRGIO PORTE e pelo PRÓPRIO FREDIE DIDIER JR., entende que:

(...) a eficácia preclusiva só atinge argumentos e provas que sirvam para embasar a causa petendi deduzida pelo autor. O efeito preclusivo não atinge todas as causas de pedir que pudessem ter servido para fundamentar a pretensão formulada em juízo, mas tão-somente a causa petendi que, de fato, embasou o pedido apresentado pelo autor, e as alegações que a ela se refiram. Assim, entende-se ser possível propor nova ação deduzindo o mesmo pedido, desde que fundado em uma nova causa de pedir.²³⁰

A segunda teoria, minoritária, defendida por ARAKEN DE ASSIS, parte da premissa que "a eficácia preclusiva da coisa julgada abrange todas as possíveis causas de pedir que pudessem ter embasado o pedido formulado; implica, pois, o julgamento de todas as causas de pedir que pudessem ter sido deduzidas, mas não foram."²³¹

DIDIER JR., faz referência, ainda, a uma terceira corrente, instaurada por JOSÉ MARIA TESHEINER, dizendo-se "no meio do caminho entre as duas correntes" já mencionadas. Para TESHEINER, "o art. 474 alcança a hipótese de fatos da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeito jurídico"²³².

Assim, entende o Autor que o efeito preclusivo da coisa julgada alcança todos os fatos jurídicos de idêntica natureza, de mesma essência, que poderiam servir para embasar o pedido formulado, ainda que consistam em causas de pedir distintas; o que importa, diz, é que tais fatos narrados sejam substancialmente semelhantes. Termina por exemplificar com a seguinte hipótese: "se o autor pede despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não pode propor outra, alegando danos na portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Não se lhe

²²⁹ *op. cit.*, p. 496 e seguintes.

²³⁰ *op. cit.*, p. 496.

²³¹ *op. cit.*, p. 496.

²³² *op. cit.*, p. 497.

veda, porém, a propositura, concomitante ou posterior, de ação de despejo fundada em locação não consentida, porque se trata de fato de natureza diversa."²³³

Têm-se, portanto, as três teorias:

I – a primeira, segundo a qual somente incidirá o efeito preclusivo da coisa julgada com relação a mesma causa de pedir apresentada na ação. Nesta linha, poderá o autor propor nova ação com idêntico pedido, desde que apresente *causa petendi* distinta da primeira;

II – a segunda, no sentido de que o efeito preclusivo da coisa julgada com relação ao autor alcançará não apenas a causa de pedir apresentada na primeira demanda, porém qualquer outra. Assim, o autor não poderá jamais propor nova ação contra o mesmo réu, formulando o mesmo pedido já feito em ação em que houve o trânsito em julgado. Pouco importará que a causa de pedir seja completamente distinta daquela apresentada na ação que transitou em julgado.

III – a terceira, intermediária, entende que somente haverá o efeito preclusivo relativo, ao que TESHEINER denomina de "fatos da mesma natureza". Assim, se a causa de pedir for relativa a fato da mesma natureza (despejo por danos nas portas e despejo por danos nas paredes) não será possível a propositura de nova ação. Contudo, se a causa de pedir for relativa a fatos de natureza diversa, não incidirá o óbice do efeito preclusivo da coisa julgada, podendo ser proposta a ação.

Para tomar-se uma posição acerca do tema, faz-se necessária a análise dos elementos da lide: partes, pedido e causa de pedir.

O fato é que a coisa julgada formada em uma ação, por meio de seus efeitos obstativos (efeito negativo e efeito preclusivo) impedem que haja a repetição da mesma ação, de seus fundamentos de fato e de direito. Os efeitos negativo e preclusivo da coisa julgada não impedem a propositura de nova ação, ainda que semelhante à primeira.

²³³

op. cit., p. 497.

Assim, para perquirir se se está diante de ação idêntica a outra, dever-se-á examinar os elementos da lide, conforme dispõe o § 2º, do art. 301, do CPC: "Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido."

Deste modo, como a causa de pedir diversa faz com que surja uma ação distinta da primeira, concordamos com a corrente majoritária, no sentido de que a propositura de nova lide, mesmo que contra o primeiro réu e com o mesmo pedido, desde que fundada em outra causa de pedir, não faz incidir o efeito preclusivo da coisa julgada.

Tratando-se de ação com causa de pedir diversa, portanto ação diversa, não há como se alegar o óbice da coisa julgada. Entender-se de forma diversa, seria impedir o Autor de exercer o seu legítimo direito de ação, ao propor ação nova. Na mesma linha, conclui DIDIER JR.:

Em respeito ao direito fundamental de ação, ao devido processo legal e ao contraditório, insertos no art. 5º, XXXV, LIII e LV, CF, ora se perfilha a corrente majoritária, segundo a qual com a formação da coisa julgada preclui a possibilidade de rediscussão dos argumentos e razões que digam respeito, tão somente, à causa de pedir deduzida pelo autor. A eficácia preclusiva da coisa julgada não poderia, jamais, atingir todas as outras causas de pedir que pudessem servir para embasar aquela mesma pretensão, sob pena de grave ofensa ao direito fundamental de ação, o devido processo legal e o contraditório.

Isto porque, intentar-se uma segunda ação com fulcro em outra causa de pedir, significa propor uma demanda diferente – porquanto modificado um dos seus elementos identificadores, in *casu*, a multicitada *causa petendi* (na forma do art. 301, § 2º, CPC) -, significa apresentar uma demanda distinta para apreciação do Judiciário, sendo dever seu (do Judiciário) prestar os serviços jurisdicionais que, segundo muitos, monopoliza, examinando-a e julgando-a.²³⁴

Deste modo, o efeito preclusivo da coisa julgada obsta a utilização, em uma segunda ação, das mesmas provas, fatos e argumentos jurídicos já utilizados e também daqueles fatos, provas e argumentos jurídicos, que apesar de não terem sido alegados, poderiam ter sido. Obsta, portanto, o manejo das questões deduzidas e das questões dedutíveis.

²³⁴

op. cit., p. 497.

Com relação ao réu, por força do ônus da impugnação específica (art. 300, do CPC), este efeito preclusivo é amplo, impedindo que o demandado futuramente possa alegar qualquer matéria nova de defesa.

Para o autor, o efeito preclusivo da coisa julgada, impede apenas que se proponha novas questões ou provas relativas à mesma lide já transitada em julgado. Poderá, contudo, formular o mesmo pedido, contra o mesmo requerido, desde que fundado em nova causa de pedir, pois, deste modo, proporá uma nova e distinta demanda.

Feitas estas considerações sobre os efeitos da coisa julgada, passa-se a analisar, ainda que brevemente, o tema da formação e dos efeitos da coisa julgada relativa às ações versantes sobre relações jurídicas continuativas.

1.6.4. coisa julgada e relações continuativas

As sentenças que regem relações jurídicas cotinuativas são aquelas que, apesar de estarem vinculadas a situações presentes, geram efeitos sobre situações futuras. São sentenças que, pela natureza da relação continuativa, se projetam no tempo futuro, não sendo instantâneas, normalmente envolvendo prestações periódicas.

Estas sentenças são particularmente usuais nas relações jurídicas de família, tais como nas ações de alimentos, bem como nas relações previdenciárias, locatícias e tributárias.

Entre nós, o art. 471, I, do CPC, rege a matéria nos seguintes termos:

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

Existe certa controvérsia acerca da formação ou não da coisa julgada material nas sentenças que disciplinam as relações continuativas.

Isto porque, em caso de modificação superveniente da situação fática ou jurídica, é possível o pedido de "revisão do que foi estatuído na sentença" (art. 474, I, do CPC).

Deste modo, segundo proclamam alguns, as referidas sentenças, sendo, por natureza mutáveis, não se tornariam inalteráveis e indiscutíveis por força da coisa julgada. Esta possibilidade de alteração constante seria, portanto, incompatível com a perenidade que se espera da coisa julgada.

Esta tese é, inclusive, reforçada, no âmbito do direito de família, pelo disposto no art. 15, da Lei 5.478/68, versando sobre alimentos, questão típica de relação continuativa. Assim, reza o mencionado art. 15:

Art. 15. A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados.

O disposto no artigo da lei supra mencionada reforça a ideia de ausência de formação da coisa julgada nas ações sobre relações continuativas, ou pelo menos, nas ações de alimentos.

Contudo, como leciona FREDIE DIDIER JR., "Tais sentenças, como todas as outras, são aptas a produzir coisa julgada material."²³⁵ E, DIDIER esclarece:

Modificando-se os fatos que dão ensejo à relação jurídica continuativa (e o próprio direito), e legitimam o pedido de uma tutela jurisdicional, tem-se a possibilidade de propositura de uma nova ação, com elementos distintos (nova causa de pedir/ novo pedido), a chamada ação de revisão. A coisa julgada não pode impedir a rediscussão do tema por fatos supervenientes ao trânsito em julgado (lembre-se que a eficácia preclusiva só atinge aquilo que foi deduzido ou poderia ter sido deduzido pela parte à época.)²³⁶

²³⁵ *op. cit.*, p. 500.

²³⁶ *op. cit.*, p. 500.

Assim, como leciona DIDIER JR., "Ao deparar-se com a ação de revisão, o juiz estará julgando uma demanda diferente, pautada em nova causa de pedir (composta de fatos novos/ direitos novos) e em novo pedido. Com isso, gerará uma nova decisão e uma nova coisa julgada, sobre esta nova situação, que não desrespeitará, em nada, a coisa julgada formada para a situação anterior."²³⁷

Destarte, a sentença sobre relação jurídica continuativa, como todas as demais, é apta a produzir a coisa julgada material, eis que, mantido o quadro fático-jurídico, permanece imutável e indiscutível a sentença.

Como nos ensina BARBOSA MOREIRA, citado por TEORI ALBINO ZAVASCKI:

(...) na sentença (...) formula o juiz a norma concreta que deve disciplinar a situação levada ao seu conhecimento. Essa norma jurídica concreta, enquanto referida àquela situação, sem dúvida se destina, desde que a sentença passe em julgado, a perdurar indefinitivamente, excluídas a possibilidade de vir a emitir-se outra norma concreta e a relevância jurídica de qualquer eventual contestação ou dúvida.²³⁸

Contudo, pela natureza dinâmica dos fatos e do direito, no que pertine às relações de trato continuado, poderão haver mudanças posteriores à sentença que demandem novo regramento, o que, como se verá, não importará em ofensa à coisa julgada, eis que este novo regramento não tratará da situação versada no primeiro caso em que a *res iudicata* se formou, porém, em nova hipótese fático-jurídica, merecedora, portanto, de novo e distinto regramento.

Lembre-se, por outro lado, que uma ação poderá versar sobre questões não continuativas e questões relativas a relações continuativas ao mesmo tempo. É o que se dá, por exemplo, na ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos.

²³⁷ *op. cit.*, p. 500.

²³⁸ ZAVASCKI, Albino Teori. Coisa Julgada Em Matéria Constitucional: Eficácia Das Sentenças Nas Relações Jurídicas De Trato Continuado. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. 29 nov. 2009. Disponível em: < http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 10 jun. 2010.

Neste exemplo, haverá duas demandas na mesma ação, a investigação de paternidade, que não trata de relação continuativa, e a ação de alimentos, que é um exemplo clássico de ação que versa sobre relação continuativa.

Havendo julgamento de mérito sobre a paternidade, esta decisão não poderá ser modificada, sob pena de ofensa à coisa julgada material. Por outro lado, a mesma sentença que fixou a paternidade de forma imutável, também fixará o valor dos alimentos. Estes porém, poderão ser minorados ou majorados, em havendo modificação superveniente do estado fático-jurídico de ambas as partes.

Ocorre que, para aquela situação fático – jurídica, o valor dos alimentos deverá ser mantido imutável, sendo objeto da coisa julgada material.

Nesta linha, prossegue, DIDIER JR., afirmando que "modificando o quadro fático e/ou jurídico, necessário que se dê novo tratamento à relação jurídica, o que será feito por nova ação, que culminará em uma nova decisão transitada em julgado – indiscutível para aquela nova situação."²³⁹

Como na relação jurídica continuativa seus pressupostos fáticos ou jurídicos poderão se modificar com o tempo, haverá a possibilidade de, em nova ação, com novo pedido e nova causa de pedir, haver modificação da sentença anterior, mesmo transitada em julgada.

É assim, por exemplo na ação de alimentos, eis que estes deverão ser fixados na medida das necessidades de quem pede e das possibilidades do alimentante (art. 1.694, do CC). Alterando-se a capacidade do alimentante, ou a necessidade do alimentando, os alimentos poderão ser aumentados, diminuídos ou até suprimidos (art. 1.699, do CC). Porém, isto tudo, em outra, nova e distinta ação, baseada em nova e distinta causa de pedir, e muitas vezes em novo pedido.

Estas sentenças contêm intrinsecamente a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, são válidas para aquela situação fático-jurídica, desde que esta se mantenha

²³⁹

op. cit., p. 500.

inalterada. Note-se que a cláusula *rebus sic stantibus* é característica das sentenças, dos atos decisórios "finais" dos processos versantes sobre relações continuativas. A coisa julgada formada a partir destas sentenças permanece com suas mesmas características e efeitos, não sendo "*rebus sic stantibus*". O que é *rebus sic stantibus* é a decisão (da relação continuativa) e não a coisa julgada.

Destarte, a coisa julgada criada em processo que versa sobre relação continuativa tem a mesma natureza da coisa julgada que se forma em qualquer outro processo. O que muda não é a coisa julgada, mas a situação fático-jurídica da relação continuativa.

Deste modo, como escreve DIDIER JR., "conclui-se que não há regime jurídico diferente para a coisa julgada na ação de alimentos. Também não se justifica, embora consagrada, a referência a uma "coisa julgada *rebus sic stantibus*", pois a coisa julgada, sempre operará naquelas circunstâncias específicas – o que é *rebus sic stantibus* é a decisão, que em seu bojo traz esta cláusula."

Indo além, ENRICO TULLIO LIEBMAN afirma que este fenômeno *rebus sic stantibus* da sentença não é exclusividade das relações continuativas:

Todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença: por exemplo, se o devedor paga a soma devida, perde a condenação todo o valor. Outra coisa não acontece para os casos ora considerados, nos quais tratando-se de uma relação que se prolonga no tempo, e dizendo a decisão ser determinada pelas circunstâncias concretas do caso, a mudança deste justifica, sem mais, uma correspondente adaptação da determinação feita precedentemente, o que será uma aplicação, e nunca uma derrogação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada.²⁴⁰

O mesmo problema ocorre no âmbito do direito tributário. Assim, como nas obrigações de alimentos, do direito de família, as obrigações tributárias de trato sucessivo tem causado grandes discussões acerca da formação ou não da coisa julgada.

²⁴⁰

Apud, id. ibid. p. 500.

Esta dúvida torna-se mais evidente em decorrência do enunciado de nº 239 da súmula da jurisprudência DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos seguintes termos: "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores."

O mesmo raciocínio desenvolvido linhas atrás é válido para as relações tributárias continuativas ou de trato sucessivo.

O que pode ser modificada é, inicialmente, a ação, a demanda, a lide, eis que a alteração de suas premissas fáticas ou jurídicas, acarretará a mudanças em seus elementos (partes, pedido ou causa de pedir).

Daí, com a alteração das "circunstâncias" de fato ou de direito, haverá nova causa de pedir, novo pedido, formando nova demanda, nova ação e que, justamente por ser outra distinta da primeira, em nada ofenderá a coisa julgada formada em ação anterior.

Não é portanto que não haja formação de coisa julgada nas ações relativas às relações tributárias continuativas; o que ocorre é que alteradas as premissas, poderá surgir nova ação em que será formada nova sentença, apta a produzir *res iudicata* distinta da anterior.

Tanto é assim que, caso não se alterem as premissas fático-jurídicas de um exercício tributário para o subsequente, aquela sentença, já transitada em julgada, do primeiro exercício permanece plenamente eficaz para o próximo.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em parecer jurídico apresentado em processo, mencionado por DIDIER JR., assim se pronuncia sobre o tema:

Não há razão alguma para que as coisas fossem diferentes quando a sentença coberta pela coisa julgada contém decisão sobre matéria regida pelo direito tributário. Como a coisa julgada não é tributária, administrativa, civil, comercial, etc., mas vem do plano político da Constituição e se rege pelo direito processual, é imperioso destacá-la dos conceitos, regras e princípios de todo e qualquer ramo do direito material" e continua defendendo que "sentença que decide sobre matéria tributária terá, como

toda sentença, a *auctoritas rei judicatae* que corresponder ao conteúdo preceptivo contido em seu decisório.

(...)

O que sucede é que, com relação a prestações futuras (e jamais quanto às vencidas), a coisa julgada deixará de prevalecer quando sobrevier alguma disciplina legal ou algum fato novo capaz de desfazer o juízo probabilístico sobre o qual se apóia a condenação por prestações futuras.²⁴¹

Analisando o verbete n. 239 da súmula jurisprudencial do STF, DIDIER JR., com a precisão habitual, o interpreta do seguinte modo: "a decisão que reconhece a inexistência do dever de pagar tributo permanece eficaz enquanto permanecer o mesmo quadro normativo do mencionado tributo. Se o painel normativo do tributo sofrer alteração no exercício posterior, a decisão que houver reconhecido a inexistência do dever de contribuir no exercício anterior não mais se aplica, em razão dessa alteração."

TEORI ALBINO ZAVASCKI, ao tratar do tema da coisa julgada relacionada à "eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado", traz importante lição acerca dos efeitos da alteração de fato ou de direito em matéria de relação continuativa. Para o Autor, nem sempre será necessária a propositura da ação revisional, seja em caso de alteração do suporte fático, seja em caso de alteração do suporte jurídico da sentença que versou sobre relação jurídica de trato continuativo. Ao contrário, "a alteração do *status quo*, tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos.", o que exclui a necessidade de propositura de ação revisional²⁴².

Nesta linha, ao tratar das alterações jurídicas, exemplifica ZAVASCKI, *in verbis*:

Assim, se a sentença declarou que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem importará o imediato direito a usufruí-la, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, independentemente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade. Igualmente, se a sentença declara que os serviços prestados por determinada empresa estão sujeitos a contribuição para a seguridade social, a norma superveniente que revogue a anterior ou que crie isenção fiscal cortará a sua força vinculativa, dispensando o contribuinte, desde logo, do pagamento do tributo. O mesmo pode ocorrer em favor do Fisco, em casos em que, reconhecida, por sentença, a intributabilidade, sobrevier lei criando o tributo: sua cobrança

²⁴¹ *Apud*, DIDIER, ..., p. 503.

²⁴² ZAVASCKI, Albino Teori. Coisa Julgada Em Matéria Constitucional: Eficácia Das Sentenças Nas Relações Jurídicas De Trato Continuado. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. 29 nov. 2009. Disponível em: < http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 10 jun. 2010

pode dar-se imediatamente, independentemente de revisão do julgado anterior.²⁴³

Também "no que se refere à mudança no estado de fato", consoante o processualista e Ministro do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ocorreria o mesmo fenômeno, eis que, exemplificativamente:

(...) a sentença que, à vista da incapacidade temporária para o trabalho, reconhece o direito do beneficiário de auxílio doença, tem força vinculativa enquanto perdurar o *status quo*. A superveniente cura do segurado importa a imediata cessação da eficácia vinculativa do julgado.²⁴⁴

Ainda, tratando dos "efeitos imediatos e automáticos" da "alteração *do status quo*", ZAVASCKI conclui, pela desnecessidade, em regra, da propositura da ação revisional, salientando que:

(...) o interessado poderá invocar a nova situação (que extinguiu, ou modificou a relação jurídica) como matéria de defesa, impeditiva da outorga da tutela pretendida pela parte contrária. Havendo execução da sentença, a matéria pode ser alegada pela via de embargos, nos termos do art. 741, VI, do CPC. Tratando-se de matéria típica de objeção, dela pode conhecer o juiz até mesmo de ofício, mormente quando se trata de mudança do estado de direito, quando será inteiramente aplicável o princípio *jura novit curia*.²⁴⁵

Por outro lado, ao tratar das hipóteses em que se faz necessária a ação revisional, ZAVASCKI afirma que "há, porém, exceções à regra acima referida, do automatismo dos efeitos decorrentes da mudança do *status quo*."²⁴⁶

E, buscando esclarecer os casos em que haveria a necessidade de propositura de ação de revisão da sentença, TEORI escreve que "em certas situações, a modificação do estado de fato ou de direito somente operará alteração na relação obrigacional se houver iniciativa do interessado e nova decisão judicial." Ou seja, "assiste ao beneficiário pela mudança no *status quo* o direito potestativo de provocar, mediante ação própria, a revisão da sentença anterior, cuja força vinculativa permanecerá íntegra enquanto não houver aquela provocação."²⁴⁷

²⁴³ *Id. Ibid.*, p. 8.

²⁴⁴ *Id. Ibid.*, p. 8.

²⁴⁵ *Id. Ibid.*, p. 8.

²⁴⁶ *Id. Ibid.*, p. 8.

²⁴⁷ *Id. Ibid.*, p. 9.

Nesta linha, exemplificativamente, "cumprido ao devedor de alimentos, que teve reduzida sua capacidade financeira, promover (...) a alteração da obrigação; cumprir, igualmente, ao credor, que teve supervenientemente aumentadas as suas despesas (...), demandar em juízo a majoração do pensionamento. É o que prevê, expressamente, o artigo 401, do Código Civil."²⁴⁸

E, por serem "casos excepcionais" merecem "interpretação estrita", sendo, "justamente nessas situações que será cabível – e indispensável para operar a mudança na relação jurídica objeto da sentença – a chamada ação revisional ou ação de modificação, anunciada no artigo 471, II, do Código de Processo Civil."²⁴⁹

Após tecer essas importantes considerações, ZAVASCKI conclui que:

A ação de revisão é indispensável apenas quando a relação jurídica material de trato continuado comportar, por disposição normativa, o direito potestativo antes referido. É o caso da ação de alimentos, destinada a ajustá-los à nova situação econômica do devedor ou às supervenientes necessidades do credor, e da ação de revisão de sentença que tenha fixado valores locatícios, para ajustá-los a novas condições de mercado (Lei nº 8.245, de 1991, artigos 19 e 68). Afora casos dessa natureza, a modificação do estado de fato ou de direito produz imediata e automaticamente a alteração da relação jurídica, mesmo quando esta tiver sido certificada por sentença, conforme anteriormente assinalado.²⁵⁰

Feitas estas considerações importantíssimas, tanto de ordem teórica como prática, conclui-se que não há nada de peculiar na coisa julgada formada a partir de sentenças que decidiram relações continuativas, sejam eles de direito de família, tributário, previdenciário, civil, ou de qualquer outro ramo do direito material.

Estas sentenças não são exceções à regra da autoridade da coisa julgada, porém trazem em si, como aliás toda sentença, a cláusula *rebus sic stantibus*. Destarte, alteradas as premissas fáticas, jurídicas ou ambas, a mudança da sentença, seja automaticamente, seja através de pronunciamento em ação revisional, não importará em ofensa à coisa julgada anterior, eis que apenas haverá novo regramento adequado ao novo estado de fato ou de direito.

²⁴⁸ *Id. Ibid*, p. 9.

²⁴⁹ *Id. Ibid*, p. 9.

²⁵⁰ *Id. Ibid*, p. 10.

1.7. a garantia constitucional da coisa julgada

Nos termos do inciso, XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal, "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Esta norma, inscrita no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, demonstra, nas palavras de HUMBERTO THEODORO JR., "a inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica."²⁵¹

A coisa julgada não implica necessariamente na verdade dos fatos, traduzindo, outrossim, regra de segurança e estabilidade, como bem observado por DOMENICO BARBERO, ao escrever que "*el pro verite habetur no implica ningún juicio de correspondencia con la verdad, sino expresa una orden de estabilidad y inmutabilidad, a semejanza de lo estable y inmutable que es la verdad.*"²⁵²

Assim, a preocupação de "segurança nas relações jurídicas e de paz na convivência social explicam a *res iudicata*", entendida como "uma exigência de ordem prática, quase banal, mas imperiosa, de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário"²⁵³.

A garantia da coisa julgada decorre, portanto, do princípio geral da segurança.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, sobre o tema, adverte que "haveria gravíssima insegurança, a ameaçar os próprios fundamentos da vida social, se tais atos pudessem ter sua validade, a qualquer tempo, reposta em discussão", ou seja, "se a decisão dos tribunais sempre pudesse ser impugnada e reimpugnada, se a

²⁵¹ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. I, p. 527.

²⁵² BARBERO, Domenico. *Derecho Privado*, v. I, nº. 182. Buenos Aires, 1962, p. 377, *apud* THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. I, p. 528.

²⁵³ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. I, p. 528.

existência dos direitos fosse a cada passo renegada. Tal ocorreria se se admitisse leis retroativas."²⁵⁴

E, justamente, fundado nesta preocupação, de longa data, o ordenamento jurídico busca preservar o princípio da segurança.

1.7.1. o princípio da segurança jurídica – origem e evolução

CANOTILHO, ao fazer uma interessante análise histórica, aponta que "a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis."²⁵⁵

A maior importância atribuída à segurança jurídica seria obra do estado liberal, eis que "toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito"²⁵⁶.

Seguindo este ideário liberal, como lembra CANOTILHO, a Constituição Portuguesa de 1822, "à semelhança do que acontecia com a Constituição dos Estados Unidos, consagra o seu primeiro título aos direitos e deveres individuais dos portugueses"²⁵⁷, trazendo, dentre outros, o princípio da segurança.

Ademais, segundo CANOTILHO, "a ideia subjacente à afirmação dos direitos e deveres individuais foi de converter os direitos do homem (situados no plano do direito natural) em direitos fundamentais, institucionalizados juridicamente e constituindo direito objetivamente vigente."²⁵⁸

²⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I, p. 54.

²⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 109.

²⁵⁶ *Id. Ibid.*, p. 109.

²⁵⁷ *Id. Ibid.*, p. 111.

²⁵⁸ *Id. Ibid.*, p. 111.

Aliás, também o constitucionalismo social albergou o princípio da segurança, como é bem lembrado por BARROSO, ao situá-lo, "ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social" como "fundamentos do Estado de Direito."²⁵⁹

Seguindo a linha histórica traçada por CANOTILHO, BARROSO acrescenta que a Declaração do Direitos Humanos, de 1789, em seu art. 2º, já consagrava a segurança como "um direito natural e imprescritível.", conceituado pela Constituição francesa de 1793, como "proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades"²⁶⁰.

Conclui-se que o princípio da segurança jurídica, cuja origem teria ligações estreitas com o constitucionalismo liberal, mas também é tido como fundamento do Estado de Direito dentro do constitucionalismo social, é importantíssimo objeto de proteção do constitucionalismo contemporâneo.

1.7.2. o princípio da segurança jurídica no constitucionalismo brasileiro

A preocupação com a segurança jurídica, desde seu princípio, também esteve presente no constitucionalismo brasileiro.

Como ensina CELSO RIBEIRO BASTOS, "já nas Constituições de 1824 e 1891 (...), nota-se a preocupação do constituinte em fulminar a utilização retroativa da lei." E, como alude o Constitucionalista, "se não remontamos a períodos históricos anteriores a 1824 é porque nos parece ser dispensável uma fundamentação em autores muito mais antigos."²⁶¹

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50.

²⁶⁰ *Id. Ibid.*, p. 50.

²⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 185.

Ademais, o Constitucionalista aponta que há "traços de tutela" ao princípio da segurança" desde "as longínquas Constituições de Teodósio e Valentiniano."²⁶²

Retornando, porém, ao constitucionalismo brasileiro, a partir da Constituição de 1934, "abandona-se a condenação incondicionada e absoluta à retroatividade das leis e passa-se a cristalizar sob o manto tutelar da irretroatividade as situações jurídicas qualificáveis como: coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido."²⁶³

Assim, excetuando-se a Constituição de 1937, "todas as demais Constituições mantiveram-se fiéis à sacrossanta irretroatividade"²⁶⁴, acolhendo o princípio da segurança jurídica e o resguardo da coisa julgada.

Além da própria garantia de preservação da coisa julgada (art. 5º, XXXVI), a Constituição vigente, traz, no *caput*, do art. 5º, o direito fundamental à segurança.

1.7.3. o princípio da segurança jurídica – significado e alcance

JOSÉ AFONSO DA SILVA, acolhendo lição de Jorge Reinaldo Vanossi²⁶⁵, sobre o "estado de direito no constitucionalismo social", conceitua a segurança jurídica como "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida."²⁶⁶

Nessa linha, como lembra JOSÉ AFONSO, "o *caput* do art. 5º fala em inviolabilidade do direito [...] à segurança, o que, no entanto, não impede seja ele

²⁶² *Id. Ibid.*, p. 185.

²⁶³ *Id. Ibid.*, p. 185.

²⁶⁴ *Id. Ibid.*, p. 185.

²⁶⁵ VANOSSO, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, p. 30, *apud* SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 412.

²⁶⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 412.

considerado um conjunto de garantias, natureza que, aliás, se acha ínsita no termo segurança."²⁶⁷

CANOTILHO, ao afirmar que "o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida", leciona que "por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito."²⁶⁸

Segundo CANOTILHO, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança "andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica."²⁶⁹

Prosseguindo na análise do "princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois a ideia de protecção da confiança)", CANOTILHO conclui que o mesmo pode ser sintetizado nos seguintes termos:

O indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.²⁷⁰

Com a precisão e a profundidade costumeiras, CANOTILHO sintetiza sua análise do princípio da segurança jurídica como pilar do estado de direito, nos seguintes termos:

O princípio do estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objectivo da ordem jurídica, a durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjetiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas.²⁷¹

²⁶⁷ *Id. Ibid.*, p. 415.

²⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 257.

²⁶⁹ *Id. Ibid.*, p. 257.

²⁷⁰ *Id. Ibid.*, p. 257.

²⁷¹ *Id. Ibid.*, p. 259.

1.7.4. a coisa julgada como garantia constitucional fundamental, com *status* de cláusula pétrea

CANOTILHO leciona que, dentre as "refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica", está "a inalterabilidade do caso julgado."²⁷²

Na lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, "um dos valores buscados pela ordem jurídico-processual é o da segurança nas relações jurídicas, que constitui poderoso fator de paz na sociedade e felicidade pessoal de cada um."²⁷³

A existência do litígio judicial é causa de intranquilidade para os jurisdicionados, que buscam uma decisão definitiva do Estado – Juiz. Neste sentido, como aponta o professor do Largo do São Francisco:

A tomada de uma decisão, com vitória de um dos litigantes e derrota do outro, é para ambos o fim e a negação das expectativas e incertezas que os envolviam e os mantinham em desconfortável estado de angústia. As decisões judiciais, uma vez tomadas, isolam-se dos motivos e do grau de participação dos interessados e imunizam-se contra novas razões ou resistências que se pensassem em opor-lhes (Niklas Luhmann, Tércio Sampaio Ferraz Jr.), chegando a um ponto de firmeza que se qualifica como estabilidade e que varia de grau conforme o caso.²⁷⁴

J. J. CANOTILHO, sobre a coisa julgada, informa que, em Portugal – onde o instituto é tratado por "caso julgado" –, "embora o princípio da intangibilidade do caso julgado não esteja expresso, *expressis verbis*, na Constituição, ele decorre de vários preceitos do texto constitucional (CRP, arts. 29.º/4, 282.º/3) e é considerado como subprincípio inerente ao princípio do Estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica."²⁷⁵

Entre nós, o *status* constitucional da coisa julgada, como já se viu, é expresso, constando, atualmente, do inciso XXXVI, do seu art. 5º.

²⁷² *Id. Ibid.*, p. 257.

²⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 36.

²⁷⁴ *Id. Ibid.*, p. 257.

²⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 265.

Assim, a coisa julgada, tida por DINAMARCO, como "o mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais", faz com que o instituto transcenda o direito processual, para "se alojar dentro do direito constitucional", tendo "o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional."²⁷⁶

Sobre o *status* constitucional e alcance da coisa julgada, LUIZ ROBERTO BARROSO, após reafirmar que sua proteção "tem, no Brasil, *status* constitucional", leciona que "por sua condição de direito individual, constitui cláusula pétrea, insusceptível de supressão até mesmo por emenda constitucional (CF art. 60, § 4º, IV)."²⁷⁷

E, demonstrando o grau de importância conferida ao instituto da coisa julgada, entre nós, o que a distingue, de outros Ordenamentos, BARROSO, destaca que "na maioria dos países esta garantia consta de legislação ordinária – o que admite sua derrogação por legislação superveniente – e não da Constituição"²⁷⁸.

1.7.5. a proteção da coisa julgada em face do legislador ordinário e até mesmo do constituinte derivado

Assim, pelas peculiaridades do sistema normativo da coisa julgada no Brasil, que a considera como cláusula pétrea constitucional, "a importação de doutrina e jurisprudência estrangeiras sobre o assunto deve ter o cuidado de observar essa diferença essencial entre os sistemas jurídicos."²⁷⁹

²⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, 36.

²⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III, p. 139.

²⁷⁸ *Id. Ibid.*, p. 139.

²⁷⁹ *Id. Ibid.*, p. 139.

E, como cláusula pétrea, a proteção constitucional da coisa julgada, além de se dirigir ao legislador ordinário, "atinge, também, o constituinte derivado, haja vista que a não retroação, nas hipóteses constitucionais, configura direito individual que, como tal, é protegido pelas limitações materiais do art. 60, § 4, IV da CF."²⁸⁰

Daí porque, consoante preceitua o notável Constitucionalista, "as emendas à Constituição, tanto quanto as leis infraconstitucionais, não podem malferir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."²⁸¹ E, dentre as garantias inscritas no inciso XXXVI, do art. 5º, da CF, a coisa julgada ainda se destaca em grau de importância das demais, eis que advém de pronunciamento do próprio Estado, na prestação da jurisdição, em processo que passou pelo devido processo legal, com o direito ao contraditório.

Corroborando este entendimento, BARROSO, salienta que "a coisa julgada não deixa de ser uma espécie de direito adquirido, mas qualificado pelo reconhecimento judicial de sua existência", e, em decorrência de tal atributo, "tem merecido proteção ainda mais especial."²⁸²

E, sintetizando seu pensamento sobre o ponto, BARROSO, conclui que "o Poder Constituinte derivado, apto a emendar a Constituição, é juridicamente condicionado, não podendo, por força de limitação material expressa, abolir direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada."²⁸³

1.7.6. a proteção da coisa julgada até mesmo em face do constituinte originário

Em regra, o Poder Constituinte Originário tudo pode, eis que, ao criar uma nova ordem constitucional, não se sujeitaria a limites anteriores, eis que, até mesmo os limites, seriam por ele criados, a partir da nova ordem constitucional.

²⁸⁰ *Id. Ibid.*, p. 137.

²⁸¹ *Id. Ibid.*, p. 138.

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. II, p. 410.

²⁸³ *Id. Ibid.*, p. 408.

Ocorre que, como aponta BARROSO, "não obstante isso, mesmo na interpretação da vontade constitucional originária, a irretroatividade há de ser regra, e a retroatividade a exceção."²⁸⁴

Assim, sempre que possível, "incumbe ao intérprete aplicar o direito positivo, de qualquer nível, sem afetar situações jurídicas já definitivamente constituídas, em nome do princípio da segurança jurídica."²⁸⁵

Para se garantir o princípio da irretroatividade, entende-se que até mesmo a nova ordem constitucional se sujeita a limites, eis que, apesar de poder ter regras retroativas, estas deverão constar expressamente, não se admitindo a retroatividade tácita.

Como exemplifica Barroso, "na constituição brasileira de 1988 há exemplo de retroatividade expressa, como o art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias"²⁸⁶, tratando da inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

Note-se que o referido dispositivo fala em "direito adquirido", silenciando-se acerca da "coisa julgada".

E, esta realidade não foi desapercebida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que sobre o tema assim se posicionou:

A cláusula temporária e extravagante do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 não alcança situações jurídicas cobertas pela preclusão maior, ou seja, pelo manto da coisa julgada.²⁸⁷

Em seu voto, o Relator, Ministro MARCO AURÉLIO, de forma didática, assim se pronunciou:

²⁸⁴ *Id. Ibid.*, p. 406.

²⁸⁵ *Id. Ibid.*, p. 406.

²⁸⁶ *Id. Ibid.*, p. 406.

²⁸⁷ BRASIL. STF, RTJ, 167:656, 1999, RE 146.331-SP, Rel. Min. Marco Aurélio; *apud Id. Ibid.*, p. 406.

A norma diz da impossibilidade de evocar-se o direito adquirido, silenciando-se quanto à coisa julgada, isto é, aquelas situações jurídicas submetidas ao crivo do Estado-juiz e já cobertas pelo manto da preclusão maior, no que voltada à segurança da vida em sociedade. É certo que, ao término do preceito, há referência à percepção de excesso a qualquer título. Todavia, a menção a ter alcance perquirido considerada a referência a direito adquirido e ao silêncio, já consignado, quanto à coisa julgada. É indubitoso que o instituto da coisa julgada, agasalhado sistematicamente pelas Cartas brasileiras, revela-se possuidor de contornos inerentes às cláusulas pétreas.²⁸⁸

Destarte, até mesmo o poder constituinte derivado, que, como é sabido, não está condicionado pelo regramento anterior, e pode, em regra, "determinar a aplicação retroativa das normas constitucionais que editar", como leciona BARROSO, "tal hipótese, todavia, é excepcional, há de ser expressa e, como regra, deverá preservar a coisa julgada."²⁸⁹

1.7.7. a coisa julgada e a declaração de inconstitucionalidade de lei

Tal é o grau de proteção conferido à *res iudicata* que, segundo BARROSO, nem "mesmo a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, considerando-a nula, tem o condão de destruir a coisa julgada que com base nela se formou."²⁹⁰

Este entendimento também foi defendido, em sede doutrinária, por GILMAR FERREIRA MENDES, que já se pronunciou sobre o tema, nos seguintes termos:

O sistema de controle da constitucionalidade brasileiro parece contemplar uma ressalva expressa a essa rigorosa doutrina da retroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, tem-se por certo que a pronúncia da inconstitucionalidade não faz *tabula rasa* da coisa julgada, erigida pelo constituinte em garantia constitucional (CF, art. 153, § 3º). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão.²⁹¹

²⁸⁸ *Id. Ibid.*, p. 406-407.

²⁸⁹ *Id. Ibid.*, p. 407.

²⁹⁰ *Id. Ibid.*, p. 410.

²⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira, O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23, p. 44. No mesmo sentido, CLÉVE, Clémerson Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*; e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: un bosquejo. Temas de Derecho Processual*, v. 6, p. 190.

Esta também é a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, já firmada de longa data:

A suspensão de vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgada só pode ser declarada por via da ação rescisória. (RTJ 55: 744; STF, RMS 17.076, Rel. Min. Amaral Santos)²⁹².

Logo, como proclamam doutrina e jurisprudência, nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade de lei, proclamada pela Suprema Corte, deverá afetar a coisa julgada, que somente poderá ser rescindida pela competente ação rescisória, com prazo definido.

E, consoante jurisprudência pacífica do STF, nenhuma espécie de lei poderá atingir a coisa julgada, seja ela de direito público ou privado, ou até mesmo de ordem pública. Veja-se, a propósito, elucidativo trecho do voto do Min. MOREIRA ALVES, nos autos da ADIn nº 493-DF:

O disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva.

Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente.²⁹³

1.7.8. coisa julgada formal e material e a constituição

Questão importante e que também tem causado certa polêmica na doutrina é saber se a proteção constitucional da coisa julgada resguarda tanto a coisa julgada formal como a coisa julgada material, ou apenas a coisa julgada material.

²⁹² *Apud, Id. Ibid.*, p. 410.

²⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 493 – DF, Relator Min. Moreira Alves. RTJ 143/724.

Para CELSO BASTOS "a resposta mais consentânea com a índole do dispositivo sob comento é a de assegurar uma proteção integral das situações de coisa julgada, quaisquer que sejam as discriminações que os processualistas venham a fazer, mesmo porque a Constituição não faz qualquer discriminação."²⁹⁴

De outro lado, ALEXANDRE MORAIS²⁹⁵ e JOSÉ AFONSO DA SILVA²⁹⁶ defendem que a garantia constitucional se refere apenas à coisa julgada material e não à formal.

Concordamos com este último posicionamento, eis que, como visto, a "verdadeira" coisa julgada caracterizada pela imutabilidade da decisão judicial de mérito é a material, sendo que, como bem explica JOSÉ AFONSO DA SILVA, "a coisa julgada formal só se beneficia da proteção indiretamente na medida em que se contém na coisa julgada material, visto que é pressuposto desta, mas não assim a simples coisa julgada formal."²⁹⁷

O que a constituição busca preservar com a força constitucional é, portanto, a coisa julgada material, tutelando-se "a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio."²⁹⁸

1.7.9. limites constitucionais à coisa julgada

Outro ponto importantíssimo sobre a delimitação do alcance e significado da proteção constitucional da coisa julgada é saber se esta é uma garantia absoluta, ou se comportaria limites, e, em tal caso, em que extensão.

²⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 200.

²⁹⁵ "A proteção constitucional incide sobre a coisa julgada material (*auctoritas rei judicatae*), que, como recordam Nelson e Rosa Nery, é aquela "entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário." In: MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300.

²⁹⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 415.

²⁹⁷ *Id. Ibid.*, p. 415.

²⁹⁸ *Id. Ibid.*, p. 415.

Nessa linha, "a proteção constitucional da coisa julgada não impede, contudo, que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional"²⁹⁹.

Sobre o ponto, JOSÉ AFONSO aponta que "a lei não pode desfazer (rescindir ou anular ou tornar ineficaz) a coisa julgada. Mas pode prever licitamente, como fez o art. 485, do Código de Processo Civil, sua rescindibilidade por meio da ação rescisória"³⁰⁰.

Também ALEXANDRE MORAIS entende que "a possibilidade de previsão no ordenamento jurídico de revisão criminal ou ação rescisória não é incompatível com a Constituição Federal, uma vez que devem existir instrumentos de controle da sentença judicial transitada em julgado, quando essa apresentar graves vícios, perturbadores da ordem jurídica."³⁰¹

CELSE RIBEIRO BASTOS, ao tratar do tema, lembra que " a própria Lei das Leis refere-se a ações rescisórias ao cuidar das competências dos Tribunais. Ora, se a própria Constituição prevê a competência para julgamento deste tipo de ação, é porque ela não a considera ofensiva da coisa julgada." E, na mesma linha, tratando da própria sistemática legal da coisa julgada no ordenamento jurídico, o Constitucionalista lembra que a existência de institutos como a coisa julgada "*secundum eventum litis*" ou "*secundum eventum probationis*", citando como exemplo a AÇÃO POPULAR, a qual, se for julgada improcedente, não impede nova discussão, já traria limites importantes para a coisa julgada"³⁰².

A preocupação é que o engessamento advindo da coisa julgada, na busca pela segurança, venha a afetar outros valores igualmente fundamentais como o valor justiça.

²⁹⁹ *Id. Ibid.*, p. 415.

³⁰⁰ *Id. Ibid.*, p. 415.

³⁰¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 300.

³⁰² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 201.

Sobre o tema, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já se posicionou ao tratar, nos autos do RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 328.812, da constitucionalidade da ação rescisória. Ao apreciar EMBARGOS DE DECLARAÇÃO no referido EXTRAORDINÁRIO, assim, se pronunciou o relator, eminente Ministro GILMAR MENDES:

O instituto da rescisória representa sobretudo uma conciliação entre os extremos do respeito incondicional à coisa julgada e a possibilidade de reforma permanente das decisões judiciais. Sob uma perspectiva constitucional, ao analisar o instituto da rescisória, temos dois valores em confronto: de um lado a segurança jurídica, do outro, a manifestação do devido processo legal, qual seja o compromisso do sistema com a prestação judicial correta, não viciada. O instituto da rescisória atende à efetiva realização da ideia de justiça. Isto pode ser extraído das hipóteses de admissibilidade da rescisória descritas no art. 485, do CPC. Sem dúvida, de uma leitura positiva dos incisos que compõem o art. 485, depreende-se que o sistema busca, entre outros aspectos, sentenças proferidas por Juízes honestos, que sejam harmônicas com relação a outros pronunciamentos judiciais, que tenham substrato consistente e que respeitem a ordem legal objetiva, etc. Não observados tais objetivos, o sistema estabelece uma via processual de correção nas hipóteses específicas do art. 485, do CPC, ou seja, a partir da rescisória, constrói o Legislador uma espécie de válvula de segurança ou uma última via de correção para o sistema judicial, uma via restrita certamente, sujeita a prazo e a hipóteses específicas, tendo em vista aquela perspectiva de resguardo da segurança jurídica.³⁰³

Logo, a ação rescisória, buscando o resguardo do valor justiça, é instrumento legítimo de controle da coisa julgada material. Contudo, como advertiu, o próprio Ministro Gilmar Mendes, a rescisória seria "uma espécie de válvula de segurança ou uma última via de correção para o sistema judicial", e, "tendo em vista aquela perspectiva de resguardo da segurança jurídica", será "uma via restrita certamente, sujeita a prazo e a hipóteses específicas."³⁰⁴

Na mesma assentada, o Ministro Relator, mais uma vez, ressaltou que "há um limite, portanto, associado à segurança jurídica", tendo apontado a importância do respeito ao "prazo das rescisórias, que deverá ser observado."³⁰⁵

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 328.812. Rel.: Min. Gilmar Mendes. *RTJ*, v. 204-03, p. 1294.

³⁰⁴ *Id. Ibid.*, p. 1294.

³⁰⁵ *Id. Ibid.*, p. 1294.

2. INSTRUMENTOS DE REVISÃO DA COISA JULGADA

Apesar da coisa julgada ser uma garantia constitucional, das mais importantes dentro do estado democrático de direito, ela não é um instituto jurídico de caráter absoluto, comportando, ao contrário, hipóteses previamente previstas para sua revisão.

Nosso sistema contempla, atualmente, quatro instrumentos de revisão da coisa julgada material³⁰⁶:

- a) a ação rescisória (art. 485 a 495, do CPC);
- b) a ação de *querela nullitatis* (art. 475 – L, I e c 741, I, ambos do CPC);
- c) a impugnação por erro material ou erro de cálculo (art. 463, I, do CPC); e
- d) a impugnação da sentença inconstitucional, fundada em entendimento do STF (art. 475 – L, II, § 1º e c 741, II, parágrafo único, ambos do CPC);

A ação de nulidade da sentença, fundada na *querela nullitatis*, e a impugnação fundada em erro material ou erro de cálculo são dois institutos de revisão da coisa julgada bastante antigos e que se incorporaram ao nosso sistema jurídico com bastante solidez e desde os primórdios da história do direito brasileiro.

Também a ação rescisória, tida como o instrumento fundamental de revisão da coisa julgada material, é inquestionavelmente uma garantia para se evitar que injustiças sejam acobertadas pelo "manto da coisa julgada", possibilitando-se que, a sentença, mesmo transitada em julgada, possa ser revista em casos graves, taxativamente descritos no rol do art. 485, do CPC.

³⁰⁶ Neste sentido, DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 504.: "Admitem-se, em nosso sistema, como instrumentos de revisão da coisa julgada material: a) a ação rescisória; b) a querela nullitatis (art. 741, I, CPC) ou exceptio nullitatis (art. 475-L, I, CPC); c) impugnação com base na existência de erro material; d) a impugnação da sentença inconstitucional (com base no art. 475-L, § 1º, e, art. 741, parágrafo único do CPC.)"

Por fim, tem-se, mais recentemente, a possibilidade de efeitos rescisórios aos embargos à execução ou à impugnação ao cumprimento de sentença, nos casos em que o título judicial exequendo seja "*fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidos pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal.*"(art. 475 – L, II, § 1º e c 741, II, parágrafo único, ambos do CPC).

Trata-se de recente inovação legislativa advinda da Lei nº 11.232/2005 que tem sido passível de diversas críticas, pairando dúvidas acerca de sua constitucionalidade.

Passa-se a uma breve análise de cada um desses institutos jurídicos de revisão da coisa julgada.

2.1. ação rescisória (arts. 485 a 495, CPC)

A Ação Rescisória é uma ação autônoma de impugnação da sentença ou do acórdão de mérito que transitou em julgado quando presente uma ou mais das suas hipóteses de cabimento, taxativamente descritas no art. 485, do Código de Processo Civil.

Não é, portanto, recurso, eis que passa a ser cabível justamente após o transcurso de todos os prazos recursais, com o trânsito em julgado da sentença ou acórdão que se almeja rescindir.

Ou seja, somente a partir do momento em que já houve a preclusão da faculdade de interposição de qualquer recurso, ou seja, quando não é cabível qualquer recurso, poderá haver a propositura da ação rescisória.

Além disso, como bem lembra DIDIER JR., a ação rescisória também não tem natureza de recurso "por não atender ao princípio da taxatividade, ou seja, por não estar prevista em lei como recurso" e por formar uma nova relação jurídica processual, ao contrário do que ocorre com os recursos, que "não formam novo processo, nem inauguram uma nova relação jurídico - processual."³⁰⁷

Dentre os fundamentos para a ação rescisória encontram-se motivos de invalidade (*errores in procedendo*), como pode se ver dos incisos II e IV, do art. 485, do CPC, bem como motivos de injustiça (*errores in iudicando* - art. 485, VI e IX, do CPC, por exemplo). Logo, na sistemática atual, não se pode estabelecer uma relação direta entre a natureza do vício rescisório e o cabimento da ação.

A ação rescisória tem natureza jurídica de ação constitutiva negativa, ou desconstitutiva, eis que objetiva a desconstituição da coisa julgada material formada em outro processo.

³⁰⁷ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3, p. 361.

Como toda ação, a rescisória deve preencher as condições da ação e observar os pressupostos processuais.

Ocorre que, além das condições e dos pressupostos processuais gerais, para a propositura da ação rescisória são necessários:

- a) uma decisão (sentença ou acórdão) de mérito transitada em julgado;
- b) a subsunção a uma ou mais das hipóteses elencadas no art. 485, do CPC; e
- c) ser proposta dentro do prazo decadencial de dois anos do trânsito em julgado.

Destarte, não é admissível ação rescisória fundada em outra hipótese que não uma ou mais daquelas constantes do art. 485, do CPC.

Veja-se, a propósito, as hipóteses constantes do art. 485, do CPC, ensejadoras da propositura de ação rescisória no direito brasileiro vigente:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I – se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II – proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
- IV – ofender a coisa julgada;
- V – violar literal disposição de lei;
- VI – se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
- VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo cuja existência ignorava, ou que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
- IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Ademais, a doutrina é firme no sentido de que o referido rol do artigo 485, do CPC, é taxativo.

Neste sentido, leciona CÁSSIO SCARPINELLA BUENO: "o rol do art. 485 é taxativo. Não comporta interpretação ampliativa ou analógica. Esse entendimento, tranquilo

em doutrina e jurisprudência, afina-se à proteção constitucional da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI)."³⁰⁸

Porém, como adverte BARBOSA MOREIRA, em lição trazida por DIDIER JR., "há (...) algumas ponderações"³⁰⁹:

Em primeiro lugar, há ainda hipóteses de cabimento de ação rescisória para a sentença que julga partilha (art. 1.030 do CPC), que se somam às hipóteses do art. 485. (³¹⁰) Em segundo lugar, é lícita a interpretação extensiva, "que se limita a revelar o verdadeiro alcance da norma, quando a lei *minus dixit quam voluit*", como no caso da exegese do inciso VIII do art. 485, em que se deve compreender como nele incluída a previsão de rescisória contra sentença que se basear em reconhecimento da procedência do pedido. (³¹¹)

Contudo, em que pesem as ponderações, acertadamente feitas por BARBOSA MOREIRA, a conclusão a que se chega é a de que o rol do art. 485, do CPC é taxativo, trazendo hipóteses em *numerus clausus*, não comportando ampliação.

Outra observação importante é que, de um modo geral, a rescisória somente é cabível em hipóteses muito graves. Assim, seja por defeitos processuais (*errores in procedendo*), seja por injustiça (*errores in iudicando*), somente pode-se alterar a sentença ou acórdão transitado em julgado por vícios de extrema gravidade.

O legislador cuidou de elencar no rol, como dito, questões como "corrupção do juiz", sentença fundada em prova falsa, "dolo da parte vencedora em detrimento da vencida, ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei", etc. Não se permite, portanto, um mero rejuízo da causa, porque uma das partes não ficou satisfeita com a decisão.

³⁰⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.475.

³⁰⁹ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3, p. 362 – 363.

³¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 154 – 155.

³¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 154.

A interpretação do julgado há de levar em conta que a rescisória é uma hipótese excepcional, destinada a rever a coisa julgada que se formou, muitas vezes em processos que tramitaram por mais de uma década, através de recursos que podem ter chegado até os Tribunais Superiores.

Sobre a excepcionalidade da ação rescisória, LUIZ RODRIGUES WAMBIER³¹², afirma que a ação rescisória, "pode ser intentada excepcionalissimamente (...), exclusivamente nos casos previstos, por meio da técnica da enumeração taxativa do art. 485 do CPC." Logo, não se trata de um mero rejuízo, porque alguém não gostou do resultado obtido.

Neste sentido, já assentou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em elucidativo precedente da relatoria do Ministro MOREIRA ALVES, que "a via rescisória não é mera reiteração da via originária que se pretende rescindir".⁽³¹³⁾.

2.1.1. o objeto da ação rescisória

A ação rescisória é cabível para desconstituir sentença ou acórdão de mérito. Deste modo, não é possível rescindir sentença que não enfrentou o mérito da lide, e, conforme lição de BARBOSA MOREIRA, "tampouco é possível rescindir acórdão que julgue recurso contra decisão interlocutória (art. 162, § 2º) ou final (art. 267), de primeiro grau ou de grau superior, sobre matéria estranha ao *meritum causae*".⁽³¹⁴⁾

Como aponta DIDIER, "o que importa é o trânsito em julgado. É indiferente que ele tenha ocorrido porque a parte não interpôs o recurso ou interpôs todos os

³¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues. (coord.). *Curso avançado de processo civil*, Vol. 1. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 555.

³¹³ BRASIL. STF, 1ª Turma, RE nº 144.996/SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 164/1093.

³¹⁴ *op cit.* 6. ed., p. 102.

recursos. Não há exigência de esgotamento de instâncias recursais para a propositura da ação rescisória.³¹⁵

Neste sentido é o enunciado de nº 514 da súmula da jurisprudência do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: "Admite-se a ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não tenham esgotado todos os recursos."

Ainda DIDIER JR. salienta que "ajuizada a ação rescisória antes do trânsito em julgado, precocemente, se esse acontecer, como fato superveniente, na pendência do processo rescisório, deve ser levado em consideração pelo tribunal, à luz do art. 462 do CPC."³¹⁶

E, esta possibilidade já foi admitida pelo Col. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nos autos do Recurso Especial nº 257.580/PR, da relatoria do saudoso Ministro MENEZES DIREITO, que admitiu o posterior preenchimento da condição da ação "possibilidade jurídica do pedido".³¹⁷

O sistema processual atual, diferentemente do Código de Processo Civil de 1939, que admitia ação rescisória contra sentença terminativa, somente admite sua propositura para a rescisão de sentença de mérito.

Segundo DIDIER JR., isto "significa que, em todas as hipóteses do art. 269 do CPC (aí incluídas aquelas relacionadas com os incisos II e V de tal dispositivo), cabe ação rescisória, porquanto a resolução se opera com julgamento do mérito, produzindo-se coisa julgada material, que somente poderá ser desconstituída pela ação rescisória."³¹⁸

³¹⁵ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3, p. 363.

³¹⁶ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3, p. 363.

³¹⁷ BRASIL. STJ, RESP 257.580/PR, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 20/08/2001, p. 459.

³¹⁸ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3, p. 365.

O art. 485, do CPC, fala em "sentença de mérito", devendo ser entendida como ato decisório que verse sobre o mérito da ação. Deste modo, tanto as sentenças meritórias como os acórdãos que trataram do mérito, após transitados em julgado, podem ser objeto de ação rescisória.

CÂNDIDO DINAMARCO³¹⁹, também admite a ação rescisória contra "decisão interlocutória de mérito", o que, contudo, não é acolhido pela maior parte da doutrina.

FREDIE DIDIER JR, trata, ainda, da hipótese de cabimento de rescisória contra decisão que, "embora não seja de mérito, tornou a questão de mérito preclusa, impedindo sua revisão."³²⁰

É o caso, por exemplo, de acórdão que, indevidamente, reconheceu a intempestividade do recurso. Neste sentido, já decidiu o E. STJ, nos autos do Ação Rescisória nº 466/RJ, da relatoria do Eminentíssimo Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR.³²¹

A ação rescisória pode impugnar toda a sentença ou acórdão ou apenas parte deles, sendo, neste caso chamada de ação rescisória parcial.

Nos termos do art. 487, do CPC, "Tem legitimidade para propor a ação: I – quem foi parte no processo ou seu sucessor a título universal ou singular; II – o terceiro juridicamente interessado; e III – o Ministério Público: a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigada a intervenção; b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei."

Outro tema fundamental para a propositura da ação rescisória é o da competência para seu processamento e julgamento.

³¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 280-289.

³²⁰ *op. cit.* p. 366.

³²¹ BRASIL. STJ, 2ª Seção, AR nº 466/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 06.05.1996, p. 14.362. Em sentido contrário: BRASIL. STJ, 4ª Turma, RESP nº 489.562/SE, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 06.10.2003, p. 277.

A ação rescisória sempre irá tramitar em um Tribunal, não sendo possível o ajuizamento de rescisória perante o Juiz Singular. A regra constitucional e legal que impera é a de que as sentenças monocráticas poderão ser rescindidas pelo Tribunal ao qual o Juiz prolator é vinculado, e os acórdãos proferidos pelos Tribunais poderão ser rescindidos pelos próprios Tribunais que os prolataram.

Assim, uma sentença proferida por um Juiz Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal somente poderá ser rescindida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, eis que este é o Tribunal ao qual o magistrado é vinculado. Do mesmo modo, ainda exemplificativamente, uma sentença de Juiz de Direito poderá ser rescindida pelo Tribunal de Justiça ao qual o mesmo for vinculado.

Quanto aos acórdãos, é competente o STF para processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios julgados (art. 102, I, j, da CF). Ao STJ compete o julgamento das ações rescisórias contra seus julgados (art. 105, I, e, da CF). Também os Tribunais Regionais Federais detêm competência para processar e julgar as ações rescisórias de seus próprios acórdãos (art. 108, I, b, da CF). Do mesmo modo, os Tribunais de Justiça dos estados julgam as ações rescisórias contra seus próprios acórdãos, estando, normalmente, esta competência definida na Constituição Estadual respectiva (art. 125, § 1º, da CF).

Hipótese interessante é a da competência para rescisória de sentença proferida por Juiz estadual investido da jurisdição federal (art. 109, § 3, da CF). Neste caso será competente o TRF respectivo para apreciar eventual rescisória proposta.

Mais curiosa ainda é a hipótese de sentença proferida por Juiz Federal, versando sobre causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil (art. 109, II, da CF). Tais sentenças são passíveis de impugnação recursal por meio de RECURSO ORDINÁRIO para o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, e não através de apelação para o respectivo TRF, como se dá ordinariamente.

Indaga-se: E quem será competente para apreciar a rescisória respectiva. O STJ, que é a instância recursal ordinária para o caso, ou o TRF, que é o Tribunal ao qual o Juiz prolator da sentença normalmente é vinculado?

Sobre o ponto, assim se posiciona DIDIER JR.:

A questão é interessante, porque, quando transita em julgado a sentença (e não o acórdão), a rescisória é cabível perante o tribunal ao qual o juiz está vinculado (geralmente, o juiz federal está vinculado ao respectivo TRF). Só que, nesses casos, ele está vinculado ao STJ. Por outro lado, o art. 105, I, e, da Constituição Federal dispõe que compete ao STJ processar e julgar as rescisórias de seus julgados. Não há previsão constitucional para o STJ julgar ação rescisória contra sentença de primeira instância. Estando, contudo, o juiz a ele vinculado, deve a rescisória ser proposta no STJ. Noutros termos, a rescisória ataca a sentença, mas será proposta no STJ, em razão da vinculação do juiz, em causas desse tipo, àquele TRIBUNAL SUPERIOR.³²²

Portanto, a ação rescisória contra sentença versando sobre uma das hipóteses do art. 109, II, da CF, apesar de ser proferida por Juiz Federal, deverá ser processada e julgada pelo STJ, por ser esta Corte, nestas hipóteses, o Tribunal recursal originário, ao qual o Magistrado estará vinculado.

Voltando à regra geral, quando se tratar de rescisória de sentença, salvo os pontos anteriormente tratados, não haverá grandes dificuldades, eis que, como visto, será competente para processar e julgar a rescisória o Tribunal ao qual for vinculado o juiz.

Por outro lado, havendo recurso para o tribunal (apelação ou recurso ordinário, e, futuramente, recurso especial, recurso extraordinário, etc.) poderão surgir novas dúvidas. Isto porque, caso haja apelação, mas esta não seja conhecida, não será o acórdão que deverá ser rescindido, eis que não é o acórdão que transita em julgado, mas sim a própria sentença.

Neste caso, não se opera o efeito substitutivo previsto no art. 512, do CPC.

³²² DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. v. 3. 7ª ed. Salvador: Editora Podivm, 2007, p. 376.

Se, todavia, o recurso for conhecido, poderão surgir os seguintes resultados possíveis: o recurso poderá ser (a) não provido; (b) provido, para reformar a sentença; (c) provido, para cassar/anular a sentença.

O efeito substitutivo se operará nas hipóteses (a) e (b), eis que, nestes casos, o acórdão substituirá a sentença. Logo, se conhecido o recurso, seja ele provido para reformar a sentença, seja ele desprovido, o acórdão passará a substituir a sentença, devendo a rescisória se voltar contra o pronunciamento do colegiado.

De outro turno, não sendo o recurso conhecido ou sendo conhecido e provido para cassar a sentença, não haverá efeito substitutivo. No primeiro caso, não conhecido o recurso, sequer se instaurou o juízo reformador recursal. No segundo, com a cassação da sentença, não se terá mais título apto a ser rescindido.

Estas observações, importantes para definição do órgão competente para o processamento e julgamento da ação rescisória, são válidas para todos os recursos que atacam a decisão de mérito. Assim, se a apelação não for conhecida, a rescisória se voltará contra a sentença. Da mesma forma, se o acórdão contra o qual foi interposto Recurso Especial, por exemplo, não foi conhecido, a ação rescisória atacará, não o acórdão do REsp proferido pelo STJ, mas sim o acórdão do Tribunal *a quo*, seja TRF, seja Tribunal de Justiça estadual.

São dignos de nota dois enunciados sumulares do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Súmula nº 249. É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tenha conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

Súmula nº 515. A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.

Quanto ao primeiro enunciado sumular (249/STF), onde consta "não tendo conhecido", deveria constar "não tendo provido", eis que, se a "questão federal

controvertida" foi "apreciada", é porque o recurso foi (ou pelo menos deveria ter sido) conhecido.

Logo, se a matéria controvertida foi apreciada pelo STF, será esta Corte a competente para processar e julgar a ação rescisória, mesmo que tenha constado (por equívoco técnico) que o recurso não foi conhecido ou tenha ele sido desprovido.

Já o segundo enunciado sumular (515/STF) chama a atenção para a necessidade de que o tema objeto da rescisória tenha sido enfrentado pelo STF para que esta Corte seja competente para julgar eventual rescisória.

A questão do conhecimento ou não do recurso, ou melhor, da apreciação ou não do tema controvertido (mesmo que seja para se negar provimento) é fundamental para se definir o órgão jurisdicional competente para a apreciação do pedido rescisório.

O problema toma contornos dramáticos quando, conforme se verá adiante, boa parte da doutrina e jurisprudência entendem que o endereçamento incorreto da ação rescisória poderá gerar a extinção do processo, sem o julgamento do mérito, por carência de ação.

CÂNDIDO DINAMARCO, sobre o tema, faz uma distinção entre duas situações:

Insisto ainda nessa distinção: a) se proponho perante o tribunal local uma ação rescisória tendo por objeto um acórdão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a questão se resolve em termos puros de competência, porque um órgão judiciário não é competente para rescindir acórdão de outro (e muito menos de um Superior); b) mas quem pede ao tribunal do Estado a rescisão de acórdão dele próprio não incorre em incompetência, ainda quando esse acórdão houver sido substituído por um do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça: o que falta é a condição de ação definida como interesse de agir, dada a inutilidade da pretendida rescisão.³²³

BARBOSA MOREIRA, por outro lado, vê a possibilidade do Magistrado possibilitar ao autor da rescisória que retifique eventual erro, sem distinguir as hipóteses:

³²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória, incompetência e carência de ação. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 267 - 279.

O erro do autor não pode ser 'corrigido' *ex officio* pelo tribunal x, com remessa dos autos ao tribunal y – que seria (seria: não é) competente, caso o autor houvesse identificado de maneira correta a decisão rescindenda. O que cabe ao relator fazer, percebendo o equívoco, ao proceder à (indispensável...) leitura da inicial, é abrir ao demandante a oportunidade de retificar (se quiser!) a petição (art. 284, caput).³²⁴

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já teve a oportunidade de apreciar a matéria, tendo decidido que "a equivocada formulação de rescisória, em que se indicou incorretamente o acórdão passível de rescisão, enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, não sendo possível a correção do pedido inicial pelo órgão julgante. Inaplicabilidade do art. 113, § 2º, do CPC." Neste caso, o E. STJ acolheu em parte embargos de declaração, "para afastar a remessa dos autos ao TRF da Primeira Região."³²⁵

Estes entendimentos doutrinários e jurisprudenciais demonstram a importância fundamental da correta identificação do órgão judicial competente para apreciar a rescisória, eis que o equívoco poderá ser punido com a extinção do processo, sem julgamento de mérito, pela carência de ação.

Pessoalmente, não conseguimos ver a distinção apontada pela doutrina de DINAMARCO³²⁶, eis que nos parece que a incorreta propositura da ação rescisória poderia ser corrigida pela parte, conforme já se pronunciou BARBOSA MOREIRA³²⁷.

2.1.2. o prazo para propositura da ação rescisória e seu termo inicial - problemas

Conforme consta expressamente do art. 495, do CPC, a ação rescisória deverá ser ajuizada no prazo de 02 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da

³²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ...* 12. ed. cit., p. 203.

³²⁵ BRASIL. STJ, 1ª Seção, EDcl nos EDcl nos EDcl na AR 3418/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 8/10/2008, DJ-e de 20/10/2008.

³²⁶ *op. cit.*, p. 267 – 279.

³²⁷ *op. cit.*, p. 203.

decisão. Por se tratar de prazo decadencial, este não se prorroga, nem se suspende, nem se interrompe, conforme leciona BARBOSA MOREIRA:

Sendo de decadência, o prazo do art. 495 não se suspende nem se interrompe nos casos previstos em lei para suspensão ou interrupção dos prazos prescricionais. A citação inicial válida, entretanto, obsta à consumação da decadência (art. 220, combinado com o art. 219, caput, fine), retroagindo o efeito obstativo à data da propositura da ação (art. 219, § 1º), desde que observados os preceitos dos §§ 2º e 3º; nessa hipótese, portanto, basta que a ação tenha sido proposta dentro do biênio, pouco importando que o réu já venha a ser citado fora dele. Se a citação não se realizar com observância dos prazos dos §§ 2º e 3º, será preciso, para impedir (sendo possível!) a consumação da decadência, que o réu seja efetivamente citado no prazo do biênio.³²⁸

(...)

Todavia, a retroação do efeito impeditivo fica condicionada a que o autor promova a citação do réu nos 10 dias subsequentes à prolação do despacho, admitida a prorrogação até o máximo de 90 dias (art. 219, §§ 2º e 3º, combinado com o art. 220). Caso a citação não se efetue com a observância desses prazos, a consumação da decadência não haverá por obstada na data do despacho liminar (art. 219, § 4º, combinado com 220); o efeito impeditivo apenas se produzirá na data da própria citação, se até lá ainda não se tiver extinguido o direito. Essas noções são muito relevantes para a correta aplicação da norma do art. 495.³²⁹

Trata-se, portanto, de decadência legal, passível de ser reconhecida de ofício (art. 210, do CC/2002). A ação rescisória deverá ser ajuizada antes do prazo decadencial de 2 anos do trânsito em julgado. E a citação haverá de ser feita dentro do prazo legal de 10 dias da decisão que determinou o ato, ou até o prazo máximo de 90 dias de prorrogação.

Dois pontos são mais tormentosos no estudo e prática processual da contagem do prazo para a propositura da ação rescisória.

O primeiro deles diz respeito a se saber se o recurso não conhecido irá interromper o aludido prazo decadencial.

O tema tem importância prática enorme.

³²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 102 – 111.

³²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. cit., p. 188 – 189.

O problema se acentua tendo em vista jurisprudência atual DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nos sentido de que recurso inadmissível não suspende o prazo para propositura da ação rescisória. Neste sentido foi, por exemplo, a decisão proferida nos autos da AR nº 1.472 – DF, da relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, de cuja ementa se extrai o seguinte:

O termo inicial de decadência para a propositura da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado do título rescindendo. Recurso inadmissível não tem o efeito de empecer a preclusão.³³⁰

A doutrina dominante se posiciona contra este entendimento do STF. Para COQUEJO COSTA enquanto não vier a ser inadmitido o último recurso não se pode ajuizar a ação rescisória³³¹. Também SÉRGIO GILBERTO PORTO posiciona-se no sentido de que se o recurso vier a ser inadmitido, é a partir do trânsito em julgado da decisão que não o admitir que se inicia o prazo para a propositura da rescisória³³².

A questão é gravíssima, pois a parte quando interpõe o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento do art. 544, do CPC, para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL o faz na esperança que este seja admitido, conhecido e provido.

E, muitas vezes, o próprio STF poderá demorar para apreciar os referidos recursos (RE e AI) mais tempo que os dois anos de prazo decadencial para a propositura da rescisória.

Prevalecendo o entendimento do STF, a parte que objetivou levar a discussão à Corte Suprema e que poderia, em último caso, se valer da ação rescisória, ficará a mercê do entendimento do SUPREMO TRIBUNAL:

Se a Corte Suprema conhecer do recurso interposto, será a partir do trânsito em julgado desta decisão que deverá ser contado o prazo decadencial de 2 (dois) anos para propositura da ação rescisória. Contudo, se o STF não conhecer do recurso, segundo a jurisprudência atual daquela Corte Maior, o início do prazo será contado da última decisão, e, se o STF levou mais de dois anos para apreciar a

³³⁰ Informativo STF nº 491.

³³¹ COSTA, Coquejo. *Ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2002, n. 128, p. 181 – 185.

³³² PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. cit., p. 393-397.

matéria (o que não é incomum, dado o imenso volume de trabalho daquela Corte) já terá transcorrido o prazo para a ação rescisória, que não poderá ser ajuizada.

Data venia, o entendimento do STF na espécie não se afigura o mais adequado, eis que deixa a parte em enorme insegurança jurídica acerca da possibilidade de propositura da ação rescisória.

A ação rescisória é, sim, um instrumento excepcional, porém, desde que respeitadas as disposições legais pertinentes, tem a parte o direito de propor a referida ação, dentro dos dois anos após o trânsito em julgado da última decisão, mesmo que o pronunciamento do Órgão Julgador tenha sido pelo não conhecimento ou inadmissibilidade do recurso.

A questão é tão grave e passível de causar transtornos irreparáveis às partes que ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, objetivando encontrar uma alternativa ao entendimento do STF, sugere a propositura de ação rescisória condicional concomitante com o RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

A ação rescisória, em princípio, não seria admissível antes do trânsito em julgado, porém, como o STF entende que o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento inadmissíveis "não tem o efeito de empecer a preclusão"³³³, a única saída, segundo o doutrinador, seria admitir-se a ação condicional, que deveria ficar suspensa e somente ser processada após o pronunciamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nos autos do respectivo recurso extraordinário ou agravo de instrumento.

A solução propugnada por GUSMÃO CARNEIRO conquanto seja complexa parece ser a única saída em função da criticável posição do STF no ponto.

Melhor seria que a Suprema Corte evoluísse para entender que o início da contagem do prazo para propositura da ação rescisória deverá ser sempre o trânsito

³³³ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação rescisória. Embargos de Declaração e sua revisão na contagem do biênio decadencial. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 12, p. 159 – 161.

em julgado da última decisão, mesmo que esta tenha sido de não conhecer do recurso, considerando-o inadmissível.

O segundo ponto tormentoso acerca do prazo para rescisória diz respeito ao caso da sentença impugnada apenas em parte.

Nesta hipótese, os capítulos não impugnados já teriam transitado em julgado e, pelo menos em tese, começaria a contar o prazo para o ajuizamento da ação rescisória.

Neste sentido já se firmou a jurisprudência do E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, consoante o disposto no nº II, do enunciado nº 100, da súmula de sua jurisprudência predominante:

II – Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial.

Corroborando este entendimento BARBOSA MOREIRA³³⁴.

Contudo, não é este o posicionamento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, o qual entende que, mesmo em casos de recurso especial, o termo inicial para o prazo decadencial de propositura da ação rescisória somente se inicia com o esgotamento da possibilidade de qualquer recurso, inclusive quanto aos "recursos parciais".

Neste sentido, vale trazer a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – PRAZO DECADENCIAL – TERMO A QUO.

1. O termo inicial para ajuizamento da ação rescisória é a data do trânsito em julgado da última decisão da causa, independentemente de o recurso ter sido interposto por apenas uma das partes ou a questão a ser rescindida não ter sido devolvida ao Tribunal.

2 – O trânsito em julgado material somente ocorre quando esgotada a possibilidade de interposição de qualquer recurso.

³³⁴

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. 45:52-62. São Paulo: Dialética, dez. 2006.

3. Afasta-se tese em contrário, no sentido de que os capítulos da sentença podem transitar em julgado em momentos distintos.
- 4 – Recurso especial provido.³³⁵

É de se reconhecer que, sob o ponto de vista prático, afigura-se mais simples a tese adotada pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, eis que, independentemente do recurso ser total ou parcial, somente a partir do trânsito em julgado da última decisão, ainda que esta verse sobre apenas uma das possíveis lides ou capítulos existentes na sentença ou acórdão, é que começará a contar o prazo para a propositura da ação rescisória.

Contudo, o entendimento já consagrado pela doutrina e sumulado pelo E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (Súm. 100, do TST) afigura-se, sob o ponto de vista da técnica processual, mais correto.

Como sabido, a ação poderá versar sobre diversas lides e a sentença a ser proferida poderá, como ocorre muitas vezes, ter diversos "capítulos". Assim, aquelas lides, às quais corresponderão os capítulos, poderão não ser objeto de recurso em sua totalidade. Aqueles temas/capítulos não recorridos poderão transitar em julgado. Do mesmo modo, em havendo litisconsórcio ativo ou passivo, a ausência de recurso por parte de um dos litisconsortes também poderá gerar o trânsito em julgado para a parte que não recorreu.

Deste modo, em que pese o entendimento do STJ, afigura-se correto o ponto de vista da doutrina de BARBOSA MOREIRA³³⁶ que inclusive favorece a celeridade ao consagrar o trânsito em julgado da matéria não impugnada e assentar que o termo inicial para a ação rescisória ocorre a partir de cada decisão transitada em julgado, ainda que subsistam outras lides, litisconsortes ou capítulos pendentes de julgamento nas instâncias recursais.

³³⁵ BRASIL: STJ, 2ª Turma, REsp nº. 415.586/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2002, publicado no DJ de 09.12.2002, p. 328. No mesmo sentido: BRASIL. STJ, Corte Especial, EREsp nº. 404.777/DF, rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p/ acórdão Min. Peçanha Martins, j. 03.12.2003, publicado no DJ de 11.04.2005, p. 169.

³³⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. 45:52-62. São Paulo: Dialética, dez. 2006.

2.1.3. outras observações sobre a ação rescisória

Por não ser o presente trabalho fulcrado no estudo amplo da ação rescisória, não trataremos da análise pormenorizada de suas hipóteses de cabimento elencadas no art. 495, do CPC.

Do mesmo modo e pelas mesmas razões não será detalhado o procedimento da mencionada ação.

Contudo, faz-se necessário assentar que a ação exige um depósito obrigatório do valor equivalente a 5% (cinco por cento) do valor da causa, nos termos do art. 488, II, do CPC. A ausência do referido depósito ensejará o indeferimento da petição inicial (art. 490, II, do CPC). A doutrina defende que, a teor do disposto no art. 284, do CPC, nas hipóteses de ausência ou insuficiência do referido depósito deverá ser o autor intimado a efetuar-lo ou complementá-lo, aí sim, sob pena de extinção do processo³³⁷.

Em havendo os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, poderá haver a concessão de liminar à ação rescisória, para se suspender a execução da sentença ou acórdão transitados em julgado. Neste sentido já decidiu o Col. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA³³⁸ e também é o enunciado nº 405 da súmula da jurisprudência do E. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO:

I – Em face do que dispõe a MP 1.984-22/00 e reedições e o artigo 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda.

II – O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória.

³³⁷ Neste sentido, DIDIER Jr., Fredie, *op. cit.*, p. 429: "A falta do depósito exigido pelo inciso II do art. 488 do CPC rende ensejo, inclusive, ao indeferimento da petição inicial (CPC, art. 490, II). Deve, todavia, haver, antes do indeferimento, oportunidade para que o autor da ação rescisória efetue ou complemente o depósito, aplicando-se o art. 284 do CPC."

³³⁸ BRASIL. STJ, 3ª Turma, REsp nº 351.766/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2002, publicado no DJ de 26.08.2002.

Cabe, à propósito, destacar o disposto no art. 15 da Medida Provisória nº 1.984-22/2000, no sentido de que "aplica-se à ação rescisória o poder geral de cautela de que trata o art. 798 do Código de Processo Civil".

Deste modo, a teor do art. 798, do CPC, também aplicável nas ações rescisórias, é possível ao relator, pelo poder geral de cautela, em havendo o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*, conceder liminar em sede de ação rescisória, sem a necessidade de propositura de ação cautelar incidental.

Ademais, o legislador consagrou, expressamente, a possibilidade da liminar na ação rescisória, no art. 489, do CPC, nos seguintes termos:

Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

2.1.3.1. *iudicium rescindens e iudicium rescissorium*

Além do juízo de admissibilidade da ação rescisória, ainda há de se cogitar do *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium*.

No juízo de admissibilidade da ação rescisória, o órgão julgador irá perquirir se estão presentes os requisitos específicos da ação rescisória, tais como, a observância do prazo decadencial de 2 anos, a existência de sentença ou acórdão de mérito transitados em julgado, presença do depósito do art. 488, II, do CPC, além das condições da ação e dos pressupostos processuais.

Iudicium rescindens ou juízo rescindente é o exame se a coisa julgada poderá/deverá ou não ser desconstituída.

Iudicium rescissorium ou juízo rescisório, por outro lado, é o próprio rejuízo do mérito da causa.

Assim, o *iudicium rescindens* é necessariamente anterior ao *iudicium rescissorium*. Veja-se, a propósito, a lição de DIDIER JR.:

O juízo "*rescindens*" é o juízo rescindente contido na ação rescisória, em razão do qual será decidido se deve, ou não, ser desconstituída a coisa julgada. Enfim, o juízo "*rescindens*" consiste no pedido, formulado pelo autor da ação rescisória, para que seja desconstituída a decisão trânsita em julgado.

O juízo "*rescindens*" está sempre presente em todas as hipóteses previstas no art. 485 do CPC, "porque caracteriza, em última análise, ação rescisória como tal".

Pelo juízo "*rescissorium*", o tribunal, na ação rescisória, promove um novo julgamento da causa. O exercício do juízo "*rescissorium*", como se percebe, depende do prévio acolhimento do juízo "*rescindens*". O *iudicium rescindens* é preliminar ao *iudicium rescissorium*. É exemplo de cumulação sucessiva em que o primeiro pedido é preliminar ao segundo.³³⁹

Logo, a pretensão formulada na ação rescisória poderá ser dividida em duas: a pretensão rescindente e a rescisória.

Todavia, há ações rescisórias em que somente haverá *iudicium rescindens*, não havendo *iudicium rescissorium*. Tal ocorre, por exemplo, na hipótese do art. 485, IV, do CPC, em que a ação é fundada na ofensa ao efeito negativo da coisa julgada. Neste caso, não haverá o tribunal que proceder a um novo julgamento da causa, logo não haverá juízo rescisório, mas somente juízo rescindente.

Na maioria das hipóteses de rescisória, contudo, haverá ambas as pretensões, rescindente e rescisória.

A ação rescisória possibilita recurso, seja contra a decisão do Relator, seja contra o acórdão do Colegiado.

³³⁹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3., p. 445.

Contra decisão do relator que negue seguimento à rescisória, indeferindo a petição inicial, negue ou conceda liminar pleiteada, será cabível o recurso de agravo interno, normalmente chamado de agravo regimental.

Por outro lado, o acórdão não unânime que julgou a ação rescisória, rescindindo o julgado anterior, poderá ser atacado por embargos infringentes, nos termos do art. 530, do CPC.

Já o acórdão unânime ou não unânime que tenha julgado improcedente o pedido rescisório poderá, em tese, ser recorrido por recurso especial e/ou extraordinário.

A execução na ação rescisória deve ser processada perante o próprio tribunal que julgou a rescisória, eis que cabe ao tribunal processar as execuções de suas ações originárias (art. 475-P, I, do CPC).

Contudo, nos autos do AgRg na Ação Rescisória nº 974-RN, a 3ª Seção do STJ decidiu que a execução deveria ser processada na primeira instância. DIDIER JR., comentando o caso, critica este posicionamento afirmando que "segundo ali se decidiu, numa interpretação mais preocupada com os aspectos práticos do problema (volume de causas para o STJ executar), a competência seria do juízo de primeira instância, e não do próprio STJ."³⁴⁰ E, prossegue o JOVEM PROCESSUALISTA:

A competência para a execução do julgado proferido na ação rescisória é, como visto, do próprio tribunal, não podendo ser transferida para outro juízo, exatamente porque se trata de competência funcional e, portanto, absoluta. O volume de causas ou o excesso de demandas não pode ser utilizado como justificativa para modificação da competência. A competência absoluta, como se sabe, não se modifica, nem se transfere, nem se prorroga, nem se derroga.³⁴¹

Por razões de proximidade com o local onde devem se processar os atos executivos, de fato, faria sentido que a execução do título proferido após a ação rescisória fosse processada na primeira instância, o que se poderia cogitar *de lege ferenda*. Contudo, à luz do ordenamento jurídico vigente, mormente o art. 475-P, I,

³⁴⁰ *Id. Ibid.*, p. 451.

³⁴¹ *Id. Ibid.*, p. 451.

do CPC, não se afigura jurídica tal disposição. Deste modo, dentro da sistemática atual, falece competência à primeira instância para processar a execução da ação rescisória, que deverá ser processada pelo Tribunal que julgou a ação rescisória.

Por fim, uma última questão atinente ao tema em comento é se cabe ou não, pelo menos em tese, ação rescisória de ação rescisória.

A esse respeito a doutrina sinaliza positivamente. DIDIER JR. destaca o cabimento, afirmando que "como qualquer julgamento, a decisão em ação rescisória pode estar contaminada com algum vício que dá ensejo ao ajuizamento de ação rescisória. Assim, admite-se a possibilidade de uma ação rescisória contra decisão que julgou outra ação rescisória; ação rescisória de ação rescisória."³⁴²

BERNARDO PIMENTEL, apesar de também admitir, ressalta que "só é possível discutir, em nova rescisória, vícios atinentes ao *decisum* proferido na rescisória antecedente. Não pode, portanto, o inconformado, repetir em outra rescisória a mesma causa de pedir que deu ensejo à propositura da antecedente."³⁴³

Corretas as afirmações anteriores, eis que inadmissível a repetição da rescisória anterior. Contudo, situações como, por exemplo, corrupção de um dos julgadores da rescisória não poderiam ficar inatingíveis no sistema processual. Daí, o cabimento de rescisória de rescisória, desde que os vícios tenham surgido no julgamento da própria rescisória que se quer rescindir.

Feitas estas considerações sobre a ação rescisória, instrumento processual principal para a revisão da coisa julgada material, passa-se a análise dos demais meios processuais de revisão da *res iudicata*.

³⁴² *Id. Ibid.*, p. 451.

³⁴³ SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 3. ed. cit., p. 798.

2.2. ação ou impugnação de *querela nullitatis* (arts. 475 - L, I, e 741, I, CPC)

A ação de *querela nullitatis*, tal como posta atualmente em nosso ordenamento jurídico, é meio de impugnação da decisão judicial que se diferencia da ação rescisória, basicamente, por dois motivos: 1º - não está sujeita a prazo para sua propositura; 2º - somente poderá ser proposta em hipóteses ligadas à ausência ou nulidade de citação, quando o processo correu à revelia e a sentença foi desfavorável ao réu.

A impugnação está expressamente prevista atualmente em dois dispositivos do nosso Código de Processo Civil (art. 475 – L, I e c 741, I, ambos do CPC):

Art. 474 – L. A impugnação somente poderá versar sobre:

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

(...)

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.

Contudo, valendo-se dessa possibilidade legal aberta nos artigos supra citados, além da possibilidade de se impugnar eventual execução fundada em título no qual o réu não pode se defender, pois não houve citação válida, poderá a parte propor também ação autônoma de *querela nullitatis*. Neste sentido, PONTES DE MIRANDA já dizia que a invalidade pode tanto ser decretada por ação autônoma (*principaliter*) quanto incidentalmente (*incidenter*)³⁴⁴

Conforme leciona DIDIER JR., "Diferencia-se da rescisória, principalmente, por encontrar hipóteses de cabimento mais restritas e por ser imprescritível – não se submetendo a qualquer prazo decadencial. Trata-se de ação desconstitutiva que pode ser manejada, até mesmo, depois do decurso do prazo de 02 anos previsto para a ação rescisória."³⁴⁵

³⁴⁴ Tratado de Direito Privado. 4. ed. São Paulo: RT, 1983, t. 4, p. 21.

³⁴⁵ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 504.

Deste modo, percebe-se que a ação de *querela nullitatis* ou impugnação de *querela nullitatis* tem hipótese de cabimento muito mais restrita que a ação rescisória, tendo portanto seu objeto mais reduzido. Contudo, sob o ponto de vista temporal, a *querela nullitatis* é mais ampla que a ação rescisória, eis que não está sujeita a qualquer prazo para seu ajuizamento.

A *querela nullitatis* é, portanto, temporalmente mais ampla, porém, objetivamente, mais restrita que a ação rescisória.

A ausência ou nulidade de citação ensejadora da ação ou impugnação por *querela nullitatis* é tratada pela doutrina como vício transrescisório³⁴⁶, eis que seria um vício não tratado nas hipóteses de cabimento da ação rescisória (vícios rescisórios) e, por ser mais grave ainda, não sujeito a qualquer prazo.

PONTES DE MIRANDA³⁴⁷ já distinguia as decisões rescindíveis (válidas, mas impugnáveis por ação rescisória, apesar da coisa julgada) das nulas, que, embora existentes, não são válidas, podendo ser desconstituídas a qualquer momento.

Para DIDIER JR.³⁴⁸ trata-se de alegação *exceptio nullitatis*, ou seja, exceção de nulidade. Porém, como bem demonstra PONTES DE MIRANDA, "A alegação é exercício de pretensão, ainda que ocorra sob a forma de exceção. Não há *exceptio nullitatis*; há *actio nullitatis*. Quem alega nulidade não excepciona; defende-se; contraria."³⁴⁹

Como visto, a ação ou impugnação de *querela nullitatis* tem natureza de ação (*actio nullitatis*), sendo ação desconstitutiva ou constitutiva negativa, eis que, assim como a ação rescisória, visa desconstituir a coisa julgada, eis que foi formada em processo inválido, no qual o réu não teve possibilidade de defesa.

³⁴⁶ TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.

³⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 190-199.

³⁴⁸ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 504.

³⁴⁹ *Tratado de direito privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983, t. 6, p. 34

Para se definir a natureza jurídica da *querela nullitatis* deve-se perquirir sobre a natureza da citação.

A citação é pressuposto de existência, validade ou eficácia do processo?

Esta consideração é importante para se definir se a *actio nullitatis* é arguição de inexistência, de invalidade ou de ineficácia do processo.

Com precisão, DIDIER JR. aponta que "A citação é condição de eficácia do processo em relação ao réu (art. 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem."³⁵⁰

Contra este entendimento, posicionam-se ENRICO TULLIO LIEBMAN³⁵¹, JOSÉ MANOEL ARRUDA ALVIM³⁵², TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER³⁵³, EDUARDO TALAMINI³⁵⁴, ROQUE KAMATSU³⁵⁵ e OSMAR PAIXÃO CÔRTEZ³⁵⁶, entre outros, defendendo a tese de que a citação válida é pressuposto de existência do processo.

Por outro lado, CÂNDIDO RANGEL DINARMARCO³⁵⁷, PONTES DE MIRANDA³⁵⁸, BARBOSA MOREIRA³⁵⁹, ADROALDO FURTADO FABRÍCIO³⁶⁰, JOSÉ MARIA TESHEINER³⁶¹, FREDIE

³⁵⁰ DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007, v. 1., p. 463.

³⁵¹ LIEBMAN, Enrico Tulio, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p. 179. ("o primeiro e fundamental requisito para a existência de um processo sempre foi, é, e sempre será, a citação do réu.")

³⁵² ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed., São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 549-550.

³⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998, p. 39.

³⁵⁴ TALAMINI, Eduardo. *A coisa julgada e a sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 337 – 346.

³⁵⁵ KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 162 – 163.

³⁵⁶ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. "Ação rescisória contra decisão em processo no qual incorreu citação ou a citação foi nula – discussão sobre o seu cabimento.". In *Aspectos polêmicos dos atuais recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2003, p. 558.

³⁵⁷ DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 504.

³⁵⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 6, p. 190-199.

³⁵⁹ DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007, v. 1., p. 464.

³⁶⁰ *Id. Ibid.*, p. 463.

³⁶¹ TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 283.

DIDIER JR.³⁶², PAULO LUCON³⁶³, entre outros, entendem que a citação é pressuposto de validade do processo e requisito de eficácia em relação ao réu.

Parece correto este entendimento, eis que já há processo antes da citação, que aliás ocorre dentro do processo. Logo, se já há processo antes da citação, esta não pode ser pressuposto de existência do processo. O processo já existe mesmo antes da citação, que, portanto, não poderá ser condição de sua existência.

Outro fato que demonstra não ser a citação condição de existência do processo é que a sentença prolatada sem a citação do réu, porém a seu favor, é tida como válida e eficaz, haja vista a ausência de prejuízo (art. 249, §§ 1º e 2º, CPC).

O recente instituto da sentença de improcedência *prima facie* (art. 285 – A, do CPC) também demonstra esta realidade processual. Neste caso, apesar de não haver citação, a sentença favorável ao réu é plenamente válida e eficaz.

Ademais, mesmo a inexistência ou nulidade da citação poderão ser corrigidas com o comparecimento espontâneo do réu no processo (art. 214 do CPC). Como leciona DIDIER, "Se o réu, intimado regularmente na execução da sentença proferida em processo com tal defeito, comparecer e não o apontar, sanado está o vício pela preclusão."³⁶⁴

Logo, a citação não é condição de existência do processo, porém pressuposto de validade dos atos processuais e condição de eficácia do processo com relação ao réu.

Nessa linha, a ação de *querela nullitatis* ou a impugnação de *querela nullitatis* são ações fundadas na nulidade do processo por ausência de citação válida.

³⁶² DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007, v. 1., p. 463.

³⁶³ LUCON, Paulo. "Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação" In *Aspectos polêmicos da nova execução*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.) São Paulo: RT, 2006, p. 453.

³⁶⁴ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3, p. 458.

PIERO CALAMANDREI³⁶⁵, citado por DIDIER JR., demonstrou que "o surgimento da *querela nullitatis* deu-se no direito intermédio, sendo instituto desconhecido do direito romano" que, em sua origem, tinha relação "basicamente com *errores in procedendo*, que no direito romano, implicavam inexistência jurídica da decisão – sentença nula era sinônimo de sentença inexistente."³⁶⁶

Ocorre que como esclarece CALAMANDREI³⁶⁷, no "direito intermédio, que se caracterizava pela mistura das características do direito romano e do direito germânico, esses *errores in procedendo* passaram a ser defeitos de uma sentença existente, mas nula, impugnável pela *querela nullitatis*."

Assim, a *querela nullitatis*, era meio de impugnação de decisões nulas por *errores in procedendo*, em processos inválidos, porém existentes.

Posteriormente, "a *querela nullitatis* passou a ser admitida, também, para impugnar sentenças injustas, em situações de extrema gravidade e evidência."³⁶⁸

ADROALDO FURTADO FABRÍCIO³⁶⁹ e BARBOSA MOREIRA³⁷⁰ destacam a origem do instituto para sua melhor compreensão, apontando que desde sua gênese, a *QUERELA NULLITATIS* sempre visou o ataque à sentença inválida por *errores in procedendo*.

³⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. *La casacion civil*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1961, v. 1, t. 1, p. 168.

³⁶⁶ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: Podivm, 2007, v. 3, p. 454.

³⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. *La casacion civil*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1961, v. 1, t. 1, p. 169.

³⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. *La casacion civil*. Santiago Sentis Melendo (trad.). Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1961, v. 1, t. 1, p. 195.

³⁶⁹ "O direito intermédio ... produziu um remédio específico para a impugnação de erros de procedimento, já que a apelação se havia firmado a partir do período da *cognitio extra ordinem* como via de ataque principalmente (se bem que não exclusivamente) ao julgamento de mérito. Surgiu, assim, a *querela nullitatis* ... Objetivava a correção do *error in procedendo*. Naturalmente, seu aparecimento correspondeu a uma ideia mais expandida de preclusibilidade, alargada a decisões cujo vício até então se havia considerado como oponível a todo tempo, independentemente de prazo e forma. (...) À injustiça substancial da sentença corresponderia a *appellatio*; ao vício formal a *querela nullitatis* e à iniquidade a *restitutio*". In: "Réu revel não citado, *querela nullitatis* e ação rescisória" in FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaios de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246-247

³⁷⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5, p. 101.

Entre nós, no direito processual civil brasileiro, desde os primórdios, a *querela nullitatis*, seguindo a origem medieval do instituto, sempre serviu apenas para a impugnação do processo inválido por ausência de citação válida e que gerou prejuízo ao mesmo.³⁷¹

Outras hipóteses de invalidade e situações de injustiça (*errores in iudicando*) podem ser impugnadas pela ação rescisória.

A *querela nullitatis* é de longa data aceita no direito brasileiro, podendo ser utilizada como forma de defesa, através de embargos ou impugnação à execução, ou como fundamento para ação autônoma.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já reconheceu a sobrevivência da *querela nullitatis* no direito brasileiro, conforme pode se ver em célebre precedente da relatoria do eminente Ministro MOREIRA ALVES³⁷².

Apesar do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL apenas prever, expressamente, o cabimento da *querela nullitatis* como impugnação à execução (art. 475-L, I, do CPC) e embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, I, do CPC), o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA³⁷³ já admitiu o cabimento da ação autônoma de *querela nullitatis*.

DIDIER JR.³⁷⁴, entende ser possível o cabimento de exceção de pré-executividade, fundada na *querela nullitatis*, contra a sentença formada sem a citação válida do réu.

Outra questão de interesse é saber se é possível uma fungibilidade entre a *querela nullitatis* e a ação rescisória.

³⁷¹ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: *Podivm*, 2007, v. 3, p. 454.

³⁷² BRASIL. STF, Pleno, RE 97.586-6/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.11.82.

³⁷³ BRASIL. STJ, 2ª T., REsp 445.664-AC, rel. originário Min. Peçanha Martins, rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 15.4.2004, publicado no DJ de 07.03.2005.

³⁷⁴ DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: *Podivm*, 2007, v. 3, p. 456.

De pronto se descarta a utilização da *querela nullitatis* para hipóteses de cabimento de ação rescisória, eis que a rescisória tem hipóteses bem mas amplas de cabimento, depósito prévio e prazo decadencial de dois anos para propositura.

Por outro lado, DIDIER JR.³⁷⁵ admite a utilização da ação rescisória quando seria cabível a *querela nullitatis*.

Contudo, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA³⁷⁶ já decidiu não ser cabível a ação rescisória para desconstituir decisão prolatada em processo sem citação válida. O precedente fundamentou-se na linha de que a rescisória tem cabimento específico, não comportando alargamentos.

Com a devida *venia*, afigura-se mais jurídica a lição de DIDIER eis que, apesar das hipóteses de cabimento da ação rescisória serem restritas àquelas dispostas no art. 485, do CPC, poderá a rescisória, nesta hipótese, fundar-se na *violação literal à disposição de lei* (art. 485, V, do CPC), acerca dos artigos versantes sobre a citação (art. 213 e demais correlatos, do CPC), ou ainda em *erro de fato* (art. 485, IX, do CPC), quando a sentença, por exemplo, admitir a existência de citação que, na realidade, não ocorreu.

Outra diferença entre a ação rescisória, que sempre será julgada por tribunal, e a *querela nullitatis* é que esta última deverá ser processada e julgada pelo juízo que proferiu a sentença nula.

Ou seja, a competência para julgamento da ação de *querela nullitatis* é do juízo que prolatou a decisão nula, seja o juízo monocrático, seja o tribunal, em caso do processo ter a competência originária de tribunal.

³⁷⁵ "Discute-se muito se é possível o ajuizamento de ação rescisória contra sentença nula, ou se ela somente cabe nos casos de sentença rescindível. Cumpre admitir essa fungibilidade: decisão judicial com defeito transrescisório pode ser impugnada via ação rescisória, embora a recíproca não seja verdadeira – decisão judicial com vício rescisório só por ação rescisória pode ser impugnada." in *Id. Ibid.*, p. 456.

³⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª S., AR n. 771- PA, rel. Min., Aldir Passarinho Jr., j. 13.12.2008, publicado no Informativo n. 308

Para finalizar estas considerações sobre *querela nullitatis*, há de ser visto que, mesmo nos casos de ausência de citação válida (inexistência de citação ou citação nula) que culminou com a revelia e permitiu a invalidação do processo através da *querela nullitatis*, o comparecimento espontâneo do réu (art. 214, do CPC) poderá suprir o vício.

Para que isto ocorra basta, por exemplo, que o réu, que não participou do processo (fase de conhecimento), e esteja sofrendo os efeitos de execução, no qual foi regularmente intimado, ao apresentar a impugnação (art. 475-L ou art. 741, ambos do CPC), não alegue a nulidade da citação.

Se não o fez, no momento adequado, não poderá posteriormente fazê-lo, haja vista a preclusão consumativa³⁷⁷.

³⁷⁷ Neste sentido é a lição de Pontes de Miranda: "Nos casos do art. 741, I, a não – arguição, tendo comparecido o executado, supre." *In*: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 77.

2.3. impugnação por erro material ou de cálculo (art. 463, I, CPC)

Nos termos do art. 463, do CPC, "*publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração.*"

Logo, após a publicação da sentença, o Magistrado não poderá mais alterá-la, salvo em caso de embargos de declaração (art. 535, do CPC), ou de erro material ou de cálculo.

Como o exame dos embargos declaratórios não faz parte do presente estudo, trataremos especificamente da hipótese constante do inciso I, do art. 463, do CPC – "*alteração da sentença, de ofício ou a requerimento da parte, para lhe corrigir inexatidões materiais ou lhe retificar erros de cálculo*".

E, como se verá, esta possibilidade de alteração poderá incidir mesmo após o trânsito em julgado, inclusive após o transcurso do prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação rescisória.

Como bem leciona DIDIER JR., "*consideram-se erros materiais aqueles equívocos manifestos observados na forma de expressão do julgamento – jamais, no seu conteúdo. Dentre eles, têm-se os enganos nos cálculos ou na datilografia (digitação) da decisão.*"³⁷⁸

Assim, podemos considerar incluídos, dentro da categoria maior de "erros materiais", os "erros de datilografia", "os erros de cálculo" e quaisquer outros "erros na forma de expressão" do julgado.

DIDIER JR. ainda menciona vários dispositivos legais "da mesma natureza": art. 1.028, do CPC ("Art. 1028. A partilha, ainda depois de passar em julgado a sentença

³⁷⁸ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 303.

(art. 1026), pode ser emendada nos mesmos autos do inventário, convindo todas as partes, quando tenha havido erro de fato na descrição dos bens; o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, poderá, a qualquer tempo, corrigir-lhe as inexatidões materiais.") e o art. 1º-E, da Lei Federal n. 9.494/97 ("Art. 1º-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.")³⁷⁹.

EDUARDO TALAMINI, sobre o tema, destaca que desde o direito romano já se entendia que o erro de cálculo pode ser corrigido *extra ordinem*, sem a necessidade de novo processo e a qualquer tempo. Prosseguindo, o processualista ensina que também nas Ordenações Lusitanas havia o mesmo princípio, "igualmente afirmado em textos legais do direito ibérico anterior."³⁸⁰

No direito comparado atual, vários ordenamentos jurídicos prevêem a possibilidade de correção dos erros materiais, incluindo-se os erros de cálculo. Neste sentido, podemos destacar os seguintes: § 319, do ZPO (Código de Processo Civil alemão); art. 667, do Código de Processo Civil português; art. 287, do Código de Processo Civil italiano; art. 462, do Nouveau Code francês; art. 214, da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, etc.

E, mesmo nos casos em que não há previsão legal expressa, consoante leciona DIDIER JR., "há o reconhecimento de sua aplicabilidade. (...) E não poderia ser de outro modo: nada mais é do que expressão do princípio geral da razoabilidade."³⁸¹

Sobre a possibilidade de correção dos referidos erros materiais, datilográficos ou de cálculos, até mesmo após a formação da coisa julgada material, DIDIER JR.³⁸²,

³⁷⁹ *Id. Ibid.*, p. 304.

³⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 531.

³⁸¹ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 304.

³⁸² *Id. Ibid.*, p. 304.

EDUARDO TALAMINI³⁸³ e BARBOSA MOREIRA³⁸⁴, dentre outros³⁸⁵, admitem tal possibilidade.

O limite importante para esta questão é que o erro material jamais poderá interferir no conteúdo da sentença. O que a lei, a doutrina e a jurisprudência, no ponto, permitem é a alteração tão somente dos equívocos materiais ou de cálculo, entendidos como equívocos "na forma de expressão do julgamento"³⁸⁶.

Tratando-se de genuínos erros materiais, estes poderão ser alterados a qualquer tempo, seja através de manifestação da parte, feita por simples petição, seja até mesmo de ofício pelo magistrado ou colegiado julgador.

³⁸³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 525.

³⁸⁴ *Apud*, DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 304.

³⁸⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 2, p. 436, etc.

³⁸⁶ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 304.

2.4. impugnação da sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo STF (art. 475-L, II, § 1º e 741, II, parágrafo único, CPC)

Recente inovação legislativa, advinda da Lei nº 11.232/2005, trouxe a atual redação do § 1º, do art. 475 – L, e parágrafo único, do art. 741, do CPC, nos seguintes termos:

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

(...)

II – inexigibilidade do título;

(...)

§ 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.

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

(...)

II – inexigibilidade do título;

(...)

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.

Conforme se observa, ambos dispositivos legais tem a mesma redação em seus parágrafos, apenas havendo a diferença que o art. 475-L diz respeito à impugnação ao cumprimento de sentença, enquanto o art. 741 trata de embargos à execução contra a Fazenda Pública.

A primeira redação do parágrafo único do art. 741, do CPC, foi trazida pela Medida Provisória n. 1.997-37/2000, mas que vigia por força da Medida Provisória 2.180-35, de agosto de 2001.

A redação, posteriormente modificada apenas para deixar claro que a interpretação da norma tida por inconstitucional deverá ser do Supremo Tribunal

Federal, foi acrescentada não apenas ao parágrafo único do art. 741, mas também ao § 1º, do art. 475-L, ambos do CPC, através da Lei Federal n. 11.232/2005.

Assim, a lei ou ato tido por inconstitucional por decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL poderá ser fundamento para impugnação ou embargos à execução contra a Fazenda Pública, sob a alegação de "inexigibilidade do título".

Trata-se da concessão de efeitos infringentes à impugnação ou aos embargos.

E, como a lei não estabelece prazo para a desconstituição de título judicial nesta hipótese, nos termos como postos (art. 475-L, § 1º, e art. 741, parágrafo único, ambos do CPC) referidos dispositivos legais podem ensejar efeitos infringentes à impugnação ao cumprimento da sentença ou aos embargos à execução, mesmo após o trânsito em julgado da sentença tida por inconstitucional ou até mesmo após o prazo para a propositura de ação rescisória.

Trata-se, assim, de forma de "relativização" da coisa julgada, sem prazo.

Ou seja, imagine-se uma sentença fundada em lei e transitada em julgada. Se, mesmo após décadas, o Supremo Tribunal Federal vier a declarar a inconstitucionalidade desta lei, poderá a parte, em sede de impugnação, se contrapor ao cumprimento de sentença ou execução.

Data venia, a amplitude temporal de tais efeitos rescisórios à impugnação e aos embargos tem suscitado dúvidas e questionamentos por parte da doutrina e, mais recentemente, até mesmo pelo próprio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

E, se estas regras valem para as sentenças condenatórias, sujeitas à execução ou cumprimento de sentença, não haverão de valer também para as sentenças declaratórias e constitutivas?

Outro questionamento que se nos afigura pertinente diz respeito aos casos em que já houve a execução, porém esta foi fundada em lei, posteriormente

declarada inconstitucional pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Será que poderá a parte executada, valendo-se do princípio da "sentença inconstitucional" buscar reaver o que "perdeu" com o procedimento executivo?

Estes e outros questionamentos deverão ser respondidos, dependendo do que se entenda acerca dos referidos dispositivos legais.

TEORI ALBINO ZAVASKI, ao comentar o disposto no § 1º, do art. 475 – L e parágrafo único, do art. 741, do CPC, afirma que "trata-se de preceito normativo que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada como primado da Constituição, veio apenas agregar ao sistema um mecanismo processual com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais"³⁸⁷. Para DIDIER JR., o referido dispositivo legal "traz mais uma hipótese de desconstituição da coisa julgada material, tendo em vista que permite que o executado oponha resistência à satisfação do crédito suscitando matéria atinente à formação do próprio título executivo, quando ele estiver fundado em preceito tido por inconstitucional pelo STF ou quando se tenha conferido a este preceito interpretação tida pelo mesmo STF como inconstitucional."

Nestes casos, o acatamento da tese deduzida na impugnação ou embargos importará na rescisão da sentença exequenda, mesmo após a formação da coisa julgada material.

Trata-se, portanto, de novo instrumento de revisão da coisa julgada, porém, temporalmente muito mais amplo que a ação rescisória, eis que a lei (CPC) não fixa qualquer prazo para sua utilização.

Cumpre apontar, como bem lembra TEORI ZAVASKI, que não são todas as sentenças inconstitucionais que poderão ser desconstituídas com base na impugnação fundada no § 1º, do art. 475-L ou nos embargos do parágrafo único, do art. 741, do CPC:

³⁸⁷ ZAVASKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 125, p. 81-82.

São apenas três, portanto, os vícios de inconstitucionalidade que permitem a utilização do novo mecanismo: (a) 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 por 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 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.³⁸⁸

Assim, seja através da declaração de inconstitucionalidade com redução do texto, seja pela declaração de inconstitucionalidade parcial sem a redução de texto, ou ainda, pela técnica da interpretação conforme a Constituição, o pronunciamento do STF, nos termos dos preceitos do CPC em comento, poderá fundamentar a impugnação da sentença fundada em lei tida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL por inconstitucional.

Outro ponto sobre o qual debate a doutrina é se esta declaração do SUPREMO TRIBUNAL deverá se dar apenas em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ex.: ADIN, ADC, ADPF, etc.) ou se também valeria no caso de controle difuso de constitucionalidade (ex.: R.E) e, ainda, se nesta última hipótese haveria a necessidade de suspensão de vigência da lei, através de resolução do Senado Federal, segunda a fórmula do art. 52, X, da Constituição.

Ao abordar este tema, ZAVASCKI, com precisão, aponta que o pronunciamento do STF suficiente para fundamentar a impugnação da sentença inconstitucional poderá ocorrer, tanto no controle difuso como no controle concentrado de inconstitucionalidade, sendo desnecessária ainda a suspensão do dispositivo pelo Senado Federal:

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 na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto e na que decorre da

³⁸⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. Fredie Didier Jr. (org.). 2. ed. Salvador: PODIVM, 2006, p. 333.

interpretação conforme a Constituição. Além de não prevista em lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta."³⁸⁹

Conquanto tenhamos ressalvas sobre a constitucionalidade dos dispositivos do CPC que permitem a impugnação a qualquer tempo fundada na declaração de inconstitucionalidade do STF, o que será melhor tratado mais a frente, concordamos com o posicionamento de ZAVASCKI, no sentido de que pouco importa seja a declaração do STF proferida em sede de controle difuso ou concentrado, sendo ainda desnecessário o pronunciamento do Senado (art. 52, X, da CF). Isto se afigura cada vez mais correto, principalmente, levando-se em consideração o atual fenômeno da "objetivação controle difuso", com o recurso extraordinário com a repercussão geral e a súmula vinculante.³⁹⁰

DIDIER JR. aponta que o pronunciamento do STF, ensejador da impugnação, deverá se dar através do plenário da Corte.³⁹¹ Conquanto a lei não traga esta exigência, ela parece decorrer até mesmo da lógica do sistema que, para a declaração de inconstitucionalidade, traz o princípio da reserva de plenário. Daí, porque, concordamos com tal posicionamento.

Incomodado com a configuração legal do parágrafo único, do art. 741, do CPC (e, § 1º, do art. 475-L, CPC), DIDIER JR., ao distinguir as situações decorrentes da decisão do STF ser anterior ou posterior à formação do título judicial, posiciona-se no sentido de que a decisão do STF deva ser "anterior à formação do título judicial", ou, caso seja, posterior, "para não deixar a coisa julgada eternamente instável, parece que é o caso de aplicar por analogia o prazo da ação rescisória e não permitir a rescisão da sentença se essa decisão do STF ocorrer após o prazo de

³⁸⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais., *cit.*, p. 337.

³⁹⁰ "É importante ressaltar que mesmo as decisões proferidas em controle difuso servem como paradigma para a aplicação do mencionado dispositivo, tendo em vista a eficácia ultra partes e paradigmática que vem sendo dada pelo STF a tais decisões, em fenômeno que já designamos de "objetivação do controle difuso de constitucionalidade." in "Transformações do recurso extraordinário". Processo e constituição. São Paulo: RT, 2006. Também, DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, 2. ed., v. 3, cit., p. 227-234.

³⁹¹ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Podivm, 2007, p. 465.

dois anos contados do trânsito em julgado da decisão exeqüenda, mesmo se a ela for atribuída eficácia retroativa."³⁹²

Destaca também DIDIER JR. que não poderá a regra ser aplicada para desconstituir as coisas julgadas formadas antes do início de vigência do instituto:

Convém lembrar que a regra já existia antes da Lei Federal n. 11.232/2005, malgrado inicialmente fruto de uma medida provisória, desde abril de 2000. As coisas julgadas existentes até 11 de abril de 2000 não sofrem qualquer repercussão desse parágrafo, sob pena de afronta à garantia da irretroatividade da lei (art. 5º, XXXVI, da CF).³⁹³

De todo acertada a última ressalva de DIDIER, eis que a aplicação rescisória do dispositivo legal em comento realmente não poderia retroagir para casos anteriores ao início de sua vigência, haja vista a vedação constitucional³⁹⁴.

Também nos parece adequada a possibilidade de aplicação da regra do parágrafo único do art. 741, do CPC, e de seu "irmão" (§ 1º, do art. 475-L) para situações em que a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL seja anterior à sentença. Tendo em vista o princípio da hierarquia dos Órgãos Jurisdicionais e o papel de guardião da Constituição (*Hüter der Verfassung*) atribuído ao Supremo Tribunal Federal, é mais que razoável que as sentenças proferidas se adequem aos pronunciamentos da Suprema Corte. Do mesmo modo, aquelas sentenças distoantes da orientação poderão ser revistas por meio de impugnação ou embargos.

Contudo, DIDIER, ao se posicionar sobre a utilização do prazo para propositura da ação rescisória (dois anos contados do trânsito em julgado) por analogia, para as hipóteses de impugnação da sentença fundada em lei tida pelo STF por inconstitucional, aponta o real e grave problema da regra legal em comento.

O problema é a criação de instituto processual capaz de rescindir a coisa julgada material a qualquer tempo, sem prazo. Como destaca o próprio DIDIER, "O CPC nada diz sobre o assunto, mas permitir que uma decisão judicial fique

³⁹² *Id. Ibid.*, p. 466.

³⁹³ *Id. Ibid.*, p. 466.

³⁹⁴ art. 5º, XXXVI, da CF.

eternamente instável parece solução que aniquila, completamente, a garantia da coisa julgada."³⁹⁵

E, justamente, por esta abertura amplíssima, de se poder rescindir a coisa julgada material sem prazo, que NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY entendem que a aludida norma é inconstitucional³⁹⁶.

Como ressalta DIDIER JR., "o legislador infraconstitucional pode balizar o regime jurídico da coisa julgada, e o faz, há tempos, estabelecendo hipóteses de ação rescisória, *querela nullitatis*, coisa julgada *secundum eventum probationis*, a correção a qualquer tempo do erro material etc."³⁹⁷, porém, o ordenamento constitucional não permite que haja o completo esvaziamento do instituto da coisa julgada que, como já se viu, no capítulo anterior, tem *status* de garantia constitucional.

O plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em data recente - 24.03.2010 -, através de pronunciamento inédito e ainda não oficial, eis que o julgamento ainda não se encerrou, começou a tratar especificamente sobre o tema em comento.

Trata-se do julgamento do RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 590.880, em que é recorrente a UNIÃO e recorrido o SINDICATO DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA ELEITORAL DO CE, sendo relatora a Ministra ELLEN GRACIE.

A posição de cada um dos Eminentes Ministros componentes da Corte, acerca do disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC, e demais dispositivos de teor igual ou semelhante, será mais pormenorizadamente tratada nos capítulos "3" e "4", do presente trabalho, que versam, respectivamente, sobre a posição dos Ministros do STF favoráveis e contrários à "relativização da coisa julgada".

Contudo, vale adiantar que apesar do julgamento não ter se encerrado, percebe-se uma nítida divisão de posicionamentos por parte dos Ministros do

³⁹⁵ *Id. Ibid.*, p. 466.

³⁹⁶ NERY Jr. *et al. Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed., cit., p.

649.

³⁹⁷ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 466.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, sobre a possibilidade de se rever a coisa julgada material, através da impugnação ou embargos, com efeitos rescisórios, fundados no § 5º, do art. 884, da CLT, que tem redação praticamente idêntica àquele constante do parágrafo único, do art. 741 e § 1º, do art. 475-L, do CPC.

Enquanto os Ministros ELLEN GRACIE, CÁRMEN LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI e GILMAR MENDES³⁹⁸, entendem a possibilidade de se conferir efeitos rescisórios aos embargos, na forma do § 5º, do art. 884, da CLT, EROS GRAU, AYRES BRITTO, CEZAR PELUSO e MARCO AURÉLIO negam esta possibilidade, tendo votado no sentido de que a coisa julgada material não poderia ser desconstituída através dos embargos fundados no § 5, do art. 884, da CLT.

Cumprê lembrar que ainda não se posicionaram sobre o aludido tema jurídico os ministros JOAQUIM BARBOSA e CELSO DE MELLO, que ainda não votaram no caso, e o Min. DIAS TOFFOLI, que estava impedido.

Vale, ainda, destacar que estão pendentes de apreciação por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL diversas AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE acerca do disposto no § 1º, do art. 741, no parágrafo único, do art. 475-L, ambos do CPC, ou, ainda, pelo próprio § 5º, do art. 884, da CLT. Localizamos as seguintes: ADI nº 2323, ADI nº 2418, ADI nº 3740.

Ressalte-se, ainda, que a Procuradoria Geral da República, nos autos da ADI nº 2418, se pronunciou pela "procedência no pertinente ao artigo 10 da mesma MEDIDA PROVISÓRIA, na parte em que acrescentou parágrafo único ao artigo 741 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com a redação dada pela Lei n.º 8.953, de 13 de dezembro de 1994." Ou seja, a PGR se manifestou pela inconstitucionalidade da norma.

³⁹⁸ Apesar de ainda não ter proferido voto, eis que pediu vista, já se manifestou, durante o julgamento, na defesa do dispositivo que permite a impugnação ou embargos da dita "sentença inconstitucional" in: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

A existência de ações de controle concentrado de constitucionalidade, questionando a norma que trouxe ao ordenamento jurídico pátrio a impugnação ou embargos capazes de desconstituir a sentença transitada em julgado, por si só, já demonstra que há dúvidas sobre sua constitucionalidade.

Ademais, há que considerar-se a existência da manifestação explícita de quatro dos Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EROS GRAU, AYRES BRITTO, CEZAR PELUSO e MARCO AURÉLIO, quando do julgamento do RE nº 590.880, pela impossibilidade de se "rescindir" a sentença transitada em julgado por meio do instrumento processual sob exame.

Note-se que também na doutrina já havia posicionamentos pela inconstitucionalidade da norma atinente à impugnação ou embargos à sentença inconstitucional. Neste sentido posicionam-se, por exemplo, NELSON NERY JR. e ROSA MARIA ANDRADE NERY.³⁹⁹

Também entendemos que tal como posta no ordenamento jurídico atual, sem prazo definido, apresenta-se inconstitucional a norma constante do parágrafo único, do art. 741, do CPC, que, como vimos tem a redação idêntica aos § 1º, do art. 475-L, do CPC, e § 5º, do art. 884, da CLT.

O grande problema é que a permanência de instrumento capaz de rescindir a coisa julgada material, sem prazo pré-definido, como ocorre com a AÇÃO RESCISÓRIA, passa a aniquilar a garantia constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, podendo desconstituir situações já julgadas há décadas, causando grave instabilidade jurídica e social.

Também, não nos parece adequado o intérprete dar interpretação restritiva à norma, como se fosse legislador, para buscar adequá-la ao sistema constitucional. Nesta linha, não se afigura correta a imposição da restrição temporal da ação rescisória (prazo decadencial de dois anos), por analogia, à impugnação ou embargos contra a dita "sentença inconstitucional".

³⁹⁹ *Op. cit.*, p. 649.

Como a lei não traz tal restrição, não deverá o intérprete acrescentá-la, o que seria bem vindo, porém, a título de alteração legislativa, que, aí sim, poderia tornar a norma constitucional.

Sendo, portanto, desarrazoada a existência de instrumento processual capaz de rescindir a coisa julgada material a qualquer tempo (salvo no caso da *querela nullitatis*, em que não se possibilitou o contraditório, ou nos casos de erro material, nos quais, na realidade, não se altera nada, porém apenas se corrige equívocos de forma), é inconstitucional a impugnação à sentença inconstitucional.

Outro ponto interessante é que a lei prevê a aplicação dos embargos do parágrafo único, do art. 741, do CPC, como instrumento capaz de rever apenas a sentença que esteja sendo executada. Assim, nos termos como posta no ordenamento, apenas a sentença condenatória, sujeita à execução, poderia ser revista. Logo, as sentenças constitutivas e declaratórias, por não se sujeitarem ao procedimento executivo, não poderiam ser "revistas" pelo instrumento processual.

DIDIER defende a aplicação, mais uma vez, de interpretação ampliativa, "para permitir a revisão da coisa julgada de sentenças que dispensam atividade executiva posterior, preenchidos os pressupostos já examinados."⁴⁰⁰ Argumenta o doutrinador que "se o objetivo é prestigiar as decisões do STF em matéria de controle de constitucionalidade, uma sentença meramente declaratória sem eficácia executiva ou uma sentença constitutiva que ofenda a Constituição Federal, nos termos examinados, deve ser rescindida tanto quanto uma sentença condenatória."⁴⁰¹

EDUARDO TALAMINI⁴⁰², em outra linha, entende que somente os capítulos da sentença com eficácia condenatória poderiam ser rescindidos pela impugnação ou embargos à sentença inconstitucional.

⁴⁰⁰ DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 467.

⁴⁰¹ DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 467.

⁴⁰² TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, pár. ún.)*, *cit.*, p. 128.

Ao nosso sentir, as sentenças sejam condenatórias, declaratórias ou constitutivas, ou ainda, para os que adotem a classificação quinária, executivas *lato sensu* ou mandamentais, poderão ser rescindidas na forma e dentro do prazo da ação rescisória, o que soluciona a questão.

Também, ainda que se entendesse constitucional a impugnação ou os embargos à "sentença inconstitucional", na linha da lição de ARAKEN DE ASSIS, entendemos que "a procedência da impugnação não desconstituirá o título, nem reabrirá o processo, limitando-se a tornar inadmissível a sua execução." Ou seja, os referidos embargos importariam a rescisão da coisa julgada (*iudicium rescindens*), porém, não seriam capazes de instaurar o juízo rescisório (*iudicium rescissorium*), eis que, nos termos da lei, apenas se prestam a desconstituir a sentença desconforme com a interpretação do STF e não para reabrir novo julgamento sobre a causa.⁴⁰³

Porém, por entendermos que, tal como posta, a impugnação ou embargos à execução, constante do parágrafo único, do art. 741, do CPC e os demais dispositivos de igual teor, são inconstitucionais, acreditamos que os principais pontos tratados já são suficientes para a exposição de nosso pensamento sobre o tema.

Certamente, um pronunciamento definitivo do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL poderá trazer novas luzes à matéria.

⁴⁰³ Em sentido contrário, DIDIER: "Realmente, não é possível negar à parte, em tais situações, o direito de exigir a reapreciação da causa, com base no outro fundamento. Solução diversa ofenderia o direito fundamental à inafastabilidade de apreciação da questão pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88)." Porém, o mesmo não explica como isto se daria. Aliás, traz apenas novas dúvida acerca da matéria: "Sucede que a parcimônia do legislador impede que se respondam a outras questões com tanta segurança: a) de quem é a competência para o *iudicium rescissorium*?; b) seria permitido o rejuízo na própria fase executiva, reabrindo-se a fase de conhecimento? Talvez a solução de Eduardo Talamini seja a mais adequada: tomar emprestado o regime jurídico da alegação da *exceptio nullitatis* (art. 475-L, I, CPC), que permite, invalidada a sentença, a reabertura do processo". In: DIDIER Jr., *op. cit.*, p. 468.

3. "RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA"

3.1. premissas iniciais

Após o transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento da AÇÃO RESCISÓRIA, salvo as hipóteses excepcionais de "*erro material*", "*erro de cálculo*" ou *querela nulitatis*, não se poderia alterar a sentença chamada de soberanamente transitada em julgado, eis que coberta pela proteção definitiva da coisa julgada material.

Contudo, recente doutrina iniciada pelo Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO⁴⁰⁴, do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, vem propondo a "*relativização*" da coisa julgada material nos casos em que a sentença seja "*gravemente injusta*", contrária à realidade dos fatos, afronte preceitos da Constituição Federal ou não se sustente em face aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.

Partindo da ideia de supremacia da Constituição, que também seria ofendida em sendo a sentença "atentatória aos desígnios da natureza, afrontosa à moralidade privada e pública, injusta em seus efeitos"⁴⁰⁵, entendem os "Relativistas" não ser concebível a "intangibilidade da coisa julgada", em "descumprimento da Constituição Federal."⁴⁰⁶

A doutrina conta com o apoio de grandes processualistas brasileiros como THEODORO JÚNIOR⁴⁰⁷, JULIANA CORDEIRO DE FARIA⁴⁰⁸, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁰⁹, ALEXANDRE FREITAS CÂMARA⁴¹⁰, dentre outros. Passa-se à análise das teses "*relativistas*".

⁴⁰⁴ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. Breve histórico da relativização da coisa julgada no Brasil. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31.

⁴⁰⁵ DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações Doutrinárias. In: _____; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 108.

⁴⁰⁶ *Id. Ibid.*, p. 107.

⁴⁰⁷ THEODORO Jr., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 161-199.

⁴⁰⁸ *Id. Ibid.*, p. 161-199.

3.2. a doutrina de JOSÉ AUGUSTO DELGADO

Conforme aponta a doutrina sobre o tema⁴¹¹, a chamada "*relativização*" da coisa julgada material teria sido inicialmente proposta pelo Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO⁴¹², do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

DELGADO, sobre o tema, tem defendido uma flexibilização ampla do instituto da *res iudicata*, nominando-a de "*relativização*" da coisa julgada material.

Em artigo intitulado *PONTOS POLÊMICOS DAS AÇÕES DE INDENIZAÇÃO DE ÁREAS NATURAIS PROTEGIDAS – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*⁴¹³, o eminente Ministro expõe seu pensamento sobre o tema.

Inicia apontando uma série de aspectos atinentes ao direito, à jurisdição e à necessidade de respeito aos princípios da moralidade e legalidade. Nesta linha, afirma o seguinte:

A ciência do direito é essencialmente normativa. Há, portanto, de ser vinculada à realidade do mundo que recebe a sua aplicação e ao estado das coisas.

A sua concretização não pode ser feita de modo que sejam transformados fatos não verdadeiros em reais, provocando, assim, choque com o racional e com a organização natural e material dos casos vivenciados pelo ser humano e pela sociedade. (...)

Surge, em razão do acima afirmado, a concepção de que as leis, ao serem aplicadas pelo Poder Judiciário, estão diretamente vinculadas aos princípios da moralidade e da legalidade, só desenvolvendo-se validamente, isto é, só existindo e tornando-se válido, eficaz e efetivo quando não expressarem abusos e não ultrapassarem os limites por eles impostos. (...)

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente, com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade

⁴⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). *Coisa Julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 33-76.

⁴¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. *Genesis Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, n. 133, jan. 2004, p. 07-25.

⁴¹¹ SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. Breve histórico da relativização da coisa julgada no Brasil. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31.

⁴¹² *Id. ibid.*, p. 31.

⁴¹³ DELGADO, José Augusto. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 103 – Ano 26 – jul./set. 2001, p. 09 - 36.

pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos. (...)

Há, portanto, com a influência dessas novas ideias, que se meditar sobre o alcance da coisa julgada quando atua em atrito com os princípios da moralidade, da legalidade e da realidade impostas pela natureza das coisas e das relações humanas e com outros princípios postos na CF.⁴¹⁴

Partindo da premissa de que o respeito ao princípio da moralidade se sobrepõe à coisa julgada, propõe DELGADO uma "revisitação do tema" da *res iudicata*:

O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada. (...)

Observe-se, por primeiro, que o referenciado inciso XXXVI não proíbe a lei de prejudicar o 'instituto da coisa julgada', mas, sim, de malferir a 'coisa julgada'. (...) Também assegura a correção da segunda tese a observação dos institutos processuais que sempre conviveram com a regra constitucional em comento. Prevalecesse a primeira tese (proteção constitucional da amplitude do instituto da coisa julgada) e a ação rescisória seria inconstitucional, dado que se trata de remédio jurídico que tem como único objetivo destruir a coisa julgada. (...)

Consoante se observa, é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos.

O que a Carta Política inadmitte é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso.⁴¹⁵

Neste linha, DELGADO conclui que o ordenamento constitucional é "perfeitamente compatível com a existência de restrições e de instrumentos de revisão e controle dos julgados."⁴¹⁶ Deveria, portanto, a coisa julgada prestar "homenagem absoluta aos princípios da moralidade, da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do justo."⁴¹⁷

Após tratar dos fundamentos que justificam a coisa julgada, seja de natureza política, seja de ordem jurídica, DELGADO entende que essas razões devem ser "confrontadas, na época contemporânea, se a coisa julgada ultrapassar os limites da moralidade, o círculo da legalidade, transformar fatos não verdadeiros em reais e

⁴¹⁴ DELGADO, José Augusto. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In *Revista do Processo*, vol. 103 – Ano 26 – julho/setembro de 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 09 - 13.

⁴¹⁵ *Id. ibid.*, p. 13 – 15.

⁴¹⁶ *Id. ibid.*, p. 15 – 16.

⁴¹⁷ *Id. ibid.*, p. 17.

violar princípios constitucionais (...)."⁴¹⁸

Na sequência, DELGADO aponta "um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, proferido em maio de 1998" envolvendo "dois valores constitutivos do Direito ou, se se preferir, do ordenamento jurídico: a segurança e a justiça."⁴¹⁹

No caso, conforme salienta DELGADO, "deu-se primazia (...) à segurança, em razão da existência da coisa julgada"(p. 19), tendo o E. STJ decidido que "a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade."⁴²⁰

E, após analisar que sob o aspecto formal, o acórdão seria correto, tece severas críticas ao mesmo, concluindo que "emerge daí um autêntico conflito, criado pelo acórdão mesmo, entre a segurança jurídica e a justiça."⁴²¹

Na sequência, o próprio DELGADO buscou responder ao questionamento acerca do embate entre segurança e justiça, chegando às seguintes conclusões:

a) A grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania.

b) A coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição.

c) A sentença, ato do juiz, não obstante atuar como lei entre as partes, não pode ter mais força do que as regras Constitucionais.

d) A segurança jurídica imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça.

e) A segurança jurídica da coisa julgada impõe certeza. Esta não se apresenta devidamente caracterizada no mundo jurídico quando não ostentar, na mensagem sentencial, a qualidade do que é certo, o conhecimento verdadeiro das coisas, uma convicção sem qualquer dúvida. A certeza imposta pela segurança jurídica é a que gera estabilidade. Não a que enfrenta a realidade dos fatos. A certeza é uma forma de convicção sobre determinada situação que se pretende objetiva, real e suficientemente

⁴¹⁸ *Id. ibid.*, p. 18.

⁴¹⁹ *Id. ibid.*, p. 19.

⁴²⁰ *Id. ibid.*, p. 19.

⁴²¹ *Id. ibid.*, p. 20.

subjetiva. Ela demonstra evidência absoluta e universal, gerando verdade.

f) Há de prevalecer o manto sagrado da coisa julgada quando este for determinado em decorrência de caminhos percorridos com absoluta normalidade na aplicação do direito material e do direito formal.

g) A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado.

h) Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.⁴²²

O pai da relativização, sintetiza suas conclusões sobre "as sentenças transitadas em julgado, porém, injustas, contrárias à moralidade, à realidade dos fatos e à Constituição", com as seguintes palavras:

Não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmoroze ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa.(...)⁴²³

Após tecer as considerações anteriores, o MINISTRO cita uma série de hipóteses nas quais haveria "sentenças injustas" e "inconstitucionais"⁴²⁴, bem como

⁴²² *Id. ibid.*, p. 20 – 21.

⁴²³ *Id. ibid.*, p. 28.

⁴²⁴ "a) a declaratória de existência de preclusão quando esse fenômeno processual inexistente por terem sido falsas as provas em tal sentido;

b) a expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigidas pela lei processual;

c) a originária de posição privilegiada da parte autora que, aproveitando-se de sua própria posição de monopólio e do estado de necessidade do réu, demanda a este por razão de um crédito juridicamente infundado;

d) a baseada em fatos falsos depositados durante o curso da lide;

e) a reconhecedora da existência de um fato que não está adequado à realidade;

f) a sentença conseguida graças a um perjúrio ou a um juramento falso;

g) a ofensiva à soberania estatal;

h) a violadora dos princípios guardadores da dignidade humana;

i) a provocadora de anulação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

f) a que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º e 3º da CF);

k) a que obrigue a alguém a fazer alguma coisa ou deixar de fazer, de modo contrário a lei;

l) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém;

m) a que julga válido ato praticado sob a forma de anonimato na manifestação de pensamento ou que vede essa livre manifestação;

n) a que impeça a liberdade de atuação dos cultos religiosos;

o) a que não permita liberdade na atividade intelectual, artística, científica e de comunicação;

p) a que consagra a possibilidade de violação ao direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem das pessoas;

precedentes do STF nos quais teria sido acolhida a "relativização" da coisa julgada:

a) "Desapropriação. Indenização (atualização). Extravio de autos. Nova avaliação. Coisa julgada. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante do laudo antigo, tendo em vista atenderá garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido" (RE nº93.412-SC, Rei. Min. Rafael Mayer, RTJ 102/276).

b) "O deferimento de nova avaliação em sede de liquidação, em casos excepcionais, conforme entendimento da Suprema Corte, não encontra obstáculo na coisa julgada" (Ag. nº 75.773, DJU, de 3.5.1979, p. 3.496, Rei. Min. Leitão de Abreu; RE nº 68.608, RTJ 54/376, 1ª Turma; Ag. nº 47.564, Pleno, DJU, de 26.9.1969, p. 44.063).

c) "Desapropriação. Terrenos da atual Base Aérea de Panamirim, em Natal, RN. Liquidação de sentença. Determinação de nova avaliação. Hipóteses em que o STF tem admitido nova avaliação, não obstante, em decisão anterior, já transitada em julgado, se haja definido o valor da indenização. Diante das peculiaridades do caso concreto, não se pode acolher a alegação constante do recurso extraordinário de ofensa, pelo acórdão, ao artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, em virtude do deferimento de nova avaliação dos terrenos. O aresto teve presentes fatos e circunstâncias especiais da causa, a indicarem a injustiça da indenização, nos termos em que resultaria da só aplicação da correção monetária, a contar da Lei nº 4.686/1965, quando a primeira avaliação aconteceu em 1957. Critério a ser seguido na nova avaliação. Decreto-Lei nº 3.365/1941,

- q) a que abra espaço para a quebra do sigilo da correspondência;
- r) a que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado;
- s) a que torne nenhuma a garantia do direito de herança;
- t) a que inviabilize a aposentadoria do trabalhador;
- u) a que reduza o salário do trabalhador, salvo o caso de convenção ou acordo coletivo;
- v) a que autorize a empresa, por motivos de dificuldades financeiras, a não pagar o 13º salário do trabalhador;
- w) a que não conceda a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno;
- x) a que não permita o gozo de férias anuais remuneradas;
- y) a que não reconheça como brasileiros natos os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seus pais;
- z) a que estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, além dos casos previstos na CF;
- aa) a que permita a brasileiros naturalizados exercerem os cargos de Presidente da República, Presidente da Câmara de Deputados, Presidente do Senado Federal, ser Ministro do STF, ser oficial das Forças Armadas e outros cargos (art, 12, § 3o);
- bb) a que proíba a União executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária - XXI, do art. 21;
- cc) a que autorize alguém a assumir cargo público descumprindo os princípios fixados na CF e nas leis específicas;
- dd) a que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade;
- ee) a que reconheça vitalício no cargo o juiz com, apenas, um ano de exercício;
- ff) a que atente contra os bons costumes, os valores morais da sociedade, que reconheça casamento entre homem e homem, entre mulher e mulher;
- gg) a que, no trato de indenização de propriedade pelo poder público, para qualquer fim, não atenda ao princípio da justa indenização; e
- hh) a que considere eficaz e efetiva dívida de jogo ilícito. Estes e outros são exemplos de sentenças que nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça," *in Id. ibid.*, p. 24 – 25.

artigo 26. Questão que não constitui objeto do recurso extraordinário da União. Relativamente aos juros compensatórios, havendo sido fixado, em decisão transitada em julgado, o percentual de 6% a. a., não caberia, no acórdão recorrido, estipular seu cálculo à base de 12% a. a. A incidência do percentual de 6% a. a. dar-se-á a partir da ocupação do imóvel. Nesse ponto, o acórdão ofendeu o artigo 153, § 3o, da Lei Maior. No que respeita aos honorários advocatícios, estabelecidos em quantia certa, à vista da primitiva avaliação, não vulnera o artigo 153, § 3o, da Carta Magna, o acórdão, ao estipular novo critério para seu cálculo, em determinando nova avaliação do imóvel expropriado. Conhecido, apenas, em parte, do recurso extraordinário, quanto aos juros compensatórios, para, nesta parte, dar-lhe provimento" (RE nº 105.012, Rel. Min. Néri da Silveira).

d) Outros precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal seguem a mesma orientação, não considerando ofensiva da coisa julgada a decisão que determina se atualize o valor do imóvel desapropriado quando se trate de laudo antigo e a expropriante procrastinou o pagamento da indenização. Conferir: RE nº 65.395, Pleno, RTJ 52/7X1; RE nº 68.606, la T., RTJ 54/376; RE nº 78.506,13T, RTJ73/892; ERE nº 54.221, Pleno, RTJ34/91.

e) O Ministro Soares Muñoz, ao proferir voto (vista) no RE nº 93.412-SC, afirmou: "A doutrina moderna a respeito da coisa julgada restringe os seus efeitos aos fatos contemporâneos, ao momento em que foi prolatada a sentença. A força da coisa julgada material, acentua James Goldschmidt, alcança a situação jurídica no estado em se achava no momento da decisão, não tendo, portanto, influência sobre os fatos que venham a ocorrer depois (in Derecho Procesal Civil, p. 390, tradução espanhola de 1936).⁴²⁵

E, concluindo seu pensamento sobre a coisa julgada e sua "relativização", DELGADO apresenta uma síntese, dividindo suas considerações em dois grupos.⁴²⁶ No último⁴²⁷, em linhas gerais, agrupou observações gerais sobre a própria coisa julgada, sua natureza jurídica, seus limites, modo de produção, eficácia, etc., através de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Já no primeiro grupo de conclusões, JOSÉ DELGADO apresenta, de fato, uma síntese de suas ideias acerca da "relativização" da coisa julgada, através das seguintes proposições que resumem seu pensamento sobre o tema:

- a) o princípio-força da coisa julgada é de natureza relativa;
- b) a coisa julgada não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade;
- c) o Poder Judiciário, ao decidir a lide pelos juizes que o integram, cumpre missão estatal de natureza absoluta, com função destinada a aplicar, de modo imperativo, as estruturas que sustentam o regime democrático;
- d) a sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças;

⁴²⁵ *Id. ibid.*, p. 30 – 31.

⁴²⁶ *Id. ibid.*, p. 31 – 36.

⁴²⁷ *Id. ibid.*, p. 32 – 36.

e) o *decisum* judicial não pode produzir resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Federal;

f) a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito;

g) a regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém, esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático;

h) a garantia da coisa julgada não pode ser alterada pela lei para prejudicar, em homenagem ao princípio da não retroatividade;

i) os fatos apurados pela sentença nunca transitam em julgado, por a decisão referir-se a eles com as características de tempo, modo e lugar como foram apurados;

j) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdades nas relações do contribuinte com o fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance;

k) em tema de desapropriação, o princípio da justa indenização reina acima do garantidor da coisa julgada;

l) a sentença transita em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da imoralidade, da ilegalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da natureza; e

m) a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial.⁴²⁸

Em trabalho mais recente, nominado "Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão, relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias", o Autor, reafirma suas conclusões anteriores, destacando o seguinte:

O Poder Judiciário quando emite decisões que vão de encontro à Constituição Federal, quer violando qualquer um dos seus postulados, quer descumprindo os seus princípios, quer diretamente obscurecendo as suas regras, está, também, submetido, ao controle da constitucionalidade.(...)

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 Federal. (...)

A missão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, especialmente deste, é fazer prevalecer a força da Constituição. Esta, sozinha, por si, nenhum efeito produz. A eficácia e efetividade dos seus postulados, dos seus princípios e das suas regras dependem da atuação de todos os Poderes, com destaque, do Poder Judiciário. Em assim sendo, não é concebível, sob o simples argumento da intangibilidade da coisa julgada, aceitar-se descumprimento da Constituição Federal.

Em conclusão, afirmamos juntamente com outros autores que

⁴²⁸

Id. ibid., p. 31 – 32.

nenhum órgão do Estado, situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo, está imune, sob qualquer pretexto, à força da Constituição.⁴²⁹

DELGADO, trazendo a lição de outros juristas, propõe uma "revisitação do tema, abrindo novas configurações a respeito, desmistificando o que tradicionalmente foi considerado como sendo absoluto os efeitos da coisa julgada, por mais absurda que fosse a decisão nela contida."⁴³⁰

Para o Min. do STJ, as possibilidades de relativização da coisa julgada material são amplíssimas, não estando sujeitas à prazo ou forma definida.

⁴²⁹ DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. *In*: _____; NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 106.

⁴³⁰ *Id. ibid.*, p. 142.

3.3. a doutrina de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO DE FARIA

O conhecido processualista HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, juntamente com a Dra. JULIANA CORDEIRO DE FARIA, também dedicaram especial atenção ao tema da "relativização" da coisa julgada.

Em artigo conjunto, chamado "Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização"⁴³¹, os processualistas expõem com clareza sua posição acerca da matéria.

Inicialmente, ponderando que "o mundo jurídico é caracterizado pela convivência diuturna com problemas para cuja solução não existem fórmulas exatas, precisas e invariáveis"⁴³², defendem a relativização, destacando que não se trata de tema de fácil deslinde.⁴³³

Em seguida, os Autores assentam "as premissas básicas do pensamento":

a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como o da Supremacia da Constituição;

b) a coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais;

c) reconhecer-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presente ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe a essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica;

d) pensar-se um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reforçar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. E permitir-se a imunidade e a prevalência de um ato contrário aos preceitos da Constituição, é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança;

⁴³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 161 – 199.

⁴³² *Id. ibid.*, p. 162.

⁴³³ *Id. ibid.*, p. 162.

e) atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos de destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica."⁴³⁴

Para HUMBERTO THEODORO JR. e JULIANA CORDEIRO, "negar simplesmente a relativização da intangibilidade da coisa julgada inconstitucional seria negar a própria Supremacia da Constituição e admitir a existência de um poder sem limitação."⁴³⁵

E, prosseguem, afirmando que "seria conferir aos juízes o poder ilimitado de decidir (...), visto que o vício da inconstitucionalidade seria sanável com a *res iudicata* e se tornaria soberanamente irremediável após o decurso do prazo da ação rescisória."⁴³⁶

Na sequência, trazem várias considerações acerca de "reflexos da teoria da coisa julgada inconstitucional sobre o direito positivo"⁴³⁷, afirmando que o disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC, que, foi também instituído no art. 884, § 5º, da CLT, e art. 475-L, § 1º, do CPC, foram as primeiras abordagens legais sobre o tema.⁴³⁸

Contudo, destacam que a atitude do legislador teria sido incompleta e tímida, eis que albergaria apenas aqueles casos de inconstitucionalidade declaradas pelo STF.⁴³⁹

Assim, apontam que "inexistindo semelhante precedente (do STF) (...) a sentença inconstitucional não deixará de ser nula, mas o reconhecimento de seu vício terá de ser buscado em outra via processual que não os embargos à execução ou a impugnação"⁴⁴⁰, eis que "estes representam remédio específico para funcionar como incidente da execução, e como tal, limitam-se às hipóteses previstas e autorizadas expressamente pela lei."⁴⁴¹

⁴³⁴ *Id. ibid.*, p. 163 – 164.

⁴³⁵ *Id. ibid.*, p. 164.

⁴³⁶ *Id. ibid.*, p. 164.

⁴³⁷ *Id. ibid.*, p. 164 – 166.

⁴³⁸ *Id. ibid.*, p. 165.

⁴³⁹ *Id. ibid.*, p. 187 – 188.

⁴⁴⁰ *Id. ibid.*, p. 166.

⁴⁴¹ *Id. ibid.*, p. 166.

Seguem, a partir deste ponto, para uma demonstração de que tanto "o princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, assim como não o é a segurança jurídica que o justifica".⁴⁴²

Neste contexto, "a irrevogabilidade presente na noção de coisa julgada apenas significa que a inalterabilidade de seus efeitos tornou-se vedada através da via recursal e não que é impossível por outras vias. Não é, assim, absoluta."⁴⁴³

E, segundo THEODORO JÚNIOR e JULIANA DE FARIA a própria segurança como valor inerente à coisa julgada e, por conseguinte, o princípio da sua intangibilidade são dotados de relatividade. Exemplificam esta relatividade com o instituto da ação rescisória.⁴⁴⁴

Os eminentes Processualistas mineiros lecionam que "admitir-se (...) que a coisa julgada seja rompida – relativizar a sua intangibilidade – nada tem de absurdo, mas ao contrário é medida excepcional que se justifica quando presente sério vício capaz de ameaçar a sua própria razão de ser."⁴⁴⁵

Buscando rebater às críticas de que a "relativização" poderia ser usada "como uma panacéia capaz de ser adotada em toda e qualquer hipótese e em razão de simples alegação subjetiva de injustiça"⁴⁴⁶, os Autores concluem que "a insustentabilidade da força da *res iudicata*" deverá estar atrelada a "sua incompatibilidade com a Constituição Federal."⁴⁴⁷

Ao tecerem alguns comentários sobre a ação rescisória, que admitem que seria uma "hipótese comumente aceita de relativização da coisa julgada", destacam que "o alargamento das hipóteses legais de cabimento da ação (...), serão decorrência da moderna ponderação de valores em jogo, a partir de um juízo, caso a caso."⁴⁴⁸

⁴⁴² *Id. ibid.*, p. 166.

⁴⁴³ *Id. ibid.*, p. 168.

⁴⁴⁴ *Id. ibid.*, p. 171.

⁴⁴⁵ *Id. ibid.*, p. 170.

⁴⁴⁶ *Id. ibid.*, p. 170.

⁴⁴⁷ *Id. ibid.*, p. 171.

⁴⁴⁸ *Id. ibid.*, p. 173.

Assim, aludem que seria "indesejável" que se legislasse "tipicamente sobre as hipóteses de relativização da coisa julgada ou mesmo criar hipóteses gerais para tanto". Julgam "preferível deixar a excepcionalidade da providência a ser examinada em cada caso concreto pelo juiz."⁴⁴⁹

Esta "ampliação" da ação rescisória "resulta de confronto de princípios, a impor um julgamento de proporcionalidade e razoabilidade".⁴⁵⁰

Ocorre que os mesmos Doutrinadores, ao tratarem do que chamam de "flagrante ofensa à Constituição Federal", entendem que "aí não haveria, tecnicamente, um choque de valores de igual importância a exigir um juízo de proporcionalidade e razoabilidade."⁴⁵¹

É, que, para HUMBERTO THEODORO JR. e JULIANA CORDEIRO, "o princípio da intangibilidade da coisa julgada, ainda que para aqueles que o consideram de natureza constitucional"⁴⁵² não estaria "no mesmo plano de relevância que a Supremacia da Constituição, pelo que consideramos inexistir um verdadeiro conflito de princípios ou valores."⁴⁵³ Esclarecem, à propósito, que "o conflito pressupõe que os valores estejam no mesmo plano e tenham igual relevância".⁴⁵⁴

Como, "o princípio da intangibilidade da coisa julgada traz como consectário a ideia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade"⁴⁵⁵, a conclusão a que chegam os Autores é a de que "a coisa julgada será intangível enquanto tal, a exemplo do direito adquirido e ato jurídico perfeito, apenas quando for conforme a Constituição."⁴⁵⁶ Para THEODORO JR. e FARIA, o ponto fulcral é o respeito ao "princípio da Supremacia da Constituição" que, segundo eles, "se sobrepõe a todos os demais,

⁴⁴⁹ *Id. ibid.*, p. 174.

⁴⁵⁰ *Id. ibid.*, p. 177.

⁴⁵¹ *Id. ibid.*, p. 177.

⁴⁵² *Id. ibid.*, p. 181.

⁴⁵³ *Id. ibid.*, p. 181.

⁴⁵⁴ *Id. ibid.*, p. 181.

⁴⁵⁵ *Id. ibid.*, p. 183.

⁴⁵⁶ *Id. ibid.*, p. 183.

razão pela qual a qualquer tempo possível será retirar validade de um ato a ela contrário, ainda que se trate de decisão judicial sob o manto da *res iudicata*."⁴⁵⁷

Na sequência, apontam que o problema da sentença inconstitucional, sujeita à relativização da coisa julgada seria um caso de invalidade e não de inexistência do ato, eis que o ato decisório existiria, porém seria nulo, por contrariar à Constituição.⁴⁵⁸

Posteriormente, voltando à tese ampliativa dos meios de controle ou relativização da coisa julgada inconstitucional, tornam a preconizar que "o tema foi, de maneira restritiva, regulado pelos atuais artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do Código."⁴⁵⁹

E, nessa linha, ao apontarem meios para impugnação da sentença transitada em julgado, afirmam que "os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução."⁴⁶⁰

E, sobre o órgão competente para este controle, informam que "em face da coisa julgada que viole diretamente a Constituição, deve ser reconhecido aos juízes um poder geral de controle incidental da constitucionalidade da coisa julgada."⁴⁶¹

Para HUMBERTO e JULIANA, a limitação legislativa dos artigos 741, parágrafo único, 475-L, § 1º, do CPC, e 884, § 5º, da CLT, "não tem a sua razão de ser, visto que esfacela o sistema que fica alijado de hipóteses em que igualmente pode se operar a inconstitucionalidade do caso julgado."⁴⁶²

⁴⁵⁷ *Id. ibid.*, p. 185.

⁴⁵⁸ *Id. ibid.*, p. 186 – 187.

⁴⁵⁹ *Id. ibid.*, p. 187.

⁴⁶⁰ *Id. ibid.*, p. 189.

⁴⁶¹ *Id. ibid.*, p. 189.

⁴⁶² *Id. ibid.*, p. 190.

Deste modo, mesmo nos casos em que não haja manifestação do STF, poderia se alegar, a qualquer tempo, a invalidade da sentença, mesmo transitada em julgado.⁴⁶³

Neste sentido, poderia o Juiz, "no bojo dos embargos à execução (...), mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal,(...) recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado."⁴⁶⁴

Outro ponto importante do trabalho dos processualistas mineiros é o de que, apesar de entenderem ampla a possibilidade de utilização da "relativização" a qualquer tempo, através de vários meios processuais, apontam o seguinte limite:

"(...) cabendo ao Judiciário pronunciar-se sobre a questão constitucional, ele somente o fará uma vez, segundo a regra do art. 471 do CPC. Se na sentença exequenda já figurou a solução da questão constitucional não haverá como renová-la nos embargos à execução."⁴⁶⁵

Porém, na sequência, abrem uma exceção a esta regra limitativa:

Todavia, para o caso de superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade da lei tomada como fundamento da sentença exequenda, a situação é diferente. Mesmo que a sentença tenha repellido a arguição de inconstitucionalidade, a prevalência do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal se impõe, tendo em conta o papel de guardião e intérprete da Constituição que lhe cabe segundo a própria ordem constitucional do Estado Democrático de Direito.⁴⁶⁶

Ao final, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR e JULIANA CORDEIRO apresentam suas principais conclusões sobre o tema, *verbis*:

Enfim, não se trata – é bom advertir – de enfraquecer o instituto da coisa julgada, mas de evitar uma visão sectária que insiste em mantê-lo num pedestal sacro e intocável, maior do que a ordem constitucional lhe concede. Na verdade, o problema é dos limites da própria figura da coisa julgada. Assim como há casos tradicionais em que o esgotamento das possibilidades recursais não impede a renovação do pleito sobre a mesma lide (lembre-se da ação civil depois da ação penal improcedente por insuficiência de prova, da nova ação popular depois que a primeira malogrou por falta de provas, das ações civil públicas, nas mesmas

⁴⁶³ *Id. ibid.*, p. 190-191.

⁴⁶⁴ *Id. ibid.*, p. 194-195.

⁴⁶⁵ *Id. ibid.*, p. 197.

⁴⁶⁶ *Id. ibid.*, p. 197.

circunstâncias, da ação ordinária após o mandado de segurança denegado por não comprovação de direito líquido e certo, de sentença passada em julgado sem citação do revel, etc.), também a sentença que agride a Constituição não merece adquirir a plena autoridade da coisa julgada em seu feitiço material. Transita em julgado, segundo a lei processual, porque já não há mais possibilidades de impugná-la pelas vias recursais. Não se reveste, entretanto, da intangibilidade própria das sentenças não mais atacáveis por meio dos recursos ordinários ou extraordinários. O caso é de nulidade ipso iure, que nem a res iudicata pode superar.⁴⁶⁷

Indicam, como meios de impugnação à chamada "coisa julgada inconstitucional", não apenas aquelas hipóteses dos artigos de lei anteriormente mencionados, mas também "ação declaratória de nulidade, ou a *querela nullitatis*, se não for mais possível a ação rescisória, em virtude do prazo decadencial que o Código lhe impõe."⁴⁶⁸ Vale também destacar, que no mesmo trabalho, se apontou os seguintes instrumentos para a alteração da coisa julgada: reconhecimento da "inconstitucionalidade da coisa julgada", "até mesmo de ofício" e "a qualquer tempo"; "ação rescisória (não sujeita a prazo)"; "ação declaratória de nulidade" ou "embargos à execução".⁴⁶⁹

Entendem que "não se trata ... de enfraquecer a coisa julgada"⁴⁷⁰, porém, declaram que "o princípio da intangibilidade da coisa julgada, ainda para aqueles que o consideram de natureza constitucional, (...) não se insere no mesmo plano de relevância que a Supremacia da Constitucional"⁴⁷¹

Por fim, concluem que "o que resulta" da "relativização" "é a maior segurança para o ordenamento jurídico como um todo", ao se dar "efetividade" à "supremacia da Constituição".⁴⁷²

⁴⁶⁷ *Id. ibid.*, p. 198.

⁴⁶⁸ *Id. ibid.*, p. 198.

⁴⁶⁹ *Id. ibid.*, p. 189.

⁴⁷⁰ *Id. ibid.*, p. 198.

⁴⁷¹ *Id. ibid.*, p. 181.

⁴⁷² *Id. ibid.*, p. 198-199.

3.4. A doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

Em instigante e profundo trabalho, intitulado "Relativizar a coisa julgada material", o professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴⁷³, busca fazer uma proposta de sistematização do problema.

Inicia apontando a coisa julgada material como "um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes"⁴⁷⁴, deixando clara sua posição no sentido de que "a garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir *segurança* às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença."⁴⁷⁵

Contudo, buscando um equilíbrio entre os valores segurança e justiça, afirma que "o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá".⁴⁷⁶

DINAMARCO, "como ponto de início e de apoio para os raciocínios a desenvolver no presente estudo sobre a relativização da garantia constitucional da coisa julgada"⁴, propõe duas premissas: "(a) que essa garantia não pode ir além dos efeitos a serem imunizados e (b) que ela deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil."⁴⁷⁷

Na sequência, o Professor da UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO passa a tratar da "justiça das decisões", afirmando que "não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas".⁴⁷⁸

⁴⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

⁴⁷⁴ *Id. Ibid.*, p. 33.

⁴⁷⁵ *Id. Ibid.*, p. 34.

⁴⁷⁶ *Id. Ibid.*, p. 34.

⁴⁷⁷ *Id. Ibid.*, p. 35.

⁴⁷⁸ *Id. Ibid.*, p. 40.

Ao iniciar uma exposição sobre o pensamento de outros doutrinadores e da jurisprudência sobre o tema, busca sintetizar o pensamento de JOSÉ DELGADO, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, HUGO NIGRO MAZZILLI, entre outros, sobre o tema da "relativização da coisa julgada".⁴⁷⁹

DINAMARCO, ao expor as ideias de JOSÉ DELGADO, informa, complementando as considerações feitas anteriormente no presente trabalho, que "em voto proferido como relator na Primeira Turma do Col. Superior Tribunal de Justiça", o Ministro declarou sua *"posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada"* dizendo filiar-se *"a determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações assumidas pelo Estado"*.

O caso versava sobre processo de desapropriação indireta, no qual, a Fazenda do Estado de São Paulo havia sido vencida ... e, depois, feito acordo com os adversários para parcelamento do débito; pagas algumas parcelas, voltou a juízo com uma demanda que denominou *ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com repetição de indébito*." Alegava "erro no julgamento da ação expropriatória", ... "uma vez que a área supostamente apossada pelo Estado já pertencia a ele próprio e não aos autores."⁴⁸⁰

Ressalta que prevaleceu o entendimento de DELGADO, no caso, "apesar do trânsito em julgado", para que fosse restabelecida "a tutela antecipada que o MM. Juiz de primeiro grau concedera à Fazenda e o Tribunal paulista". Informa que a "tese do Ministro prevaleceu por três votos contra dois e a tutela antecipada foi concedida."⁴⁸¹

⁴⁷⁹ *Id. Ibid.*, p. 43 – 51.

⁴⁸⁰ *Id. Ibid.*, p. 41.

⁴⁸¹ *Apud*, DINAMARCO, *Ibid.*, p. 41 (STJ, 1ª T., REsp n. 240.712/SP, j. 15.2.2000, Rel.: Min. José Delgado)

Ao tratar da jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sobre o tema, o professor CÂNDIDO RANGEL cita dois precedentes da Corte: RE 93.412/SC (j. 4.5.82, rel. Rafael Mayer) e RE 105.012-RN (j. 9.2.88, rel Nery da Silveira). No primeiro, "a circunstância especial levada em conta ... foi a procrastinação do pagamento por culpa do ente expropriante", tendo "o Min. Rafael Mayer" aludido que "o *“lapso de tempo ... desgastou o sentido da coisa julgada”*". No outro caso, segundo DINAMARCO, "o Min. Néri da Silveira votou e foi vencedor no sentido de fazer nova avaliação apesar do trânsito em julgado da sentença que fixara o valor indenizatório, ... sempre com o superior objetivo de assegurar a justa indenização." "Discorreu-se também sobre a questão da *correção monetária* não imposta em sentença, salientando que "corrigir valores não ultraja a garantia constitucional da coisa julgada, porque não implica alteração substancial da indenização, mas mero ajuste nominal."⁴⁸²

Ao tratar do pensamento de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, CÂNDIDO DINAMARCO lembra que "o caso que examinava em parecer era de uma *dupla condenação da Fazenda* a pagar indenizações pelo mesmo imóvel." HUMBERTO, neste caso, teria proposto "o enquadramento do caso na categoria do *erro material*, para sustentar afinal que, conseqüentemente, "não haverá a *res iudicata* a seu respeito".⁴⁸³

Consoante leciona DINAMARCO, ao tratar do posicionamento de HUGO NIGRO MAZZILLI, o respeitado procurador da justiça figura a hipótese de uma AÇÃO CIVIL PÚBLICA haver sido julgada por serem inócuas ou mesmo benfazejas as emanações liberadas na atmosfera por uma fábrica e, depois do trânsito em julgado, verificar-se o contrário, havendo sido fraudulenta a perícia realizada. Para casos assim, alvitra que se mitigue a regra da coisa julgada *erga omnes* ditada no art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, porque "*não se pode admitir, verdadeiramente, coisa julgada ou direito adquirido de violar o meio ambiente e de destruir as condições do próprio habitat do ser humano*".⁴⁸⁴

⁴⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 42 – 43.

⁴⁸³ *Id. Ibid.*, p. 44.

⁴⁸⁴ *Id. Ibid.*, p. 47.

Traz também apontamentos sobre doutrina estrangeira (EDUARDO COUTURE, JUAN CARLOS HITTERS, direito norte-americano)⁴⁸⁵.

COUTURE, segundo CÂNDIDO, "escreveu sobre a admissibilidade e meios da revisão judicial das sentenças cobertas pela coisa julgada, particularmente em relação a ordenamentos jurídicos, como o do Uruguai àquele tempo, cuja lei não consagre de modo expresse essa possibilidade."

HITTERS, parece apontar uma linha mais radical, desenvolvendo "uma teoria da revisão da coisa julgada sem previsão legal ou além das previsões legais eventualmente existentes."

Quanto ao direito norte americano, DINAMARCO observa que "a cultura jurídica anglo-americana não é tão apegada aos rigores da autoridade da coisa julgada como a nossa, de origem romano-germânica", destaca que, "sem a pressão dos dogmas que tradicionalmente nos influenciam, eles são capazes de aceitar com mais naturalidade certas restrições racionais à *res judicata*, relativizando esta para a observância de outros princípios e outras necessidades."⁴⁸⁶

Feitas estas considerações doutrinárias, o professor do Largo do São Francisco apresenta um curioso caso, que foi examinado pela Prof. ADA PELLEGRINI GRINOVER⁴⁸⁷. Tratava-se de ação anulatória de "escritura de reconhecimento de filiação, cujo fundamento era que tal declaração estaria eivada de falsidade ideológica", tendo em vista que "o declarante seria impotente ao tempo e o filho teria sido concebido antes de qualquer relacionamento entre aquele e a mãe deste." O pedido foi julgado "improcedente, sobrevivendo a coisa julgada."⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ *Id. Ibid.*, p. 44 – 46; 48 – 51.

⁴⁸⁶ *Id. Ibid.*, p. 48.

⁴⁸⁷ *Id. Ibid.*, p. 51.

⁴⁸⁸ *Id. Ibid.*, p. 51 – 52.

A dúvida que foi apresentada à Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER era da possibilidade "da propositura de uma demanda declaratória de inexistência de relação de paternidade entre o mesmo autor e o mesmo réu." A ilustre parecerista fundamentou sua resposta na teoria "dos limites objetivos da coisa julgada, da correlação entre o objeto da demanda e o objeto da sentença". Nas palavras da própria Prof. ADA PELLEGRINI, "aquela demanda não teve *propriamente* por objeto a declaração de inexistência da paternidade". E, nesta linha, entendeu que não incidiria o óbice da coisa julgada material, eis que os pedidos e as causas de pedir seriam diversos entre aqueles da ação anterior, cuja sentença transitou em julgado, e a futura.⁴⁸⁹

A partir de todo este trabalho de coleta e análise de doutrina e jurisprudência favoráveis, ou pretensamente favoráveis, à relativização da coisa julgada material, DINAMARCO faz uma síntese em oito pontos "revelados" na pesquisa:

I – o princípio da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como condicionantes da imunização dos julgados pela autoridade da coisa julgada material;

II – a *moralidade administrativa* como valor constitucionalmente proclamado e cuja efetivação é óbice a essa autoridade em relação a julgados absurdamente lesivos ao Estado;

III – o imperativo constitucional do *justo valor* das indenizações em desapropriação imobiliária, o qual tanto é transgredido quando o ente público é chamado a pagar mais, como quando ele é autorizado a pagar menos que o correto;

IV – o zelo pela *cidadania e direitos do homem*, também residente na Constituição Federal, como impedimento à perenização de decisões inaceitáveis em detrimento dos particulares;

V – a *fraude e o erro grosseiro* como fatores que, contaminando o resultado do processo, autorizam a revisão da coisa julgada;

VI – a garantia constitucional do *meio-ambiente ecologicamente equilibrado*, que não deve ficar desconsiderada mesmo na presença de sentença passada em julgado;

VII – a garantia constitucional do *acesso à ordem jurídica justa*, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade;

VIII – o *caráter excepcional* da disposição a flexibilizar a autoridade da coisa julgada, sem o qual o sistema processual perderia utilidade e confiabilidade, mercê da insegurança que isso geraria.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ *Id. Ibid.*, p. 51 – 52.

⁴⁹⁰ *Id. Ibid.*, p. 53 – 54.

Com base nestas premissas, o Professor procurou desenvolver, de forma sistematizada, a "definição dos modos e limites de uma desejável e equilibrada relativização da garantia constitucional da coisa julgada"⁴⁹¹, buscando indicar "critérios para a relativização" e "modos como o Poder Judiciário pode ser chamado e deve manifestar-se a esse respeito, ou seja, os remédios de que dispõem os litigantes para tentar a liberação do vínculo que a coisa julgada representa."⁴⁹²

De forma concatenada e consistente, é desenvolvida uma verdadeira teoria justificadora da chamada "relativização da coisa julgada"⁴⁹³

Nesta linha, CÂNDIDO DINAMARCO, em seu primeiro tópico sobre a proposta de sistematização, ressalta a natureza constitucional da coisa julgada material, destacando que, "na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada, está dito apenas que *a lei* não a prejudicará (art. 5º, inc. XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar", eis que se dirigem "não só" ao "*legislador*", como também aos "*juízes*". E, neste ponto, ressalta a que "a coisa julgada é mais que um instituto de direito processual. Ela pertence ao direito constitucional ... ou ao *direito processual material*".⁴⁹⁴

Porém, por não ter caráter absoluto, o próprio ordenamento jurídico aponta, segundo DINAMARCO, de modo expresso, "remédios" jurídicos "para a infringência a sentenças de mérito cobertas pela autoridade da coisa julgada": "(a) a *ação rescisória*" (incisos do art. 485); "(b) os *embargos à execução*.", fundados "na falta ou nulidade de citação do demandado no processo de conhecimento, havendo ele ficado revel (art. 741, inc. I)"; (c) a "disposição contida no art. 463, inc. I, do Código de Processo Civil, autorizador de nova decisão depois de publicada a sentença, em caso de *inexatidões materiais* ou *erros de cálculo*."; e (d) "casos de *ineficácia da sentença*, para os quais o Supremo Tribunal Federal reputa hábil qualquer meio a

⁴⁹¹ *Id. Ibid.*, p. 54.

⁴⁹² *Id. Ibid.*, p. 54.

⁴⁹³ *Id. Ibid.*, p. 58 – 62.

⁴⁹⁴ *Id. Ibid.*, p. 54 – 55.

ser experimentado pelo sujeito atingido ou ameaçado pelos efeitos de um julgamento dado em processo sem sua participação (o que sucede quando houver sido omitido um litisconsorte necessário-unitário)".⁴⁹⁵

Sobre esta análise, vale destacar que a hipótese de embargos do devedor, por problema na citação (art. 741, I, do CPC) é, materialmente próxima, se não idêntica, àquela da "ineficácia da sentença", em processo, no qual não houve a participação do litisconsorte necessário – unitário. Ambas versam sobre problemas relacionados à ausência de citação, que, podem, ao nosso ver, ser tratados sob a forma da "querela nullitatis".

Outro ponto que chama especialmente a atenção é a ausência de qualquer menção aos embargos ou impugnação, fundados no disposto no parágrafo único, do art. 741, ou § 1º, do art. 475-L, ambos do CPC, ou ainda, no § 5º, do art. 884, da CLT. Não se compreende porque DINAMARCO, defensor da relativização da coisa julgada teria deixado de mencionar em seu trabalho esta hipótese de "relativização", "sem prazo", fundada em pronunciamento do STF. O silêncio parece ser eloquente, apontando dúvidas ou ressalvas quanto aos mencionados dispositivos.

Voltando, porém, ao trabalho desenvolvido, o Mestre, após destacar que o ponto em comum entre os casos de relativização "é a prevalência do substancial sobre o processual", "o culto ao valor justo em detrimento das regras processuais sobre a coisa julgada"⁴⁹⁶, aponta a falta de "critérios objetivos para a determinação das situações em que essa autoridade deve ser afastada ou mitigada" e os "limites dentro dos quais isso deve acontecer."⁴⁹⁷

Assim, propõe-se CÂNDIDO DINAMARCO a "tentar um esboço de uma reconstrução dogmática"⁴⁹⁸ sobre o tema. E, "como fio condutor dessa investigação

⁴⁹⁵ *Id. Ibid.*, p. 55 – 56.

⁴⁹⁶ *Id. Ibid.*, p. 57.

⁴⁹⁷ *Id. Ibid.*, p. 57.

⁴⁹⁸ *Id. Ibid.*, p. 57.

e das hipóteses de mitigação da coisa julgada" se vale do "conceito técnico-jurídico da impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença."⁴⁹⁹

CÂNDIDO RANGEL passa a trilhar o caminho da impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença, lembrando que "a coisa julgada material consiste na imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença, ou seja, na sua imunidade a futuros questionamentos."⁵⁰⁰ Assim, "quem já era credor, ou já tinha o direito à anulação de um contrato, ou à retomada de um imóvel etc., com o advento da coisa julgada terá o mesmo direito que tinha antes, mas agora com a aura de uma intangibilidade e perenidade que antes não havia."⁵⁰¹

Nesta linha, ressalta que, "incidindo a *auctoritas rei judicatæ* sobre os efeitos substanciais da sentença, é óbvia a constatação de que, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material."⁵⁰²

Exemplifica a ausência de possibilidade jurídica dos efeitos da sentença com as "sentenças terminativas, que, pondo fim ao processo sem julgar-lhe o mérito (...), nada dispõem sobre as relações substanciais eventualmente existentes entre os litigantes na vida comum"⁵⁰³, e, por tal razão, como é sabido, não são acobertadas pela coisa julgada material. Traz os seguintes exemplos:

Imagine-se uma sentença que declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil. Um dispositivo como esse chocar-se-ia com um dos postulados mais firmes da Constituição Federal, que é o da indissolubilidade da Federação. (...) Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em conseqüência de uma dívida não honrada; ou que condenasse uma mulher a proporcionar préstimos de prostituta ao autor, em cumprimento ao disposto por ambos em cláusula contratual. Sentenças como essas esbarrariam na barreira irremovível que é o zelo pela integridade física e pela dignidade humana, valores absolutos que a Constituição Federal cultiva (art. 1º, inc. III e art. 5º). Pensar ainda na condenação do devedor à prisão por dívida, fora dos casos constitucionalmente ressalvados (art. 5º, inc. LXVII).⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ *Id. Ibid.*, p. 57.

⁵⁰⁰ *Id. Ibid.*, p. 58.

⁵⁰¹ *Id. Ibid.*, p. 58.

⁵⁰² *Id. Ibid.*, p. 59.

⁵⁰³ *Id. Ibid.*, p. 61.

⁵⁰⁴ *Id. Ibid.*, p. 59.

Nessa linha, afirma que "como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida", quando "os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se", também não incidirá a própria coisa julgada⁵⁰⁵.

Note-se que, como escreve o próprio Autor, a impossibilidade jurídica "é bastante versada pelos processualistas em geral, principalmente brasileiros, em relação ao *pedido* – dado que a possibilidade jurídica da demanda é expressamente incluída pelo Código de Processo Civil entre as condições da ação (art. 267, inc. VI)."⁵⁰⁶ Assim, os casos de relativização da coisa julgada parecem ser aqueles em que já não haveria possibilidade jurídica do pedido, e, em consequência, qualquer sentença que venha a ser proferida também não terá condições de incidir seus efeitos, que seriam juridicamente impossíveis.

E, DINAMARCO sintetiza seu pensamento, na linha de que "sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais coberta pela *res judicata*, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade."⁵⁰⁷

Para DINAMARCO, "pode-se até discutir, em casos concretos, se os efeitos se produzem ou não, se são ou não compatíveis com a ordem constitucional *etc.*, mas *não se pode afirmar que, sem ter efeitos substanciais, uma sentença possa obter a coisa julgada material.*"⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ *Id. Ibid.*, p. 59.

⁵⁰⁶ *Id. Ibid.*, p. 60.

⁵⁰⁷ *Id. Ibid.*, p. 61.

⁵⁰⁸ *Id. Ibid.*, p. 61.

E, por ter chegado a estas conclusões, assenta a "propriedade" da expressão "aparentemente paradoxal, coisa julgada inconstitucional"⁵⁰⁹, eis que diria respeito "as impossibilidades jurídico – constitucionais."⁵¹⁰

Após relembrar casos violadores do princípio da justa indenização, em ações de desapropriação, que seriam também afrontosos ao princípio da moralidade administrativa, destaca que a teoria da "relativização" não poderá ser usada apenas em favor do Estado, haja vista que "a fragilização da coisa julgada como reação a injustiças, absurdos, fraudes ou transgressões a valores que não comportam transgressão, é susceptível de ocorrer em qualquer área das relações humanas que são trazidas à apreciação do Poder Judiciário."⁵¹¹

Ao lembrar da figura do "*l'uomo della strada*", criada por CALAMANDREI, destaca que:

O jurista jamais conseguiria convencer o *homem da rua*, p.ex., de que o não-pai deva figurar como pai no registro civil, só porque ao tempo da ação de investigação de paternidade que lhe foi movida, inexistiam os testes imunológicos de hoje e o juiz decidiu com base na prova testemunhal. Nem o contrário: não convenceríamos o *homem da rua* de que o filho deva ficar privado de ter um pai, porque ao tempo da ação movida inexistiam aquelas provas e a demanda foi julgada improcedente, passando inexoravelmente em julgado.⁵¹²

Antevendo resistências à assimilação da "relativização" proposta, DINAMARCO argumenta que "não me impressiona o argumento de que, sem a rigorosa estabilidade da coisa julgada, a vida dos direitos seria incerta e insegura, a dano da tranqüilidade social."⁵¹³

Quanto aos instrumentos, remédios processuais adequados, DINAMARCO minimiza tal questão, afirmando que "a escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor

⁵⁰⁹ *Id. Ibid.*, p. 62.

⁵¹⁰ *Id. Ibid.*, p. 62.

⁵¹¹ *Id. Ibid.*, p. 66.

⁵¹² *Id. Ibid.*, p. 68.

⁵¹³ *Id. Ibid.*, p. 67.

e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática."⁵¹⁴

Assim, a revisão, segundo o Autor poderia ocorrer com "(a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada, (b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo e (c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas"⁵¹⁵, eis que, em sua visão, "os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada nos casos em exame."⁵¹⁶

Conclui seu trabalho, reforçando sua preocupação para que a tese não seja usada apenas em favor do Estado, eis que entende ser "indispensável o estabelecimento de uma linha de equilíbrio, que favoreça o Estado quando for ele o lesado por decisões absurdas, mas que também favoreça quem quer que se encontre em situação assim."⁵¹⁷

E, finaliza, apontando que, "a linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicatæ* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei", mas apenas conferir "um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição – com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes."⁵¹⁸

⁵¹⁴ *Id. Ibid.*, p. 69.

⁵¹⁵ *Id. Ibid.*, p. 69.

⁵¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 70.

⁵¹⁷ *Id. Ibid.*, p. 71.

⁵¹⁸ *Id. Ibid.*, p. 72.

3.5. a posição de outros processualistas favoráveis à "relativização da coisa julgada"

DELGADO, THEODORO JR., JULIANA CORDEIRO e DINAMARCO não são os únicos que defendem, em sede doutrinária, a chamada "relativização da coisa julgada material".

Destacou-se, inicialmente, o pensamento dos mencionados processualistas por terem sido precursores da crítica à intangibilidade da coisa julgada material e por apresentarem posicionamentos relativamente semelhantes e bastante amplos em relação ao tema.

Contudo, para um panorama mais abrangente da doutrina acerca da matéria, faz-se necessária uma incursão acerca do pensamento de outros estudiosos que, também, em maior ou menor grau, defendem a possibilidade de revisão atípica da coisa julgada.

TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, em seu livro *O Dogma da coisa julgada*, também examinaram o tema da "relativização da coisa julgada". Em síntese, tratam do problema da coisa julgada inconstitucional sob a perspectiva da validade, ou seja, se o ato de poder — qualquer que seja ele — é conforme à Constituição, vale; se não o é, não vale. Neste prisma a questão seria solucionada pela técnica da nulidade, sendo nula a sentença desconforme com a constituição, ainda que transitada em julgado.⁵¹⁹

Os eminentes Processualistas destacam que "ao que parece o instituto da coisa julgada, tal qual vinha sendo concebido pela doutrina tradicional" já não mais atenderia aos anseios da sociedade, haja vista que "a segurança (...) já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado a todo custo, à luz da mentalidade

⁵¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 8.

que vem prevalecendo."⁵²⁰

Ainda sobre a dita coisa julgada inconstitucional, TERESA WAMBIER e JOSÉ MEDIDA apontam que "em linhas gerais, o regime jurídico a que se submete a sentença que ofende a Constituição Federal é o da rescindibilidade, idêntico àquele ao qual se submete a sentença que ofende a lei (art. 485, inc. V, do CPC)."⁵²¹

E, indo além da visão tradicional, pontuam que "as sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado porque foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição e não de direito de ação já que não havia possibilidade jurídica do pedido".⁵²²

Após tecerem considerações sobre "a sentença proferida com base em lei e posterior ação declaratória de inconstitucionalidade julgada procedente", a "sentença baseada na não-incidência de determinada norma, porque considerada inconstitucional *incidenter tantum*, e sentença, posterior, de procedência de ação declaratória de constitucionalidade" e os "embargos à execução com base na inconstitucionalidade da lei em que se baseia a sentença exequenda", os Autores destacam ser "impossível fechar-se os olhos à realidade de que o Código de Processo Civil hoje não pode mais ser pressuposto como algo que se assemelhe a um sistema, no sentido mais rigoroso da expressão."⁵²³

Nesta visão, seria o CPC atual uma "lei que vem passando por um profundo processo de reforma e cujas feições definitivas ainda não se completaram, até porque não houve tempo para que a doutrina e a jurisprudência amadurecessem certos aspectos das novidades e problemas por estas criados." Daí porque "as zonas de penumbra são incontáveis e tendem a multiplicar-se na exata proporção da quantidade e da velocidade das alterações que se vão introduzindo no texto da lei."⁵²⁴

⁵²⁰ *Id. Ibid.*, p. 13.

⁵²¹ *Id. Ibid.*, p. 39.

⁵²² *Id. Ibid.*, p. 39.

⁵²³ *Id. Ibid.*, p. 237.

⁵²⁴ *Id. Ibid.*, p. 237.

E, com base nesta análise que fazem do Código atual, entendem ser "absolutamente desastrosa a insistência em manter o raciocínio orientado exclusivamente pelo método clássico de pensar."⁵²⁵

Por fim, tratam do que chamam de sentenças juridicamente inexistentes, entendidas como aquelas que padecem de um grave defeito intrínseco que as desfigura como sentença, que compromete sua natureza de ato sentencial (com p. ex., a falta de *decisum*) ou porque teriam herdado certos vícios do processo em que foram prolatadas (como, p. ex., a ausência de citação do réu ou de um dos réus, no caso de litisconsórcio necessário)⁵²⁶.

Assim, em conclusão, os Autores entendem que, nestas hipóteses, pode-se pretender, em juízo, a declaração no sentido de que aquele ato se consubstancia em sentença juridicamente inexistente por meio de ação de rito ordinário, cuja propositura não se sujeita a limitação temporal⁵²⁷.

Também ALEXANDRE FREITAS CÂMARA⁵²⁸ apresentou seu ponto de vista em artigo intitulado "Relativização da coisa julgada material", no qual, após a análise do "dogma" da coisa julgada, é tratado o problema das "sentenças inconstitucionais transitadas em julgado", chegando-se ao seguinte dilema: "afinal, deve ou não ser relativizada a coisa julgada material?"⁵²⁹

Para FREITAS CÂMARA, "a relativização se impõe", apresentando as seguintes razões:

Em primeiro lugar, infere-se do sistema jurídico vigente a possibilidade de relativização de garantias constitucionais como decorrência da aplicação do princípio da razoabilidade, o qual é consagrado na Constituição através do seu art. 5º, LIV, que trata do devido processo legal. Assim, é que diante do conflito entre valores constitucionais, está o intérprete autorizado a afastar o menos relevante para proteger o mais relevante, o que fará através da ponderação de interesses em disputa.

⁵²⁵ *Id. Ibid.*, p. 237.

⁵²⁶ *Id. Ibid.*, p. 29.

⁵²⁷ *Id. Ibid.*, p. 39.

⁵²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. *Genesis Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, n. 133, p. 7 – 25, jan. 2004.

⁵²⁹ *Id. Ibid.*, p. 12.

Em segundo lugar, a norma infraconstitucional pode, por sua própria conta, ponderar tais interesses e estabelecer o modo como essa relativização se dará. É o que acontece, por exemplo, com a relativização do Direito, constitucionalmente assegurado, à herança, que é limitado pelas normas infraconstitucionais que tratam da indignidade.⁵³⁰

Com base nesses fundamentos, conclui CÂMARA ser possível relativizar a coisa julgada, apontando que "a questão fundamental, no entanto, é saber quando isto poderá ocorrer."⁵³¹

Acerca das hipóteses de "relativização", pondera o processualista que "não se pode, simplesmente, admitir que a parte vencida venha a juízo alegando que a sentença transitada em julgada está errada, ou é injusta, para que se admita o reexame do que ficou decidido", eis que esta amplitude faria desaparecer "a garantia de segurança e estabilidade representada pela coisa julgada."⁵³²

Nessa linha, ressalta que "apenas no caso de se ter algum fundamento constitucional é que será possível reapreciar o que ficou decidido por sentença transitada em julgado" ou, em outras palavras, "apenas no caso de sentenças inconstitucionais transitadas em julgado será possível relativizar-se a coisa julgada."⁵³³

Quanto aos mecanismos processuais capazes de permitir a "relativização da coisa julgada", destaca os seguintes: I – ação rescisória tal como disposta no CPC, ou seja, nas hipóteses legais e dentro do prazo decadencial de dois anos; II – embargos do executado, na forma do disposto no parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil; III – exceção de pré-executividade, "por ser a matéria de ordem pública" e IV – *querela nullitatis*.⁵³⁴

Ainda sobre o ponto, afirma FREITAS CÂMARA que a "ineficácia da sentença inconstitucional transitada em julgado poderá ser reconhecida por qualquer meio

⁵³⁰ *Id. Ibid.*, p. 16.

⁵³¹ *Id. Ibid.*, p. 16.

⁵³² *Id. Ibid.*, p. 16.

⁵³³ *Id. Ibid.*, p. 16.

⁵³⁴ *Id. Ibid.*, p. 17 – 18.

idôneo, ou seja, por qualquer meio capaz de permitir que essa questão seja suscitada em outro processo, como questão principal ou como questão prévia."⁵³⁵

Por fim, propõe sejam acolhidas propostas de alterações legislativas, objetivando a melhora do sistema, tendo em vista que reconhece a existência do problema da "instabilidade que a relativização da coisa julgada pode gerar."⁵³⁶

Nessa linha, sugere quatro alterações legislativas: *I* - o acréscimo de um novo inciso ao art. 485 do Código de Processo Civil, estabelecendo-se que a "sentença de mérito transitada em julgado poderia ser rescindida quando ofendesse norma constitucional; *II* - a criação de um novo parágrafo ao mesmo art. 485, do CPC, com a seguinte redação: "a sentença de mérito transitada em julgado que ofende a Constituição só deixa de produzir efeitos após rescindida na forma prevista neste Capítulo, permitida a concessão, pelo relator, de medida liminar que suspenda temporariamente seus efeitos se houver o risco de que sua imediata eficácia gere dano grave, de difícil ou impossível reparação, sendo relevante a fundamentação da demanda rescisória."; *III* - a adição de outro parágrafo ao art. 495, do CPC, que estabeleceria que "sendo a ação rescisória fundada em violação de norma constitucional o Direito à rescisão pode ser exercido a qualquer tempo, não ficando sujeito ao prazo decadencial previsto neste artigo."; e *IV* - revogação do art. 741, do CPC, "que se tornaria incompatível com as novas regras adotadas."⁵³⁷

Defende suas sugestões salientando que "a grande vantagem do modelo que ora se propõe de *lege ferenda* sobre o que se tem hoje, de *lege lata*, é que assim se tornaria inviável que um juízo de primeira instância fosse capaz de desconstituir uma decisão do Superior Tribunal de Justiça, só para figurar um exemplo."⁵³⁸

E, finalizando, aponta FREITAS CÂMARA não ser "razoável que um juízo de primeira instância possa, como hoje pode, em embargos do executado, desconstituir até mesmo as decisões do Supremo Tribunal Federal", entendendo que "uma decisão de um Tribunal e que já tenha alcançado a autoridade de coisa julgada só

⁵³⁵ *Id. Ibid.*, p. 19.

⁵³⁶ *Id. Ibid.*, p. 20.

⁵³⁷ *Id. Ibid.*, p. 20.

⁵³⁸ *Id. Ibid.*, p. 20.

deve ser passível de desconstituição pelo próprio Tribunal que a proferiu, adotando-se para tanto o regime que no Direito brasileiro sempre se aplicou à "ação rescisória".⁵³⁹

SEGIO BERMUDES também se agrega àqueles que defendem a "relativização da coisa julgada". Em seu artigo "Sindérese e Coisa Julgada Inconstitucional", apesar de trazer sérios questionamentos acerca da aplicabilidade da tese, posiciona-se a favor da revisão da sentença inconstitucional, mesmo após o trânsito em julgado⁵⁴⁰.

O eminente advogado, preocupado com as questões práticas, traz os seguintes questionamentos acerca da matéria:

Façam-se algumas indagações de ordem prática e já se verá a complexidade do problema: será admissível, por exemplo, a ação declaratória de nulidade da coisa julgada dita inconstitucional contra acórdão do STF, guarda da Constituição (art. 103), que, julgando, o mérito do recurso extraordinário da alínea a do art. 102, III, da Carta, lhe negar provimento, decidindo a questão constitucional? Procedente, por sentença transitada em julgado, a ação declaratória, na qual se afirmou e reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei, e, conseqüentemente, da coisa julgada da sentença que a aplicou, pode a coisa julgada, formada nesta ação, ser objeto de nova ação declaratória, se o STF decidir, em controle direto, pela constitucionalidade da mesma lei? Se se pode simplesmente ignorar a coisa julgada inconstitucional e repetir-se a ação anterior, caberá a propositura de sucessivas ações declaratórias das sentenças que decidirem no mesmo sentido da sentença primitiva? Se a inconstitucionalidade de uma sentença a faz nula, não fará igualmente nula a sentença de improcedência da ação declaratória de nulidade, permitindo que também contra esta se ajuíze ação declaratória, e assim sucessivamente? A procedência da ação declaratória, ou constitutiva, acarreta o desfazimento dos atos de efetivação desta, ou de execução da primeira? A improcedência de ação declaratória de nulidade da coisa julgada inconstitucional acarreta a perempção de outra ação de nulidade? Impede arguição de exceção dessa nulidade noutros processos? Aceita a tese da possibilidade de impugnação, por meio de ação declaratória, da coisa julgada inconstitucional, deve-se admitir também o ajuizamento dessa ação para a declaração de nulidade da sentença de improcedência da ação declaratória anterior? Acolhida esta segunda ação por sentença transitada em julgado, pode-se com base nela, repetir a primeira ação de nulidade? Diante da propositura de tantas ações, como ficam as partes, obrigadas a arcar com os encargos, incômodos e incertezas de cada processo, mormente se, ao contrário do que acontece na ação rescisória (CPC, art. 488, II, que obriga ao depósito de 5% do valor da causa), não há sanção específica para dissuadir o interessado da propositura da ação temerária e aventurosa?⁵⁴¹

⁵³⁹ *Id. Ibid.*, p. 20.

⁵⁴⁰ BERMUDES, Sérgio. Sindérese e coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 233 – 240.

⁵⁴¹ *Id. Ibid.*, p. 236 – 238.

Feitas as várias indagações, BERMUDES já demonstra a dificuldade prática da "relativização da coisa julgada". Porém, é em outra breve passagem que o Autor sintetiza o problema:

Não se sabe até onde a entronização da tese da vulnerabilidade da coisa julgada inconstitucional abalará e afrontará o instituto da coisa julgada. Não se pode dizer até que ponto grassarão as ações de nulidade lotéricas ou cavaliosas, num país onde ainda rareia a aplicação de sanções às demandas temerárias.⁵⁴²

Tendo em vista a forma clara com a qual SÉRGIO BERMUDES encara as dificuldades da "relativização" da *res iudicata*, poderia transparecer que o mesmo fosse contrário à tese.⁵⁴³ Contudo, de maneira igualmente transparente, aponta que nas "situações (...) de frontal desrespeito da coisa julgada à Constituição da República" a sentença deverá ser tida por nula, eis que, em suas palavras, "admitida a tese da coisa julgada inconstitucional, não será difícil acolher, para todos os fins, a alegação da nulidade da sentença porquanto, como qualquer outro ato do poder público, ela deve ser conforme com a Carta Política."⁵⁴⁴

Mas não é só. Para o jurista, também "naqueles casos aberrantes, absurdos, visivelmente imorais, injustos, em que a contrariedade não for manifesta pela ofensa à literal disposição do texto constitucional, a sindérese levará o juiz (...) a repudiar o ato, fazendo incidir normas e princípios constitucionais abrangentes, como os da ampla defesa, do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade."⁵⁴⁵

E, por fim, finaliza suas observações quanto ao tema, concluindo que "no atual estágio do pensamento jurídico e da administração da justiça, o casuísmo continuará dominando, como revela a jurisprudência."⁵⁴⁶

Ainda dentro do grupo daqueles que, de uma forma ou outra, defendem a "relativização da coisa julgada material" aparecem juristas que, apesar de não tratarem do tema sob uma perspectiva abrangente, restringem-se à análise da

⁵⁴² *Id. Ibid.*, p. 236.

⁵⁴³ *Id. Ibid.*, p. 236 – 237.

⁵⁴⁴ *Id. Ibid.*, p. 240.

⁵⁴⁵ *Id. Ibid.*, p. 240.

⁵⁴⁶ *Id. Ibid.*, p. 240.

inexigibilidade das sentenças inconstitucionais, na forma do parágrafo único, do art. 741 ou § 1º, do art. 475-L, ambos do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Dentre estes juristas destaca-se o Professor e Ministro do Col. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TEORI ALBINO ZAVASCKI, que trata do tema em artigo denominado "Sentenças Inconstitucionais: Inexigibilidade"⁵⁴⁷.

O eminente Magistrado analisa duas correntes de pensamento antagônicas, desde aqueles que "consideram o dispositivo inconstitucional, por ofensa ao princípio da coisa julgada" até aqueles outros que consideram "insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado."⁵⁴⁸

Feito o exame das posições em cada extremo, posiciona-se ZAVASCKI, juntamente com outros que, valendo-se da máxima romana "*in medio virtus*", estão "entre as duas citadas correntes". Entende que "a constitucionalidade da norma inserta no parágrafo único do art. 741 do CPC e no § 1º do art. 475-L do CPC decorre do seu significado e da sua função."⁵⁴⁹ E, prossegue afirmando que:

Até o seu advento, o meio apropriado para rescindir tais sentenças era o da ação rescisória (art. 485, V). Agora, para hipóteses especialmente selecionadas pelo legislador, conferiu-se força semelhante à impugnação e aos embargos à execução. Não há inconstitucionalidade alguma nisso.⁵⁵⁰

Ressalta, contudo, ZAVASCKI que "os preceitos normativos comentados não têm a força e nem o desiderato de solucionar, por inteiro, todos os possíveis conflitos entre os princípios da supremacia da Constituição e da coisa julgada."⁵⁵¹ Resume seu ponto de vista acerca do tema, assentando o seguinte:

⁵⁴⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 511 – 526.

⁵⁴⁸ *Id. Ibid.*, p. 512 – 513.

⁵⁴⁹ *Id. Ibid.*, p. 514 – 515.

⁵⁵⁰ *Id. Ibid.*, p. 515.

⁵⁵¹ *Id. Ibid.*, p. 515.

Em suma, a inexigibilidade dos títulos executivos judiciais, prevista no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741, está submetida aos seguintes pressupostos: a) que a sentença exequenda esteja fundada em norma inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), seja por aplicar norma em situação ou com um sentido tidos por inconstitucionais (2ª parte do dispositivo); e (b) que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso, independentemente de resolução do senado, mediante declaração de inconstitucionalidade com redução do texto ou, ainda, mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte). Estão de fora do âmbito do material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g., quando o título executivo: a) deixou de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicou dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixou de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; d) aplicou preceito normativo que o STF considerou revogado ou não – recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora. Também estão fora do alcance daqueles preceitos normativos as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade neles referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. Os dispositivos, todavia, podem ser invocados para inibir o cumprimento de sentenças executivas *lato sensu*, as quais têm aplicação subsidiária.⁵⁵²

De forma semelhante, porém sensivelmente mais crítica à chamada "relativização" da coisa julgada, ARAKEN DE ASSIS, apesar de contrariado, admite a validade dos dispositivos recentes (art. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, do CPC) que possibilitam a alegação de inexigibilidade das sentenças tidas por inconstitucionais pelo STF⁵⁵³.

Ao tratar do que chama de "flagrante declínio e retrocesso do valor constitucional da segurança jurídica", o eminente Processualista Gaúcho afirma que, "tornou-se corriqueiro afirmar que a eficácia de coisa julgada cederá passo, independentemente do emprego da ação rescisória ou da observância do prazo previsto no art. 485, em algumas hipóteses."⁵⁵⁴ E, seguindo o tom crítico, alerta que:

Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto a priori, barrará o vencido de desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos

⁵⁵² *Id. Ibid.*, p. 525 – 526.

⁵⁵³ ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 4, p. 9 – 28, jul. 2003.

⁵⁵⁴ *Id. Ibid.*, p. 13.

quais o órgão judiciário de primeiro grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, o pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição e baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior.

Por tal motivo, mostra-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e de hierarquia judiciária. Ademais, os litígios jamais acabarão, renovando-se, a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou aquele princípio constitucional. (...)⁵⁵⁵

Nesta perspectiva de enfraquecimento da segurança jurídica e da coisa julgada, como reconhece o próprio ARAKEN, "situa-se o disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC".⁵⁵⁶

Em que pesem as severas ressalvas e críticas, bem como a confessada "má vontade inicial com o art. 741, parágrafo único", o Processualista, admite a constitucionalidade do dispositivo, eis que "cabendo à lei infraconstitucional estabelecer quando e em que hipóteses há coisa julgada, também poderá instituir seu desaparecimento perante eventos contemporâneos ou supervenientes à emissão do pronunciamento apto a gerá-la."⁵⁵⁷

Sobre as possíveis vantagens e desvantagens da regra, ARAKEN DE ASSIS vê utilidade à "relativização da eficácia de coisa julgada" na seara "das relações individuais homogêneas", entendendo que "não se compreende, e dificilmente se tolerará, que um servidor receba determinada vantagem pecuniária, enquanto os demais não, porque, apesar de inconstitucional, a lei que a concedeu, a ação daquele transitou em julgado, por qualquer motivo afeto à álea natural dos trâmites judiciários". Por outro lado, lhe parece "contraproducente sua incidência nas relações privadas, *tout court*, nas quais nenhuma necessidade há de uniformidade".⁵⁵⁸

Conclui seu artigo assentando que "parece pouco provável que as vantagens da justiça do caso concreto se sobreponham à desvantagens da insegurança geral."⁵⁵⁹

⁵⁵⁵ *Id. Ibid.*, p. 13 – 14.

⁵⁵⁶ *Id. Ibid.*, p. 14.

⁵⁵⁷ *Id. Ibid.*, p. 15.

⁵⁵⁸ *Id. Ibid.*, p. 25.

⁵⁵⁹ *Id. Ibid.*, p. 28.

3.6. a posição dos Ministros do STF em favor da "relativização da coisa julgada"

Ao tratarmos da *"impugnação da sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo STF (art. 475-L, II, § 1º e 741, II, parágrafo único, CPC)"*, constante do item "2.4" do presente trabalho, adiantamos que, *"o plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em data recente - 24.03.2010 -, através de pronunciamento inédito e ainda não oficial, eis que o julgamento ainda não se encerrou, começou a tratar especificamente sobre o tema em comento."* Como já antecipado, *"trata-se do julgamento do RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 590.880, em que é recorrente a UNIÃO e recorrido o SINDICATO DOS SERVIDORES DA JUSTIÇA ELEITORAL DO CE, sendo relatora a Ministra ELLEN GRACIE."*⁵⁶⁰

Passa-se, agora, a tratar do importante precedente, pormenorizando-se as posições e argumentos de cada um dos Ministros da SUPREMA CORTE que se pronunciaram sobre o tema.

No caso, objetiva a UNIÃO, através do R.E., a revisão de acórdão do TST que deixou de reconhecer a incompetência da justiça do trabalho para promover a execução proposta por servidores públicos civis, e, conseqüentemente, prover RECURSO DE REVISTA, porque tal entendimento importaria em ofensa à coisa julgada.

A UNIÃO pretende, portanto, desconstituir a coisa julgada, alegando afronta aos dispositivos constitucionais atinentes à competência (art. 105, I, d e 114, ambos da CF), e destacando que a "sentença exequenda por ser contrária a interpretação do STF" seria inexigível. Ressalta, ainda, que, nos termos do art. 844, § 5º, da CLT, "considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados

⁵⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 1ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=cdtif2n_qhE&feature=PlayList&p=0FDA0B9170FCC14F&playnext_from=PL&index=0&playnext=1>. Acesso em: 25 mar. 2010; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYyIs&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal."⁵⁶¹

Por ter o § 5º, do art. 884, da CLT, redação praticamente idêntica ao parágrafo único, do art. 741, e § 1º, do art. 475-L, ambos do CPC, a discussão havida quando do julgamento do RE 590.880⁵⁶², muito interessa ao presente trabalho.

Seguem, portanto, de forma detalhada a posição dos Ministros favoráveis à "relativização da coisa julgada", nos moldes do artigo 884, § 5º da CLT, que, como visto, tem redação praticamente idêntica ao parágrafo único, do art. 741, e § 1º, do art. 475-L, ambos do CPC.

A MINISTRA ELLEN GRACIE:

A Eminente Ministra Relatora do RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 590.880, no que pertine à possibilidade de atribuição dos efeitos rescisórios aos embargos, nos termos do § 5º, do art. 884, da CLT, iniciou seu voto, pelo exame se o mencionado dispositivo afrontaria ou não o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Política.⁵⁶³

⁵⁶¹ texto acrescentado pela MP nº 2.180-35, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001.

⁵⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 1ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=cdttf2n_qhE&feature=PlayList&p=0FDA0B9170FCC14F&playnext_from=PL&index=0&playnext=1>. Acesso em: 25 mar. 2010; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYyis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010. Decisão: Após o voto da Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora), conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário para declarar a incompetência da Justiça Trabalhista em relação ao período posterior à instituição do regime jurídico único (Lei nº 8.112/90) e, em relação ao período anterior, declarar a insubsistência do título executivo judicial, tal como previsto no artigo 884, § 5º da CLT, no que foi acompanhada pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski; após os votos dos Senhores Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Cezar Peluso, negando provimento ao recurso, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, negando-lhe provimento e declarando a inconstitucionalidade do artigo 884, § 5º da CLT, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Falaram, pela União, o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da União e, pelo recorrido, o Dr. Stênio Campelo Bezerra. Plenário, 24.03.2010.

⁵⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 1ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=cdttf2n_qhE&feature=PlayList&p=0FDA0B9170FCC14F&playnext_from=PL&index=0&playnext=1>. Acesso em: 25 mar. 2010.

E, ao tratar do ponto, destacou que "o exercício absoluto de um direito fundamental quase sempre não encontra lugar na complexidade que emerge da realidade; está no campo do irreal, da utopia."⁵⁶⁴

Nesta linha, apontou que, "num estado de direito", "mesmo os direitos mais caros e indispensáveis a uma determinada coletividade não podem ter seu pleno exercício incondicionalmente, sob pena de nulificação de outros direitos igualmente fundamentais."⁵⁶⁵

Como método para solução do choque entre direitos fundamentais afirmou "a utilidade de um juízo de proporcionalidade ou de razoabilidade", asseverando que "deve passar pelo crivo dos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido stricto", tendo destacado ainda que "a restrição a direito fundamental constitucionalmente autorizada é aquela e só aquela estritamente indispensável para evitar o esvaziamento de outro direito fundamental."⁵⁶⁶

Deste modo, após assentar que os direitos fundamentais não são absolutos, passa a "averiguar, para fins de reconhecimento da sua compatibilização com a ordem constitucional vigente, se a restrição está ou não autorizada pelo art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição." E, o faz, lembrando o julgamento do RE 328.812, no qual o Col. STF apreciou a constitucionalidade da ação rescisória, para concluir que "a criação de determinadas hipóteses em que o indivíduo não possa invocar a existência de coisa julgada tem por fundamento o respeito a outros dispositivos, igualmente constitucionais."⁵⁶⁷

Lembrando, portanto, o precedente versante sobre a constitucionalidade da ação rescisória (RE 328.812), a Min. GRACIE transcreveu alguns dos seus elucidativos trechos:

O instituto da rescisória representa sobretudo uma conciliação entre os extremos do respeito incondicional à coisa julgada e a possibilidade de

⁵⁶⁴ *Id. Ibid.*

⁵⁶⁵ *Id. Ibid.*

⁵⁶⁶ *Id. Ibid.*

⁵⁶⁷ *Id. Ibid.*

reforma permanente das decisões judiciais. Sob uma perspectiva constitucional, ao analisar o instituto da rescisória, temos dois valores em confronto: de um lado a segurança jurídica, do outro, a manifestação do devido processo legal, qual seja o compromisso do sistema com a prestação judicial correta, não viciada. O instituto da rescisória atende à efetiva realização da ideia de justiça. Isto pode ser extraído das hipóteses de admissibilidade da rescisória descritas no art. 485, do CPC. Sem dúvida, de uma leitura positiva dos incisos que compõe o art. 485, depreende-se que o sistema busca, entre outros aspectos, sentenças proferidas por Juízes honestos, que sejam harmônicas com relação a outros pronunciamentos judiciais, que tenham substrato consistente e que respeitem a ordem legal objetiva, etc. Não observados tais objetivos, o sistema estabelece uma via processual de correção nas hipóteses específicas do art. 485, do CPC, ou seja, a partir da rescisória, constrói o Legislador uma espécie de válvula de segurança ou uma última via de correção para o sistema judicial, uma via restrita certamente, sujeita a prazo e a hipóteses específicas, tendo em vista aquela perspectiva de resguarda da segurança jurídica.

(...)

Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete precipuamente a guarda da Constituição, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deva ser acompanhada pelos demais Tribunais em decorrência do efeito definitivo absoluto, outorgado a sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica, mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões, com a manutenção de decisões diretamente divergentes da interpretação constitucional aqui formulada.⁵⁶⁸

A Eminente Ministra Relatora traz, ainda, os seguintes fundamentos:

A nociva manutenção de decisões divergentes do entendimento firmado por esta Corte também provoca grave insegurança jurídica, que viola o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição. Além disso, a continuidade do pagamento de parcelas que foram, depois, consideradas inconstitucionais pelo Supremo, acaba violando o princípio da isonomia e a própria competência constitucional da Corte.⁵⁶⁹

E, ao final, conclui seu voto, declarando a "inexigibilidade do título executivo judicial, tal como previsto no art. 884, § 5º, da Consolidação"⁵⁷⁰, deixando nítido seu ponto de vista no sentido de admitir a constitucionalidade da "relativização da coisa julgada" na forma da impugnação ou embargos da sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo STF.

A MINISTRA CÁRMEN LÚCIA:

⁵⁶⁸ *Id. Ibid.*

⁵⁶⁹ *Id. Ibid.*

⁵⁷⁰ *Id. Ibid.*

Segundo o r. voto da Min. Relatora, a Ministra CÁRMEN LÚCIA também admitiu a possibilidade de atribuição de efeitos rescisórios aos embargos, nos termos do § 5º, do art. 884, da CLT, regra idêntica a dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC⁵⁷¹.

Em seu curto voto, a Min. CÁRMEN não teceu considerações explícitas sobre o tema da "relativização da coisa julgada" ou "coisa julgada inconstitucional". Também não se referiu expressamente sobre os embargos contra a sentença baseada em lei tida por inconstitucional pelo STF. Porém, ao ter acompanhado o voto da Relatora, implicitamente, admitiu a validade dos embargos fundados no § 5º, do art. 884, da CLT⁵⁷².

Ademais, o mencionado voto segue a mesma linha defendida pela Magistrada em sede doutrinária. Em seu artigo "*O Princípio da Coisa Julgada e o Vício de Inconstitucionalidade*", constante do livro "*CONSTITUIÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA – DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA – estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE*", do qual é também coordenadora, CÁRMEN LÚCIA, em linhas quase poéticas, assim concluiu seu pensamento:

O que se observa como mudança no tema não chega a significar um novo conceito de coisa julgada a se aproveitar no mundo contemporâneo, menos ainda se propõe uma "nova coisa julgada" no direito brasileiro. Põe-se apenas um novo olhar sobre a coisa julgada, porque o que há por ver muda com as cores novas que a vida sempre traz e faz resplandecer a cada lance de vista.

(...)

Não se quer a insegurança, mas não se aspira à imutabilidade absoluta das coisas, atos e fatos da vida. O que se busca é a firmeza das condições segundo as quais se dá a viver todas as instituições no espaço das relações humanas e das relações jurídicas.

Há que se entender, pois, que o fim de todas as instituições de direito é a justiça, que conduz à segurança, não a certeza processual de um momento, que não se pode manter quando contrarie todos os princípios postos de justiça, dignidade e liberdade.

A invulnerabilidade dos atos estatais tem sentido e garantia no sistema constitucional contemporâneo quando corresponda a atos de direito que não violam princípios maiores, segundo os quais os homens se dão a viver na sociedade.

⁵⁷¹ *Id. Ibid.*

⁵⁷² *Id. Ibid.*

Tanto não significa que a destruição da Constituição seja permitida para fazer construir-se uma imutabilidade de decisões judiciais, tomadas segundo o querer contrário ao direito, negador de suas normas, amparo dos excluídos de liberdades constitucionais. A Constituição abre-se para a Justiça, como o Direito estende-se para abrigar acertos, nos quais se acolham a certeza justa dos homens de que o sistema jurídico é abrigado, não desamparado.

Coisa julgada para a Constituição é a decisão de direito proferida judicialmente, não se podendo assim considerar o que se formaliza e aparenta direito, que, no entanto, assim não pode ser tido por errante e falo de Constitucionalidade a respaldar-lhe o fundamento e a operância.⁵⁷³

Assim, demonstra a Min. CÂRMEN LÚCIA seu posicionamento no sentido, não apenas de admitir a constitucionalidade da regra atinente aos embargos fundados em lei tida por inconstitucional pelo STF, como também no que se refere à possibilidade de "relativização da coisa julgada material", quando houver contrariedade à dispositivo constitucional.

O MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI:

Como já afirmado, também o Min. RICARDO LEWANDOWSKI, acompanhou o voto da Min. Relatora. E, apesar de não ter expressado qualquer consideração sobre o tema dos embargos com efeitos rescisórios ou sobre a chamada "relativização da coisa julgada", admitiu a validade do disposto no § 5º, do art. 884, da CLT, ainda que implicitamente⁵⁷⁴.

O MINISTRO GILMAR MENDES:

Apesar de ter pedido vista e, portanto, ainda não ter apresentado seu voto, o Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES já teceu uma série de considerações em defesa

⁵⁷³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____, *CONSTITUIÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA – DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA – estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 191.

⁵⁷⁴ Especificamente sobre o tema, apenas destacou Sua Excelência (Min. LEWANDOWSKI), na discussão travada entre os Ministros quando do julgamento do feito, que "o acórdão que diz respeito à execução, não transitou ainda em julgado. Embora ele tenha data de 11 de junho de 2007, a União interpôs um Recurso Extraordinário, portanto, não havia trânsito em julgado". Ocorre que, como esclarecido imediatamente pelo Min. peluso, a Corte está discutindo o tema "porque o acórdão do processo de conhecimento transitou em julgado. Fora disso, nós não teríamos coisa julgada. O acórdão que está sendo discutido e que ainda não transitou em julgado é o da execução. O da coisa julgada, esse já se deu há muito tempo." In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

da constitucionalidade da regra do art. 884, § 5º, da CLT, no mesmo sentido dos arts. 741, parágrafo único e 475-L, § 1º, ambos do CPC⁵⁷⁵.

Inicialmente, sobre a urgência e relevância que justificariam a edição da medida provisória que ensejou a criação das referidas regras, o Min. teceu as seguintes considerações:

(...) Eu conheço bem esse assunto, porque eu o vivenciei, na época, na Casa Civil.

Esse dispositivo segue também a mesma regra do 741, do Código de Processo Civil, e também a mesma regra que também inspirou vários processualistas, inclusive o Professor, Min. Teori Zavascki, que fez parte da Comissão a incorporar isto hoje, pacificamente, no Código de Processo Civil. Está isto pacificado. É, no contexto em que ela foi criada havia urgência. No fundo, o que nós tínhamos? Nós estamos a falar aqui, em geral, de situações de difícil acompanhamento. Era um quadro de desestruturação da advocacia pública. Nós temos aí, vários, vários escândalos neste sentido.

No Brasil, nós tínhamos algo em torno de 180 autarquias com Corpos Jurídicos próprios, que não respondiam, não conseguiam responder e, às vezes eram induzidas a responder, a essas demandas. Há vários casos. Há processos administrativos em tramitação. Eu até já usei esta expressão forte.... dizendo que era um caso notório de estelionato pelo via judicial.

Portanto, foi nesse contexto que essas normas foram editadas.⁵⁷⁶

E, sobre a própria possibilidade de se conferir nova disciplina infraconstitucional ao instituto da coisa julgada, tal como ocorre pela regra do art. 884, § 5º, da CLT ou art. 741, parágrafo único, do CPC, o Min. GILMAR MENDES assentou que "estender o prazo da ação rescisória, ou criar uma causa de rescisão, ou mesmo, dar aos embargos à execução efeitos rescisórios, parece cabível dentro do sistema, sobretudo com este fundamento, o da inconstitucionalidade", concluindo que a ideia de coisa julgada não seria "algo absoluto" e o que a "Constituição garante é a existência do instituto."⁵⁷⁷

Nessa linha, para o Ministro MENDES, o que se poderia discutir, no caso, "é se (...) a Lei poderia não se aplicar ao caso, porque quando do trânsito em julgado, da

⁵⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁵⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁵⁷⁷ *Id. Ibid.*

decisão, não havia legislação tratando deste tema"⁵⁷⁸, porém, não se poderia questionar a própria validade da norma que "relativiza" a coisa julgada.

Ressaltou, ainda, o eminente Constitucionalista que a regra da relativização da coisa julgada através dos embargos da sentença inconstitucional não seria privilégio apenas do Estado, podendo se dar "em favor de qualquer um", inclusive "nas relações privadas"⁵⁷⁹.

Acrescentou ao debate, também, o problema da "assincronia entre o momento da decisão e o momento em que se verifica a inconstitucionalidade", destacando o seguinte:

Há decisões sobre um dado tema, elas transitam em julgado, e, depois, ocorre o que? Ocorre, por exemplo, uma decisão da Corte Constitucional dizendo que aquela lei, com base na qual se garantiu um direito, ela é inconstitucional. E muitas vezes, como ocorre que vários casos, o trânsito em julgado já se fez.

(...)

Com o princípio da nulidade da lei inconstitucional, afirmando-se que, nesses casos, em que há uma sentença trânsita em julgado, com base em uma lei declarada inconstitucional, ou uma interpretação declarada inconstitucional, seria possível, não agora a rescisória, até porque disto não se cuida mais, muitas vezes os anos de prazo para rescisória já se passaram, e, de fato, há uma assincronia entre o momento da decisão e o momento em que se verifica a inconstitucionalidade. Nestas hipóteses, caberão os chamados embargos à execução,⁵⁸⁰ ou a oponibilidade contra a coisa julgada, assim chamada inconstitucional.⁵⁸¹

Tratando da "chamada coisa julgada inconstitucional", afirmou que "não se trata de uma cláusula qualquer, mas o dispositivo, o 741, o 884, se inspira no princípio da nulidade da lei inconstitucional", estando contido, "no § 79, da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã"⁵⁸¹.

E, ao tratar da utilidade da norma, argumentou com a experiência referente aos "casos de massa", tal como ocorreu com o "debate sobre o FGTS":

Nos vamos encontrar inúmeros casos em que o Tribunal rejeita o recurso extraordinário, por se considerar que o debate constitucional não se fez de forma adequada, por uma razão ou outra, decisões monocráticas, e, assim,

⁵⁷⁸ *Id. Ibid.*

⁵⁷⁹ *Id. Ibid.*

⁵⁸⁰ *Id. Ibid.*

⁵⁸¹ *Id. Ibid.*

por diante. Me lembro que isto ocorreu, por exemplo, com o caso do FGTS, até que 4 recursos, devidamente aparelhados, chegaram ao Plenário. E, mudou por completo, toda a jurisprudência. E, não é razoável que neste caso haja a revisão das decisões que transitaram em julgado e que, apenas pelas acidentalidades da tramitação do processo – nos estamos numa sociedade de massa - , se ajustem, a favor ou contra.⁵⁸²

Após trazer estes fortes argumentos, que demonstram, claramente, seu ponto de vista favorável à validade dos embargos fundados em lei tida por inconstitucional pelo STF, o Eminentíssimo Ministro GILMAR MENDES optou por "pedir vista dos autos para trazer um exame casuístico e aprofundado sobre o tema."⁵⁸³

582 *Id. Ibid.*

583 *Id. Ibid.*

3.7. síntese das teses "relativistas"

Objetivando sintetizar as teorias que cuidam, em maior ou menor grau, da "relativização da coisa julgada", busca-se agregar os pontos comuns de seus defensores e, ao mesmo passo, distinguí-los em função de eventuais discordâncias ou particularidades que apresentem seus pensamentos.

Tendo sido apontadas as principais doutrinas que acolhem, em maior ou menos extensão, a possibilidade de rever-se "atipicamente" a coisa julgada material, conclui-se, de início, não ser uniforme o pensamento de seus defensores.

Esta realidade ficou patente, principalmente levando-se em conta que foram apresentadas as teses "relativistas", partindo-se das mais radicais para as mais moderadas, chegando-se mesmo a posicionamentos que, apesar de admitirem a "relativização", na forma dos embargos contra a sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo STF (o que os coloca entre os Relativistas, ainda que moderados), tecem severas críticas à própria relativização da coisa julgada.

Inicialmente, distinguem-se os "relativistas" que minoram o valor constitucional da própria coisa julgada, dos demais que, acolhem a já assentada definição da coisa julgada como garantia constitucional.

JOSÉ DELGADO⁵⁸⁴, HUMBERTO THEODORO JR. e JULIANA CORDEIRO⁵⁸⁵ apontam para uma mitigação da força constitucional da coisa julgada.

DELGADO defende que a "coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão", eis que, sendo um "valor infraconstitucional oriundo de regramento processual"⁵⁸⁶, ou, uma "entidade definida e regrada pelo direito formal,

⁵⁸⁴ DELGADO, José Augusto. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista do Processo*, vol. 103 – Ano 26 – julho/setembro de 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

⁵⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁵⁸⁶ DELGADO, José Augusto. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais

via instrumental" jamais poderia se sobrepor "às regras postas na Constituição."⁵⁸⁷

Em linha semelhante, THEODORO JR. e CORDEIRO apontam que "o princípio da intangibilidade da coisa julgada, ainda que para aqueles que o consideram de natureza constitucional"⁵⁸⁸ não estaria "no mesmo plano de relevância que a supremacia da Constituição, pelo que consideramos inexistir um verdadeiro conflito de princípios ou valores"⁵⁸⁹, haja vista que o conflito "pressupõe que os valores estejam no mesmo plano e tenham igual relevância".⁵⁹⁰

Talvez o enfraquecimento da força constitucional da coisa julgada, explique o pensamento radical dos citados doutrinadores, na linha que "é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos."⁵⁹¹ (grifos nossos)

Parecem, contudo, estar isolados no ponto, eis que, em regra, a doutrina pátria, mesmo aquela que acolhe a "relativização da coisa julgada", entende ser a coisa julgada um instituto de envergadura constitucional.

Quanto às hipóteses ensejadoras da "relativização da coisa julgada", distinguem-se os doutrinadores em três vertentes: I – os que vêem a possibilidade de se relativizar a coisa julgada além das hipóteses de inconstitucionalidade; II – os que admitem a "relativização da coisa julgada" tão somente nos casos de inconstitucionalidade; III – e aqueles outros que somente admitem ou somente analisaram o tema nas hipóteses descritas no parágrafo único, do art. 741, do CPC, ou § 1º, do art. 475-L, do CPC, ou ainda, § 5º, do art. 884, da CLT.

Protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista do Processo*, vol. 103 – Ano 26 – julho/setembro de 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 20 – 21.

⁵⁸⁷ *Id. ibid.*, p. 20 – 21.

⁵⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua *relativização*. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 181.

⁵⁸⁹ *Id. ibid.*, p. 181.

⁵⁹⁰ *Id. ibid.*, p. 181.

⁵⁹¹ DELGADO, José Augusto. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista do Processo*, vol. 103 – Ano 26 – julho/setembro de 2001, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 13 – 15.

No primeiro grupo, aparece o Min. JOSÉ DELGADO, apontando para a possibilidade de "relativização da coisa julgada", não apenas nos casos de inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado, tais como ofensas aos princípios da legalidade e moralidade ou outros preceitos constitucionais, porém, também quando "transformar fatos não verdadeiros em reais"⁵⁹², for "veículo de injustiça, desmorne ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa(...)"⁵⁹³ Ou seja, admite possibilidades amplíssimas para a relativização da coisa julgada, em casos de inconstitucionalidade, alteração da realidade fática, injustiça, etc.

THEODORO JR., JULIANA CORDEIRO⁵⁹⁴ e DINAMARCO⁵⁹⁵, apesar de apontarem que a coisa julgada não deveria subsistir nos casos de ofensa à Constituição, dão à expressão "inconstitucionalidade" alcance tão amplo que alberga, como eles próprios apontam casos de "séria injustiça" e "vício grave", eis que absoluto somente seria o "direito justo" (THEODORO JR. e CORDEIRO), e sentenças "absurdamente lesivas" ao Estado ou "desarrazoadas" (DINAMARCO).

Assim, dada a amplitude do conceito de "inconstitucionalidade", situamos a tese de DINAMARCO e THEODORO JR. no mesmo grupo de DELGADO.

TERESA WAMBIER, MEDINA, CÂMARA e a Ministra CÁRMEN LÚCIA admitem a revisão atípica da coisa "soberanamente" julgada, mesmo que fora das hipóteses do art. 741, parágrafo único, do CPC. Ou seja, independentemente de declaração prévia do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em havendo inconstitucionalidade na sentença, esta poderia ser revista, mesmo após a incidência da coisa julgada material e do transcurso do prazo decadencial da ação rescisória, e, ainda, fora dos limites da impugnação ou embargos da sentença tida por inconstitucional por exegese do STF.

⁵⁹² *Id. ibid.*, p. 18.

⁵⁹³ *Id. ibid.*, p. 28.

⁵⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 161 – 199.

⁵⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Org.). *Coisa Julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 33-76.

Por outro lado, ZAVASCKI⁵⁹⁶, ARAKEN DE ASSIS⁵⁹⁷ e os Ministros do STF ELLEN GRACIE⁵⁹⁸, RICARDO LEWANDOWSKI⁵⁹⁹ e GILMAR MENDES⁶⁰⁰, apenas se pronunciaram favoravelmente à "relativização" na forma da impugnação ou embargos contra a sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo STF (arts. 741, parágrafo único, 475-L, § 1º, ambos do CPC e art. 884, § 5º, da CLT). Assim, os mencionados Juristas ou simplesmente não se pronunciaram ou não admitem a mitigação da *res iudicata* em outras hipóteses além daquelas ventiladas nos mencionados artigos de lei.

Enquanto esta terceira corrente tem como forma válida para a desconstituição da coisa julgada material, após o transcurso do prazo da ação rescisória, apenas os embargos ou impugnação da sentença inconstitucional (art. 741, parágrafo único, do CPC e demais correlatos), os demais Relativistas das duas primeiras linhas parecem não se preocupar muito com a forma, entendendo ser válidos vários meios e soluções processuais para desconstituir a coisa julgada a qualquer tempo.

Neste sentido, DELGADO entende que os meios de "relativização" da coisa julgada são amplíssimos, não estando sujeitos à forma ou prazo pré-definidos. Na mesma linha, DINAMARCO minimiza tal questão, afirmando que "a escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil"⁶⁰¹, entendendo que a revisão poderia ocorrer com "(a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada, (b) a resistência à execução, por meio de embargos

⁵⁹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 511 – 526.

⁵⁹⁷ ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 4, p. 9 – 28, jul. 2003.

⁵⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 1ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=cdttf2n_qhE&feature=PlayList&p=0FDA0B9170FCC14F&playnext_from=PL&index=0&playnext=1>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁵⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁶⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁶⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 38.

a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo e (c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas"⁶⁰², eis que, em sua visão, "os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada nos casos em exame."⁶⁰³

HUMBERTO JR. e CORDEIRO acrescentam os próprios embargos do art. 741, parágrafo primeiro, do CPC, além de "reconhecimento da "inconstitucionalidade da coisa julgada", "até mesmo de ofício" e "a qualquer tempo", "ação declaratória de nulidade, ou a *querela nullitatis*, se não for mais possível a ação rescisória, em virtude do prazo decadencial que o Código lhe impõe."⁶⁰⁴ e, contraditoriamente⁶⁰⁵, "ação rescisória (não sujeita a prazo)".⁶⁰⁶

A maioria da doutrina relativista fundamenta a insubsistência da coisa julgada dita inconstitucional a possibilitar sua "relativização" dentro da teoria da nulidade, eis que, "seria um caso de invalidade e não de inexistência do ato, eis que o ato decisório existiria, porém seria nulo, por contrariar a Constituição."⁶⁰⁷

DINAMARCO, de forma inédita, não discordando dos seus pares "relativistas", agrega o conceito de "impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença", na linha de que "sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis não se reputa jamais

⁶⁰² *Id. Ibid.*, p. 38.

⁶⁰³ *Id. Ibid.*, p. 39.

⁶⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *In*: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 189.

⁶⁰⁵ *Data venia*, apresenta-se contraditório o entendimento de que dever-se-ia propor ação declaratória de nulidade nos casos em que já houver transcorrido o prazo para propositura de ação rescisória, o que denota que o Autor entende dever ser respeitado o mencionado prazo decadencial. Porém, em outra passagem, alega que poderia haver a propositura da ação rescisória mesmo após o referido prazo. Ou o prazo deve ser respeitado, ou poderá ser o mesmo relevado. Destaque-se que entendemos dever ser respeitado o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória.

⁶⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *In*: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 189.

⁶⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *In*: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 186 – 187.

coberta pela res judicata, porque não tem efeitos suscetíveis de ficarem imunizados por essa autoridade."⁶⁰⁸

O traço comum entre todos os ditos "relativistas" desde os mais extremados até os mais reticentes é o entendimento que a coisa julgada material não é uma garantia absoluta, podendo ser revista, inclusive fora dos limites e prazo da ação rescisória, visando atender ao valor justiça.

Ademais, a aceitação desta premissa foi o marco distintivo entre "relativistas" e "não – relativistas" utilizado no presente trabalho monográfico.

⁶⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 29.

4. CRÍTICA À "RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA"

4.1. premissas iniciais

As teses da "relativização da coisa julgada" ou da "coisa julgada inconstitucional" não ficaram imunes a questionamentos e críticas.

Juristas do porte de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁶⁰⁹, NELSON NERY JÚNIOR⁶¹⁰, OVÍDIO BAPTISTA⁶¹¹, LUIZ GUILHERME MARINONI⁶¹², FREDIE DIDIER JÚNIOR⁶¹³, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON⁶¹⁴, dentre outros, tecem severas críticas a possibilidade de que, com base em alegações como "grave injustiça", "inconstitucionalidade" ou "falta de razoabilidade", se possa, a qualquer tempo e sem forma definida, alterar a sentença transitada em julgada.

Seguem os posicionamentos dos principais juristas que criticam a "relativização da coisa julgada", em suas diversas facetas e vertentes. Também o entendimento dos Eminentes Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que já tem se posicionado contrariamente à "relativização da coisa julgada" são analisados.

Assim, à luz das teses relativistas em confronto com as posições críticas, busca-se uma síntese conclusiva acerca do tema da possibilidade de se flexibilizar atipicamente o instituto da coisa julgada material.

⁶⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização da coisa julgada material". *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 377, janeiro - fevereiro de 2005, p. 43-61.

⁶¹⁰ DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2., p. 505.

⁶¹¹ *Id. Ibid.*, p. 506.

⁶¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. 2. Processo de Conhecimento. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 696 - 697.

⁶¹³ DIDIER Jr., Fredie *et al.* *Loc.cit.*, p. 504-509.

⁶¹⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único, do CPC). *Revista de Processo*, Ano 31, n. 141, novembro de 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20-52.

4.2. a doutrina de LUIZ GUILHERME MARINONI

LUIZ GUILHERME MARINONI⁶¹⁵ trata do tema da "relativização da coisa julgada material de forma bastante crítica.

Lembrando que a "coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário", MARINONI cita a lição de Rosenberg-Schwab-Gottwald, no sentido de que "a coisa julgada material é consequência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito".⁶¹⁶

Assim, com todo acerto, leciona que "de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente" e "se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada."⁶¹⁷

Nessa linha, o Processualista critica a tese de que "a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei, possa ser vista como um adequado fundamento" para se relativizar a coisa julgada material, aduzindo que o "próprio sistema parte da ideia de que o juiz deve decidir" de modo correto e justo, porém, "não ignora – nem poderia" ignorar que o sistema pode falhar, "tanto é que prevê a ação rescisória, (...) em casos tipificados pela lei."⁶¹⁸

Consoante MARINONI, tendo-se percebido que existe uma "inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema", foram criadas "hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida", buscando-se, deste modo, "a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da

⁶¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. 2. Processo de Conhecimento. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 677 – 697.

⁶¹⁶ "Materielle Rechtskraft ist notwendige Folge des Rechts auf Rechtsschutz durch die Gerichte. Sie findet ihre verfassungsgemäße Verankerung im Rechtsstaatsprinzip" In: Rosenberg-Schwab-Gottwald, *Zivilproßrecht*, 15.^a ed.. München: Verlag C.H. Beck, 1993, p. 915, *Apud* MARINONI, *op. cit.*, p. 678

⁶¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. 2. Processo de Conhecimento. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 679.

⁶¹⁸ *Id. Ibid.*, p. 679.

tarefa jurisdicional", sem se "eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos" que são indispensáveis à "efetividade do direito de acesso aos tribunais, à segurança e à estabilidade da vida das pessoas."⁶¹⁹

Assim, após criticar as teses relativistas, o Jurista traz importantes considerações acerca da questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do STF sobre a coisa julgada. Para MARINONI "o que importa é saber se a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pode retroagir para atingir a coisa julgada material."⁶²⁰

Acerca do ponto, lembrando a doutrina de CLÈMERSON MERLIN CLÈVE na linha de que "a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade", e também a lição de GILMAR FERREIRA MENDES, para quem "o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla "uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada", eis que "a pronúncia de inconstitucionalidade não faz *tabula rasa* da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional", conclui que "a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar - aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade", eis que "já era imune a tais efeitos"⁶²¹.

Sobre a experiência de Portugal, MARINONI, citando JORGE MIRANDA, destaca que "o sistema da Constituição portuguesa é expresso no sentido de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada". Na mesma linha, cita CANOTILHO, para quem "quando a Constituição (art. 282º /3) estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a *imperturbabilidade* das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional".⁶²²

Deste modo, MARINONI entende não ser possível a retroatividade da decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sobre a coisa julgada. E, nesta perspectiva, vai além, asseverando não ser

⁶¹⁹ *Id. Ibid.*, p. 679.

⁶²⁰ *Id. Ibid.*, p. 679.

⁶²¹ *Id. Ibid.*, p. 681.

⁶²² *Id. Ibid.*, p. 682-683.

possível a revisão da sentença transitada em julgada que se lastreou em lei tida pelo STF por inconstitucional, nem mesmo em sede de ação rescisória:

Portanto, se não se quer negar a importância da coisa julgada, não é possível aceitar como racional a tese de que a ação rescisória pode ser utilizada como um *mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição voltado para o passado*. Como é sabido, o art. 485, V, do CPC, afirma que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando "violar literal disposição de lei". Trata-se de hipótese que, em uma interpretação ajustada àquele que não se conforma com a decisão transitada em julgada, pode simplesmente eliminar a garantia constitucional da coisa julgada material. Ou seja, se o surgimento de interpretação divergente em relação a que foi dada pela decisão transitada em julgado puder implicar na admissão de violação de disposição de lei para efeito de ação rescisória, estará sendo desconsiderado exatamente o que a coisa julgada quer garantir, que é a estabilidade da decisão jurisdicional e a segurança do cidadão.⁶²³

E, se MARINONI critica a tentativa de aplicação retroativa de entendimento do STF para desconstituir a coisa julgada, mesmo dentro do prazo da ação rescisória, o que dizer da hipótese do art. 741, parágrafo único, do CPC, que, tal como posta no CPC, não estaria sujeita a prazos ?

Sobre o parágrafo único, do art. 741, do CPC e demais correlatos (art. 475-L, § 1º, do CPC e 884, § 5º, da CLT) destaca MARINONI que estes se baseiam "em uma falsa suposição de que os embargos do executado devem servir para manter a uniformidade das decisões jurisdicionais, como se a coisa julgada fosse um valor menor e insignificante", e, tendo em vista "sua natureza de princípio constitucional, que se impõe sobre as normas infraconstitucionais que a tentem invalidar", não vacila o Autor em caracterizar "essa norma como inconstitucional."⁶²⁴

E, para que não pare qualquer dúvida, aponta que "a tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional" traz dois sérios problemas, eis que, de um lado, "não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio -," como, de outro, "também parece ser uma tese fundada na ideia de impor um controle sobre as situações pretéritas."⁶²⁵

⁶²³ *Id. Ibid.*, p. 684.

⁶²⁴ *Id. Ibid.*, p. 688.

⁶²⁵ *Id. Ibid.*, p. 687.

Na sequência, MARINONI trata de hipóteses comumente tratadas pela doutrina "relativista", sob o enfoque da "falta de identificação entre o afirmado na sentença e a realidade." Trata expressamente dos casos de condenações exorbitantes contra a Fazenda Pública e da ação de investigação de paternidade, cuja conclusão, posteriormente, é contrariada por exame da DNA.⁶²⁶

Logo de início, desmente a tese de DINAMARCO no sentido de que "no direito americano importa mais a realidade que a estabilidade". Trazendo doutrina norte-americana abalizada, no sentido de que "o propósito de um processo judicial não é somente fazer justiça material, mas trazer um fim à controvérsia. É importante que os julgamentos da Corte tenham estabilidade e certeza."⁶²⁷

Sobre os casos em que a Fazenda Pública é condenada a pagar quantia que julga exorbitante, entende o Processualista que "nenhuma das teorias que tratam do tema enfrentou a questão do art. 474 do CPC, princípio basilar de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível". Ademais, se o laudo, por exemplo, "tiver se fundado em prova falsa, caberá ação rescisória, em conformidade com o art. 485, VI do CPC." Contudo, como lembra o Mestre, "há nítida e gritante diferença entre perícia que se serviu de prova falsa e perícia que chegou a um resultado destoante daquele que se poderia chegar através de nova prova pericial."⁶²⁸

Já, quanto ao exame de DNA capaz de alterar o resultado da sentença da ação de investigação de paternidade, MARINONI ressalta que poderia caber ação rescisória fundada no art. 485, VII, do CPC, eis que "nos casos em que a investigação de paternidade ocorreu na época em que o exame de DNA ainda não existia, não há dúvida que o laudo de DNA pode ser equiparado a um "documento novo"⁶²⁹.

⁶²⁶ *Id. Ibid.*, p. 688-691.

⁶²⁷ "The purpose of a lawsuit is not only to do substantial justice but to bring an end to controversy. It is important that judgements of the court have stability and certainty" *In: Fleming James Jr., Geoffrey C. Hazard Jr., John Leubsdorf, Civil Procedure*, 4.^a ed.. Boston: Little, Brown and Company, 1992, 581) *Apud*, MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso (...)*, p. 689.

⁶²⁸ *Id. Ibid.*, p. 689.

⁶²⁹ *Id. Ibid.*, p. 689-690.

Conduto, como destaca MARINONI⁶³⁰, o tema tem contornos bem mais complexos, eis que além do problema do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, ainda há o relevantíssimo aspecto do vínculo sócio – afetivo entre os indivíduos, que certamente ficaria abalado acaso se se pudesse, indefinidamente, rever as conclusões acerca das ligações familiares, eis que, "a eternização da possibilidade da revisão da coisa julgada pode estimular a dúvida e, desse modo, dificultar a estabilização das relações."⁶³¹

Deste modo, sobre o problema da sentença transitada em julgada contrária ao exame de DNA, define MARINONI que "seria correto concluir que a sentença da ação de investigação de paternidade somente pode ser rescindida a partir de prazo contado da ciência da parte vencida sobre a existência do exame de DNA", o que, como reconhece, demandaria "a imediata intervenção legislativa."⁶³²

Ato contínuo, o notável processualista passa a analisar a tese de aplicação do princípio da proporcionalidade e do juízo de ponderação para as situações em que se pretende desconstituir atipicamente e sem prazo a coisa julgada⁶³³. Sobre o ponto, inicia afirmando que "a proporcionalidade, nesse caso, não poderia ser pensada como adequação ou necessidade, mas como proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, como regra hermenêutica que seria capaz de solucionar as situações de choque entre a manutenção da coisa julgada e a proteção de bem que torne indispensável a revisão do julgado." Nesta linha, "seria o caso (...) de aplicar um método de "ponderação" dos bens" (...), lembrando-se que, enquanto "ponderar" é o mesmo do que "sopesar para definir o bem que deve prevalecer", harmonizar

⁶³⁰ "Entretanto, se o prazo não pode ser contado a partir do trânsito em julgado da sentença que se quer impugnar, porque não se trata de algo que já existia na época do processo extinto, mas de um meio que passou a existir não se sabe quanto tempo após o trânsito em julgado, aparece uma nova questão: é certo deixar que o vencido na ação de investigação de paternidade, seja autor ou réu, possa rever a sentença a qualquer tempo, sem subordiná-lo a qualquer prazo? Será que a biologia não estaria se sobrepondo à própria necessidade da definição da relação de filiação, a qual é imprescindível para o surgimento do afeto necessário para a vida entre pai e filho, ou mesmo tornando indefinida a vida das pessoas? Perceba-se que a eterna abertura à discussão da relação de filiação consistiria algo que sempre estaria a estimular a desconfiança dos envolvidos⁶³⁰. Porém, é claro que, mesmo em relação à investigação de paternidade, o estabelecimento de prazo para a rescisão da sentença é um imperativo da natureza do ser humano e da vida em sociedade e, assim, da própria necessidade da jurisdição." In: *Id. Ibid.*, p. 690.

⁶³¹ *Id. Ibid.*, p. 691.

⁶³² *Id. Ibid.*, p. 691.

⁶³³ *Id. Ibid.*, p. 691-696.

"indica a necessidade de contemporizar para assegurar a aplicação coexistente dos princípios em conflito."⁶³⁴

Para MARINONI, na linha de que "a ponderação somente deve ser utilizada em situações excepcionais, em que não exista outra alternativa", não seria o caso de aplicar-se a ponderação ou mesmo a proporcionalidade no que se refere à coisa julgada. Explica, utilizando os dois exemplos já mencionados: I - caso do DNA, e II - da condenação contra a Fazenda Pública:

Para se aceitar como plausível a alusão à proporcionalidade em face da ação de investigação de paternidade, a contraposição não estaria sendo feita entre o direito à descoberta da relação de filiação e a coisa julgada material em abstrato, mas no caso concreto, considerado o surgimento do meio técnico do DNA como capaz de dar nova conformação à decisão transitada em julgado. Porém, não há qualquer possibilidade ou razão para apelo à "harmonização" quando o que está em jogo é o surgimento de meio técnico capaz de modificar o julgamento. Como já foi dito, se o exame do DNA pode alterar o julgamento que se formou na sentença acobertada pela coisa julgada, o correto é interpretar tal exame como um "documento novo" (...). Ora, se a interpretação é suficiente para realçar o significado que a regra processual deve possuir diante da descoberta do método "DNA", chega a ser incompreensível a razão para se pensar na aplicação da proporcionalidade ou da ponderação no caso de coisa julgada material.⁶³⁵

A menos que se imagine que é possível contrapor, em abstrato, um direito – ainda que protegido constitucionalmente – à coisa julgada material, como se ao juiz pudesse ser dado o poder de dizer que determinado direito não se sujeita à coisa julgada material. Ou seja, é de todo insustentável dizer, por exemplo, que a justa indenização se sobrepõe à coisa julgada material.⁶³⁶

E não seriam aplicáveis a proporcionalidade, a ponderação ou a harmonização quanto à coisa julgada, eis que:

Nesse caso, aliás, não seria nem sequer possível pensar em proporcionalidade ou harmonização, pois não há como colocar no mesmo plano um direito que foi definido pela jurisdição e a coisa julgada material. Esta última, em uma escada de valores, possui valor superlativo, não podendo ser objeto do balanceamento pretendido.⁶³⁷(...)

Note-se que a ideia de se dar ao juiz o poder de balancear um direito com a coisa julgada material elimina a essência da coisa julgada como princípio garantidor da segurança jurídica, passando a instituir um sistema aberto. Contudo, a própria razão de ser da coisa julgada impede que se imagine um sistema deste tipo, em que o juiz possa analisar, diante do caso concreto, se ela deve, ou não prevalecer.⁶³⁸

⁶³⁴ *Id. Ibid.*, p. 692.

⁶³⁵ *Id. Ibid.*, p. 692-693.

⁶³⁶ *Id. Ibid.*, p. 693.

⁶³⁷ *Id. Ibid.*, p. 693.

⁶³⁸ *Id. Ibid.*, p. 695.

Deste modo, MARINONI rejeita a tese da "relativização da coisa julgada material", demonstra que ela caminha "em sentido diretamente oposto àquele apontado pela doutrina processual contemporânea", eis que "a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a eternização dos conflitos e colaborará para o agravamento, hoje quase insuportável, da "demora da justiça". Também, "dizer que a "justa indenização" ou o "interesse público" podem se sobrepor à coisa julgada material" contraria, segundo o Autor, a tendência atual de se "retirar os prazos deferidos à Fazenda Pública, que são costumeiramente acusados de "privilégios inconcebíveis"⁶³⁹.

E, de forma perspicaz, o Processualista demonstra que "as teses da relativização não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada", eis que "admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, implica em aceitar que ele pode errar novamente, quando a ideia de "relativizar" a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça."⁶⁴⁰

MARINONI, ainda, critica as teses relativistas em função de sua inconsistência filosófica. Começa pela impressionante constatação de que "a "tese da relativização" contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por "justiça" e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema."⁶⁴¹

Aliás os "relativistas", como bem percebeu MARINONI, partem de "uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (*l'uomo della strada*)"⁶⁴². Esta singeleza, segundo o Jurista, apoiado em CANARIS⁶⁴³,

⁶³⁹ *Id. Ibid.*, p. 695.

⁶⁴⁰ *Id. Ibid.*, p. 696.

⁶⁴¹ *Id. Ibid.*, p. 696.

⁶⁴² *Id. Ibid.*, p. 696.

⁶⁴³ MARINONI (*Id. Ibid.*, p. 696.), sobre a inconsistência de uma teoria jurídica, menciona a obra de Claus Wilhelm-Canaris, *Función, estructura e falsación de las teorías jurídicas*, trad. Daniela Brückner e José Luis de Castro, Madrid: Civitas, 1995. E, ainda MARINONI (*Id. Ibid.*, p. 696.) afirma que "É de se ressaltar que talvez nem mesmo seja possível a construção de uma teoria da decisão correta", eis que "argumenta Habermas que "uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a ideia reguladora da 'única decisão correta' não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que seja" *In*: Jürgen

demonstra a "imprestabilidade" e "inconsistência" da tese. Na mesma linha, citando GUSTAV RADBRUCH, ao tratar da ausência de uma concepção adequada de justiça, afirma que a "disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações", eis que "pelo fato de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplinada duma maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos."⁶⁴⁴

E, finalizando sua exposição, conclui que "é óbvio que uma teoria que conseguisse fazer com que todos os processos terminassem com um julgamento justo seria a ideal." Contudo, como observa MARINONI, apoiado no autor da mais moderna teoria da justiça, JOHN RAWLS⁶⁴⁵, "não há dúvida de que se deve manter a atual concepção de coisa julgada material, sob pena de serem cometidas injustiças muito maiores dos que as pontuais e raras levantadas pela doutrina."

Habermas, *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, cit., p. 282, *Apud* MARINONI, *op. cit.*, 696.

⁶⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, cit., p. 178, *Apud* MARINONI, *op. cit.*, p. 967.

⁶⁴⁵ "A única coisa que permite que aquiesçamos com uma teoria errônea é a carência de uma melhor; analogicamente, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária pra evitar uma injustiça ainda maior." ou "the only thing that permit us to acquiesce in an erroneous theory is the lack of a better one; analogously, an injustice is tolerable only when it is necessary to avoid an even greater injustice", no original, *In: John Rawls, A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1996, p. 4, *Apud* MARINONI, *op. cit.*, p. 967.

4.3. a doutrina de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA

Em seu artigo "Coisa Julgada Relativa?"⁶⁴⁶, o saudoso PROFESSOR OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA também fez sua crítica às teses da "relativização da coisa julgada material".

Concentrou suas considerações críticas ao pensamento de JOSÉ AUGUSTO DELGADO, HUMBERTO THEODORO JR. e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, haja vista a importância de tais processualistas, bem como a semelhança de suas posições acerca da aludida "relativização"⁶⁴⁷.

Feita uma breve exposição das teses "relativistas", passa OVÍDIO BAPTISTA a fazer "algumas observações críticas, começando pela análise da solução preconizada pelo Ministro DELGADO". Ao lembrar o acórdão do STJ, "que preferira manter a sentença, contra a pretensão do litigante de reabrir a controvérsia, para rediscutir a paternidade com base no exame de DNA, inexistente ao tempo da formação da coisa julgada", OVÍDIO critica as expressões usadas por DELGADO, no sentido de que "a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma" eis que "a segurança imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminada por desvios graves que afrontem o ideal de justiça"⁶⁴⁸

A objeção levantada por BAPTISTA DA SILVA começa "por questionar a perigosa indeterminação" do "conceito de "grave injustiça", análogo àquele proposto por THEODORO JÚNIOR como sendo uma "séria injustiça". Para o Processualista seria "impróprio condicionar a força da coisa julgada, primeiro, a que ela não produza injustiça; segundo, estabelecer como pressuposto para sua desconsideração, que essa injustiça seja "grave" ou "séria"."⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa Julgada Relativa?. *Academia Brasileira de Direito Processual*. 19 jan. 2006. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 23 nov. 2009.

⁶⁴⁷ *Id. Ibid.*, p. 2-4.

⁶⁴⁸ *Id. Ibid.*, p. 4.

⁶⁴⁹ *Id. Ibid.*, p. 4.

Para o saudoso Processualista, acolher-se a tese de relativizar-se a coisa julgada, com base em "séria" ou "grave" injustiça, "acabaria, sem a menor dúvida, destruindo o próprio instituto da *res iudicata*".⁶⁵⁰ Explica seu pensamento, afirmando que, além da relativização da coisa julgada em caso de sentença injusta, não ser "um ideal da modernidade", como "a justiça" não é "um valor absoluto", podendo "variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e "pluralista", em não havendo um limite, os litígios se eternizariam, eis que "a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça" possa vir a ser "mais uma vez questionada como injusta; e assim *ad aeternum*".⁶⁵¹

Indaga OVÍDIO se, "para nosso sistema", "direito justo não seria o mesmo que "direito legal", e se poderiam "nossos magistrados (...) descobrirem o direito "justo", além ou contra o texto legal." Nesta perspectiva, questiona "como o litígio judicial poderá chegar ao Superior Tribunal de Justiça, quando a missão desta Corte está firmemente limitada, pelo texto constitucional, apenas ao exame das alegadas violações da "lei"⁶⁵².

Estas questões por si só, já demonstram as dificuldades das teses relativistas, que caso aceitas, exerceriam "inevitavelmente, um efeito exterminador da coisa julgada"⁶⁵³.

Visando demonstrar a inconsistência dos conceitos "relativistas", OVÍDIO questiona:

Afinal, que sentença não poderia ser acusada de "injusta"; e qual a injustiça que não poderia ser tida como "grave" ou "séria"? E como seria possível atribuir a uma sentença a qualificadora de "absurdamente lesiva" ao Estado, como sugere Dinamarco? A coisa julgada resistiria às sentenças "lesivas", mas não às que fossem "absurdamente" lesivas? Como medir a lesividade, digamos "normal", provocada pela sentença, para diferenciá-la, da "absurdamente lesiva"? Que tribunal teria o poder de reconhecer essa

⁶⁵⁰ *Id. Ibid.*, p. 4.

⁶⁵¹ *Id. Ibid.*, p. 5.

⁶⁵² *Id. Ibid.*, p. 5.

⁶⁵³ *Id. Ibid.*, p. 5.

injustiça, com força para impedir que outro tribunal, em julgamento subsequente - liberto da contingência da coisa julgada - , viesse a dizer, ao contrário do que dissera o segundo julgamento, que não houvera qualquer injustiça no primeiro julgamento; e muito menos uma "grave" injustiça?⁶⁵⁴

Na mesma linha, o Processualista Gaúcho, critica a tese da relativização aceita por DINAMARCO, quanto a "sentença abusiva", afirmando que "este conceito é imprestável, pelo grau de sua indeterminação; ou por ausência de uma relação que o vincule a uma situação concreta, a respeito da qual houvera o "abuso". Assim, tal como posta a questão, "não se tem como referi-la a um conceito ou a uma determinada situação fática, a respeito dos quais a sentença teria sido "abusiva".⁶⁵⁵

Ademais, também a ótica da invalidade da "coisa julgada" quando afrontar "algum princípio constitucional" ou mesmo "princípios normativos de grau inferior", segundo OVÍDIO, seria submeter a res iudicata "a uma premissa impossível de ser observada." E prossegue o eminente Professor apontando que, "por sua própria natureza, os *princípios* são normas abertas, cuja aplicação obedece a uma escala de "otimização", estranha à incidência das *regras* legais." Deste modo, "o princípio, mesmo que seja afastado, em atenção ao caso concreto, nem por isso se terá, necessariamente, como violado pelo julgador"⁶⁵⁶.

Após esta incursão sobre os "fundamentos" das teses "relativistas", OVÍDIO BAPTISTA tece comentários acerca de "dois problemas técnicos realmente significativos, do ponto de vista estritamente processual": O primeiro residiria no pressuposto "de que os efeitos da sentença se tornem imutáveis em virtude da coisa julgada" (Liebman); o segundo, seria a necessidade de análise prévia de "preliminar" impeditiva de análise do mérito em função da existência de coisa julgada material⁶⁵⁷.

O primeiro problema, segundo OVÍDIO, seria a utilização, como verdade absoluta, da tese liebmaniana de que a coisa julgada seria uma qualidade que torna imutáveis os efeitos da sentença. Como demonstrou BARBOSA MOREIRA, citado por OVÍDIO, "se alguma coisa escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos

⁶⁵⁴ *Id. Ibid.*, p. 5.

⁶⁵⁵ *Id. Ibid.*, p. 6.

⁶⁵⁶ *Id. Ibid.*, p. 5.

⁶⁵⁷ *Id. Ibid.*, p. 6.

da sentença."⁶⁵⁸ Destaca, ainda, DA SILVA que "a distinção entre coisa julgada e "efeitos" da sentença está feita de modo didático no Código Civil italiano, ao conceituar a coisa julgada como "*L'accertamento contenuto nella sentenza*" (art. 2.909), depois de referir-se, no artigo precedente, a seus "efeitos"⁶⁵⁹.

Quanto ao segundo problema da tese "relativista", Ovídio afirma que, "no reino da pura abstração", sem que haja uma "concreta controvérsia judicial", "todos nutrirão, sem dúvida, simpatia, quando não adesão entusiástica" ao ponto de vista que "prioriza a "justiça", como o supremo valor". Contudo, colocando os pés na realidade, destaca que "será necessário testar o projeto de "relativização" da coisa julgada em sua dimensão, digamos, funcional e pragmática", questionando sobre o seu funcionamento. Ou seja, seria conveniente que a discussão saia do plano puramente teórico e "tenha de descer das alturas, para enfrentar as inimagináveis diversidades dos casos concretos"⁶⁶⁰. E segue o Mestre:

Antes de pressupor que se possa tratar do processo como se ele cuidasse do "direito do autor" - portanto das ações invariavelmente procedentes -, teremos de testar o projeto de "relativização" da coisa julgada, colocando-nos na perspectiva de um juiz que acabe de receber a causa em que o autor pretenda desfazer a coisa julgada por considerar "ilegal" ou "injusta" a sentença; ou afirme que a sentença tenha "ultrapassado os limites da moralidade" ou o "círculo da legalidade" (Delgado, p. 18). Como haverá de comportar-se o magistrado, em tais circunstâncias? É de supor que o demandado suscite, em contestação, a preliminar de coisa julgada, postulando a extinção do processo "sem julgamento de mérito" (art. 267, V do CPC). O juiz terá de apreciar, desde logo, a preliminar, antes de saber, realmente, se a sentença impugnada fora "injusta". A "objeção" de coisa julgada não admite que o julgador proteja a decisão para a fase final do procedimento. Enquanto o processo se fosse desenvolvendo, o juiz estaria reapreciando a lide coberta pela coisa julgada.⁶⁶¹

Logo, além de discordar da visão de coisa julgada como qualidade que torna imutáveis os efeitos da sentença, eis que tais efeitos poderão se alterar, como, muitas vezes, são altamente mutáveis, entende o Autor que a própria preliminar de "coisa julgada" já deveria, por si só, barrar a tentativa de "relativização"⁶⁶².

Ovídio BAPTISTA também aponta dois equívocos no raciocínio dos juristas

⁶⁵⁸ *Id. Ibid.*, p. 7.

⁶⁵⁹ *Id. Ibid.*, p. 8.

⁶⁶⁰ *Id. Ibid.*, p. 9.

⁶⁶¹ *Id. Ibid.*, p. 9.

⁶⁶² *Id. Ibid.*, p. 9.

adeptos da "relativização" da coisa julgada:

a) existe uma inversão lógica do fundamento, vício comum nos juristas do direito material, quando tratam de questões processuais, segundo o qual o estado de incerteza, inerente à litispendência, é visualizado pelo observador a partir de uma perspectiva privilegiada, que lhe permite saber - antecipadamente - , (...) que a sentença será de procedência.⁶⁶³

b) o outro equívoco consiste na ilusão de que a sentença, ao destruir a coisa julgada "abusivamente" formada; ou a sentença que seja, aos olhos do litigante inconformado com seu resultado, "ilegal"; ou enfim, que contenha "injustiça", possam tornar-se - em virtude de uma milagrosa intangibilidade renascida - protegida pela coisa julgada que a segunda sentença acabara de destruir, de modo que elas próprias se tornassem inimpugnáveis a novos ataques. A coisa julgada cederia à injustiça contida na primeira sentença, porém a segunda seria inatacável, pelos mesmos fundamentos." A injustiça destruiria a "primeira coisa julgada", mas a sentença que o reconhecesse seria, *ipso iure*, justa e não abusiva! Porém, qual haveria de ser o fundamento para a intangibilidade desta "segunda coisa julgada"? Em resumo: quem poderia impedir que o sucumbente retornasse, no dia seguinte, com uma ação inversa, pretendendo demonstrar a injustiça da segunda sentença? Porventura, a coisa julgada...?⁶⁶⁴

E, ainda tendo em vista a complexidade do direito que não tem verdades apriorísticas absolutas, OVÍDIO lembra que, muitas vezes, a "vontade da lei (...) é uma entidade inescrutável, (...) a produzir sempre sentenças de sentidos diametralmente opostos, sobre uma mesma lide", acarretando "constantemente e intermináveis dissídios jurisprudenciais". Assim, haveria dois grupos de sentenças, eis que "se um grupo de julgados manteve-se fiel à lei, o grupo divergente será, necessariamente, ilegal."⁶⁶⁵

Concluindo seu instigante trabalho, prossegue o Mestre com suas indagações:

Neste caso, como escolheríamos, dentre os dois grupos, aquele a ser sacrificado, como "ilegal"? A mesma contingência poderia dar lugar a dois grupos de sentenças, dos quais um seria tido por "justo", outro por "injusto". Que parâmetro mediria a "injustiça" do grupo de sentenças destinado a perder a proteção da coisa julgada? E que juiz haveria de dar a palavra final declarando a "justiça" do grupo sobrevivente que, como " DIREITO JUSTO ", seria absoluto? Certamente não seria o Corte Superior em que tem assento o eminente Min. Delgado, uma vez que, apesar de ser um superior tribunal de "justiça", não lhe cabe "fazer justiça", missão reservada às Cortes ordinárias.⁶⁶⁶

⁶⁶³ *Id. Ibid.*, p. 6.

⁶⁶⁴ *Id. Ibid.*, p. 6.

⁶⁶⁵ *Id. Ibid.*, p. 7.

⁶⁶⁶ *Id. Ibid.*, p. 7.

4.4. a doutrina de FREDIE DIDIER JR.

O jovem e brilhante processualista baiano, FREDIE DIDIER JR.⁶⁶⁷, houve por bem analisar o inquietante tema da "relativização" da coisa julgada material.

Inicia seus apontamentos pela constatação de que "há, na doutrina, quem entenda que a decisão judicial não pode se cristalizar quando injusta ou inconstitucional", eis que, "nesses casos, não produziria coisa julgada material, podendo a decisão ser revista, revisada, a qualquer tempo, por critérios e meios atípicos."⁶⁶⁸

Após apontar JOSÉ AUGUSTO DELGADO, HUMBERTO THEODORO JR., JULIANA CORDEIRO e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO como os principais defensores da "tese da relativização da coisa julgada"⁶⁶⁹, DIDIER JR., com a clareza que marcam seus trabalhos, esclarece que:

O problema é que admitir-se a relativização com base na existência da injustiça – que ocorreria com a violação de princípios e direitos fundamentais do homem, (...) - , significa franquear-se ao Judiciário uma cláusula geral de revisão da coisa julgada, que pode dar margem a interpretações das mais diversas, em prejuízo da segurança jurídica.⁶⁷⁰

Ressalta DIDIER JR. que "a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental ao acesso ao Poder Judiciário", sendo, portanto, uma garantia ao cidadão de acesso à justiça, que, por sua vez, deve lhe assegurar "uma solução definitiva, imutável para sua quizila"⁶⁷¹

E, apesar do jovem Jurista reconhecer que "a indiscutibilidade da coisa julgada pode perenizar, em alguns casos, situações indesejadas – com decisões injustas, ilegais, desafinadas com a realidade fática", destaca que o próprio sistema

⁶⁶⁷ DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: *Podivm*, 2007. v. 2, p. 504 – 509.

⁶⁶⁸ *Id. Ibid.*, p. 504.

⁶⁶⁹ *Id. Ibid.*, p. 504-505.

⁶⁷⁰ *Id. Ibid.*, p. 505.

⁶⁷¹ *Id. Ibid.*, p. 506.

já "trouxe previsão de hipóteses em que se poderia desconstituí-la", harmonizando "a garantia da segurança e estabilidade das situações com a legalidade, justiça e coerência das decisões jurisdicionais."⁶⁷²

FREDIE DIDIER JR. também mostra-se refratário à tese da "relativização com base na inconstitucionalidade", vendo-a como "problemática", eis que, nestes moldes, "a qualquer momento que lei em que se fundou a decisão fosse reputada inconstitucional a decisão poderia ser desconstituída", o que afrontaria "a garantia de segurança jurídica."⁶⁷³

Dessa forma, DIDIER JR. entende que "as concepções de relativização atípica da coisa julgada são perigosas", na medida em que podem gerar insegurança jurídica, comprometendo o instituto da coisa julgada material. Ademais, baseiam-se na "prevalência do justo, mas não definem o que seja o "justo".⁶⁷⁴

Assumindo que não vê "com bons olhos um movimento que busca relativizar a coisa julgada por critérios atípicos", não podendo "compactuar com a ideia de uma "cláusula aberta de revisão das sentenças" em razão de injustiça/desproporcionalidade/inconstitucionalidade", posiciona-se DIDIER JR., juntamente com "BARBOSA MOREIRA, GISELE GÓES, NELSON NERY JR., OVÍDIO BAPTISTA, MARINONI, etc.", em prol da "segurança"⁶⁷⁵.

Para discordar das teses "relativistas", FREDIE DIDIER JR. apresenta os seguintes fundamentos:

"a) O processo jurisdicional é método de construção da norma jurídica individualizada."⁶⁷⁶

Ou seja, "a decisão judicial produz uma norma jurídica nova; não revela uma norma jurídica já existente", e "essa nova regra jurídica é produto de um procedimento cooperativo e organizado em contraditório". Logo, na visão de DIDIER

⁶⁷² *Id. Ibid.*, p. 506.

⁶⁷³ *Id. Ibid.*, p. 506.

⁶⁷⁴ *Id. Ibid.*, p. 506.

⁶⁷⁵ *Id. Ibid.*, p. 507.

⁶⁷⁶ *Id. Ibid.*, p. 507.

JR., "não há uma "justiça" anterior ao processo, que deva ser "encontrada" ou "revelada" pelo magistrado". A justiça será "sempre construída pelos sujeitos processuais, em contraditório e cooperativamente" dentro do processo, sendo esse "método de construção de justiça (...) o melhor até hoje inventado pelo gênio humano."⁶⁷⁷

"b) A jurisdição é uma função que tem, basicamente, duas características marcantes."⁶⁷⁸

A primeira delas é que "somente os órgãos jurisdicionais são coagidos a proferir uma decisão", devendo decidir "qualquer caso que lhes seja submetido, mesmo que não haja lei a respeito do assunto", não se admitindo "entre nós, o *non liquet*." A segunda característica é que "a decisão jurisdicional é a única apta a ficar imune pela coisa julgada", tornando-se definitiva. Ou seja, será o poder judiciário quem deverá dar a última palavra, prescrevendo "a solução normativa para o caso concreto, evitando a perpetuação da insegurança jurídica." Sob outro prisma, a coisa julgada funciona como "um limite ao exercício da função jurisdicional e (...) uma garantia do cidadão." Como bem destaca DIDIER, "se a decisão jurisdicional é a última e é inevitável, é preciso que haja um momento em que nem mesmo os órgãos jurisdicionais possam rever aquilo que foi decidido"⁶⁷⁹.

"c) O processo garante-nos a certeza dos meios e a incerteza do resultado"⁶⁸⁰

Conforme DIDIER JR., enquanto "o direito litigioso é pura incerteza", sendo uma "mera expectativa", eis que "não há como se saber qual será o resultado de um processo"⁶⁸¹, de outro lado, "possamos prever toda uma sequência de atos processuais que devem ser praticados." Não percebem os adeptos da tese da "relativização" que "exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/

⁶⁷⁷ *Id. Ibid.*, p. 507.

⁶⁷⁸ *Id. Ibid.*, p. 508.

⁶⁷⁹ *Id. Ibid.*, p. 508.

⁶⁸⁰ *Id. Ibid.*, p. 508.

⁶⁸¹ Como leciona LUHMANN, citado por DIDIER JR., "É sobretudo a incerteza quando ao resultado que é essencial ao procedimento. Dá aos participantes do procedimento o incentivo de contribuir para o progresso do procedimento por meio das suas próprias tentativas de redução, mantém-lhes vivas as esperanças de conduzi-los através do caminho que, de acordo com as regras do processo jurídico, levará à decisão." *In*: LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 46; *Apud. Id. Ibid.*, p. 508.

desproporcional/inconstitucional" para que seja "instaurado o processo", cujo "resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder." Justamente por isto, buscando-se a segurança, "é (...) que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é típica e tem um prazo para ser ajuizada."⁶⁸²

"d) Não se pode teorizar o absurdo casuístico e pontual."⁶⁸³

Nessa linha, o Processualista explica que "o movimento da relativização da coisa julgada surgiu da necessidade de revisão de algumas sentenças, que revelam situações específicas marcadas pela desproporcionalidade." Ora, como bem lembra DIDIER, "situações particulares absurdas não podem gerar teorizações, que sempre são abstratas, exatamente porque são excepcionais." Assim, "não é correto criar uma regra geral por indução", ou seja "a partir do caso concreto", "partindo-se de uma situação absurda." Não se pode, portanto, teorizar pelo absurdo, e, o que é pior, com base em hipótese teratológica e excepcional, acabar com uma garantia importantíssima do estado democrático de direito⁶⁸⁴.

E, concluindo seu pensamento sobre o tema, o Processualista baiano, aponta que "a coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança" – "ruim com ela, muito pior sem ela", sendo que sua "relativização" por "critério atípico" importaria a sua eliminação⁶⁸⁵.

Deste modo, apesar de concordar que existe a "necessidade de se repensar o instituto, notadamente em razão das inovações científicas", tal como ocorre com o resultado do laudo do DNA que vai contra sentença em ação de investigação de paternidade, como adverte DIDIER JR., "esse 'repensar' (...) tem de ser feito com bastante cuidado (...) e com base em critérios racionais e objetivos, de preferência previstos em texto legal expreso."⁶⁸⁶

⁶⁸² *Id. Ibid.*, p. 508-509.

⁶⁸³ *Id. Ibid.*, p. 509.

⁶⁸⁴ *Id. Ibid.*, p. 509.

⁶⁸⁵ *Id. Ibid.*, p. 509.

⁶⁸⁶ *Id. Ibid.*, p. 509.

DIDIER JR., em conclusão, destaca que "a) as hipóteses de ação rescisória devem ser revistas, tanto aquelas relacionadas a erros in procedendo como aquelas que objetivam corrigir injustiças", "b) a *querela nullitatis* (ação imprescritível de nulidade da sentença) deve ser mais bem sistematizada, para que se admita a impugnação de decisões judiciais com gravíssimos vícios formais", e, "c) não se pode permitir a revisão atípica dos julgados por critérios de justiça, o que levaria a um problema sem solução; quem garantiria a justiça da segunda decisão, que reviu a primeira?"⁶⁸⁷

Finalizando, o jovem e notável Jurista afirma que sempre que alguma ideia, tal como a "relativização" da coisa julgada, possa "servir para diminuir os direitos do cidadão e dar ensejo ao cometimento de arbitrariedades, é preciso estar atento, para estudá-la profundamente."⁶⁸⁸

⁶⁸⁷ *Id. Ibid.*, p. 509.

⁶⁸⁸ *Id. Ibid.*, p. 509.

4.5. a doutrina de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Em artigo denominado "*Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material*"⁶⁸⁹, o eminente Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, tido por muitos como o maior processualista brasileiro⁶⁹⁰, tece várias e importantes ressalvas à doutrina da "*relativização da coisa julgada*".

Começa seus apontamentos, criticando as expressões "relativização da coisa julgada" e "coisa julgada inconstitucional", comumente utilizadas pelos defensores da revisão atípica da coisa julgada material. Para BARBOSA MOREIRA é impróprio falar-se em "relativização" da coisa julgada, na medida que, "quando se afirma que algo deve ser "relativizado", logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um absoluto: não faz sentido que se pretenda "relativizar" o que já é relativo." E, como a coisa julgada não é absoluta, podendo, ser revista, por exemplo, pela ação rescisória, apresenta-se imprópria a expressão usada. Esclarece o Mestre que "o que se pode querer - e é o que no fundo se quer (...) é a ampliação do terreno "relativizado", o alargamento dos limites da "relativização"⁶⁹¹. Também não concorda com a expressão "coisa julgada inconstitucional", argumentando que "se "inconstitucional" significa "incompatível com a Constituição" (...), não parece que se descreva de modo adequado o fenômeno que se tem em vista atribuindo à coisa julgada a qualificação de "inconstitucional".⁶⁹² Para o Processualista, "o que se concebe seja incompatível com a Constituição é a sentença (lato sensu): nela própria, e não na sua imutabilidade." Daí porque, "se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento."⁶⁹³

⁶⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização da coisa julgada material. *Temas de Direito Processual*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235 - 265.

⁶⁹⁰ Opinião de Sérgio Bermudes, Fredie Didier Jr., Min. Luiz Fux, entre outros, conforme apontamentos feitos diretamente pelos mencionados Professores, em sala, durante as aulas do Curso de Especialização em Processo Civil do IDP.

⁶⁹¹ *Id. Ibid.*, p. 235-236.

⁶⁹² *Id. Ibid.*, p. 236.

⁶⁹³ *Id. Ibid.*, p. 237.

Feitas as "ressalvas de ordem terminológicas"⁶⁹⁴, MOREIRA passa a dar um enquadramento dogmático às propostas de "relativização", apontando que "abrem-se dois caminhos a quem queira sustentar que, nas hipóteses de que se cuida, não há cogitar de obstáculo resultante da coisa julgada à reapreciação da matéria em juízo": O primeiro deles seria "negar a própria existência de coisa julgada", que "não chegaria a formar-se, a despeito da preclusão todas das vias utilizáveis para novo exame no mesmo processo"⁶⁹⁵. O segundo seria reconhecer a existência da coisa julgada, porém, "entender que é possível negar a imutabilidade à sentença em razão do vício grave que a inquina", ou, em outros termos, "entender que a coisa julgada é suscetível de ser desconstituída"⁶⁹⁶.

E, afirmando que não haveria um terceiro caminho ("*tertium non datur*"), passa a analisar a coerência destas posições em face do ordenamento jurídico processual. Nesta linha, demonstra que "quem sustente a inexistência da coisa julgada, terá coerentemente que rejeitar o cabimento de ação rescisória contra a sentença", haja vista que "o art. 485, *caput*, do estatuto processual limita esse cabimento (...) aos casos de "sentença de mérito, transitada em julgado". Por outro lado, "quem prefira trilhar o outro caminho, aceitando que a coisa julgada existe, mas pode ser posta de lado, precisará acertar as contas com disposições, igualmente categóricas do Código de Processo Civil, a saber as dos arts. 471 e 474", eis que "nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide" e "passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidos e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido"⁶⁹⁷.

Ademais, como ressalta BARBOSA MOREIRA, por ser a coisa julgada material uma "situação dotada de eficácia preclusiva"⁶⁹⁸, esta característica da própria natureza da *res iudicata*, faz com que, "salvo expressa exceção legal", não haja espaço "para indagação alguma acerca da situação anterior", "não porque a *res iudicata* tenha a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro (...), mas

⁶⁹⁴ *Id. Ibid.*, p. 235-237.

⁶⁹⁵ *Id. Ibid.*, p. 235-237.

⁶⁹⁶ *Id. Ibid.*, p. 237-238.

⁶⁹⁷ *Id. Ibid.*, p. 238-239.

⁶⁹⁸ *Id. Ibid.*, p. 240.

simplesmente porque ela torna juridicamente irrelevante (...) a indagação sobre o falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto."⁶⁹⁹

Porém, não se descuidando da possibilidade de que "em algum caso, a coisa julgada se desvie daquilo que existia, segundo o direito material"⁷⁰⁰, haja vista a falibilidade humana, inclusive dos juízes, o sistema prevê meios de sua correção. Nesta linha, leciona, com acerto, o Processualista:

A lei procura, não há dúvida, criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie. Com tal objetivo, ela enseja às partes amplas oportunidades de apresentar ao órgão julgador argumentos e provas; pode autorizá-lo (...) a buscar por iniciativa própria elementos necessários à formação de seu convencimento; abre aos interessados a possibilidade de impugnar, uma ou mais vezes, as decisões que lhes parecerem incorretas; chega, em certas hipóteses (como, entre nós, as do artigo 475 e dispositivos análogos), a fazer obrigatória a revisão, em grau superior, da matéria julgada. Há, porém, um momento em que à preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize. (...)⁷⁰¹

Ademais, como explica BARBOSA MOREIRA, "foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material", ou seja, "se ela não servir" para por um fim no litígio, "a rigor nenhuma serventia terá". Nesta perspectiva, "subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do álveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto de seu sentido essencial"⁷⁰².

A própria "atividade do órgão judicial", como demonstra o Processualista, "seria vã - e não atingiria o fim a que visa -" se não houvesse a coisa julgada para impedir que "o resultado conseguido ficasse indefinidamente à mercê de discussões e impugnações"⁷⁰³.

⁶⁹⁹ *Id. Ibid.*, p. 242-243.

⁷⁰⁰ *Id. Ibid.*, p. 243.

⁷⁰¹ *Id. Ibid.*, p. 243.

⁷⁰² *Id. Ibid.*, p. 244.

⁷⁰³ *Id. Ibid.*, p. 244.

Com a clareza que lhe é peculiar, o notável Jurista tece pertinentes comentários acerca da importância da coisa julgada para as partes no processo, para a sociedade e para o Estado. Para as partes, a coisa julgada confere a "certeza de que, para todos os efeitos práticos, sua situação, *sub specie iuris*, é aquela definida na sentença, e não outra qualquer." Para o vencedor, "não há como deixar de reconhecer-lhe o direito à observância do julgado", eis que recebeu "a prestação jurisdicional" em caráter definitivo, imutável. Até mesmo para o vencido que, muitas vezes lamenta o resultado, há o fim da angústia da lide e a certeza "em que termos e em que medida o seu interesse deve subordinar-se ao interesse do adversário - não menos, mas tampouco mais do que estatuiu a sentença." Para a sociedade, "a estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial", eis que precisam saber que, "se um dia houverem de recorrer a ela, seu pronunciamento" será eficaz e definitivo. E, "ao próprio Estado interessa que suas decisões jurisdicionais se armem de solidez", eis que, tendo o dever de prestar a jurisdição, "seria peso intolerável a necessidade de repetir a prestação quantas vezes lho vier a solicitar o inconformismo de algum insatisfeito com o teor da decisão."⁷⁰⁴

Logo, "não é por acaso que o Código de Processo Civil ordena ao juiz que conheça de ofício da preliminar de coisa julgada (art. 301, nº VI e § 4º)", o impede de examinar o mérito "(art. 267, nº V)" e abre espaço "entre as poucas (e taxativamente enumeradas) hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 485, nº IV)" quando já houver a coisa julgada material.⁷⁰⁵

BARBOSA MOREIRA, após assentar a natureza constitucional da garantia da coisa julgada, critica a alusão a critérios de injustiça, mesmo que "grave" ou "séria", para possibilitar a "relativização" da coisa julgada:

Mesmo a doutrina favorável, em maior ou menor medida, à proposta "relativização" não pode deixar de advertir-se da insuficiência, para justificá-la, da mera invocação de eventual "injustiça" contida na sentença passada em julgado. Condicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redundaria em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter

⁷⁰⁴ *Id. Ibid.*, p. 245-246.

⁷⁰⁵ *Id. Ibid.*, p. 246.

novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto. (...)

Nem adianta muito restringir o alcance do substantivo "injustiça" apondo-lhe o adjetivo "grave" ou outro equivalente ("flagrante", "abusiva", "absurda" e por aí além). Distinguir o que é e o que não é "grave" tem sido fonte constante de incômodas dificuldades práticas, ao longo do tempo.⁷⁰⁶

Ao discorrer sobre a tese defendida por CÂNDIDO DINARMARCO da "impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença", além de apontar que os exemplos suscitados são "pitorescos", mostra sua "falha básica", que "reside em fazer depender a conclusão (inexistência da coisa julgada material) de uma premissa teórica que nada tem de pacífica", qual seja "a de que *a auctoritas rei iudicatae* é algo que se vincula unicamente aos efeitos da sentença"⁷⁰⁷.

Ademais, como ressalta o Processualista, "semelhante ideia não foi acolhida pelo ordenamento processual brasileiro: nos termos do art. 467, o que se torna "imutável e indiscutível", com a coisa julgada, é a própria sentença, não os respectivos efeitos." Assim, pela "falta" de "fundamento legal, além de apoio doutrinário maciço"⁷⁰⁸, não poderia ser acolhida a mencionada tese.

Também é objeto de crítica a ideia da "relativização" da *res iudicata* nas hipóteses da, impropriamente denominada, "coisa julgada inconstitucional". Além da ressalva terminológica assentada anteriormente, como adverte MOREIRA, se a dita sentença inconstitucional fosse nula, não haveria a necessidade de ação rescisória "para desconstituir o que já é nulo"⁷⁰⁹. Porém, a principal questão que se coloca é que "a partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire (...) vida própria e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata", sendo, por esta razão que "ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado"⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ *Id. Ibid.*, p. 248-249.

⁷⁰⁷ *Id. Ibid.*, p. 251.

⁷⁰⁸ *Id. Ibid.*, p. 252.

⁷⁰⁹ *Id. Ibid.*, p. 252-253.

⁷¹⁰ *Id. Ibid.*, p. 253.

Lembra, também, o Professor de Processo que, "no tocante às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade", a preocupação com a preservação da estabilidade e da coisa julgada "se chegou ao extremo de pre-excluir o cabimento da ação rescisória (Lei nº 9.868, de 10-11-1999, art. 26, fine)." Logo, ainda que alguém discorde da hermenêutica constitucional dada, "seria estranho paradoxo admitir a desconsideração de uma coisa julgada que nem sequer pela rescisória é possível atacar."⁷¹¹

E, concluindo seu pensamento sobre os diversos casos postos pela doutrina relativista, acresce JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA que "os exemplos (confessadamente excepcionais) que se costuma invocar para fundamentar a proposta de "relativização" ou têm sabor meramente acadêmico, ou não permitem juízo seguro, pela sumariedade dos dados que se ministram."⁷¹²

E, aduzindo que "conhecimento mais profundo das espécies poderia talvez revelar a possibilidade de dar remédio adequado à situação sem infringir o ordenamento positivo"⁷¹³, finaliza a questão para reafirmar que "os meios de controle previstos no ordenamento positivo são suficientes para atingir o fim visado."⁷¹⁴

BARBOSA MOREIRA, por outro lado, apesar de afastar a teoria da "desconsideração da coisa julgada", vê "um caso realmente dotado de características especiais"⁷¹⁵. Refere-se "à possibilidade de que, transitada em julgado a sentença em ação de investigação de paternidade", em exame "designado pelas iniciais DNA, desconhecido ao tempo do processo, se descubra a "comprovação, positiva ou negativa, da filiação biológica, em sentido inverso ao que se admitiu na sentença."⁷¹⁶

E, acerca deste caso, aponta BARBOSA MOREIRA que "o que particularmente chama a atenção do estudioso, no caso, não é tanto, repita-se, a eventual

⁷¹¹ *Id. Ibid.*, p. 254.

⁷¹² *Id. Ibid.*, p. 254-255.

⁷¹³ *Id. Ibid.*, p. 255.

⁷¹⁴ *Id. Ibid.*, p. 254.

⁷¹⁵ *Id. Ibid.*, p. 255.

⁷¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 255.

desconformidade entre a situação real e a aceita como real pelo juiz", mas sim "a convicção de que tal desconformidade seria evitável se se pudesse contar com a prova científica, não disponível ao tempo do processo." E, prossegue, afirmando que "por mais que se esforçassem o litigante e o órgão judicial, (...) na averiguação dos fatos, não teria havido a possibilidade de fazê-la completa e inequívoca, por causa da inexistência (...) do meio mais idôneo à apuração da verdade."⁷¹⁷

Nesta linha, lembrando que o "STJ vem admitindo a idoneidade do laudo de exame de DNA, obtido depois de findo o pleito de investigação de paternidade, para lastrear ação rescisória com invocação de "documento novo", salientou que "o Tribunal de modo algum declarou "nula" a sentença rescindenda, nem inventou novo meio de provocar o reexame da matéria", tendo se limitado "a enquadrar a espécie na lei processual, mediante a flexibilização, perfeitamente razoável, do conceito de "documento novo", conciliando a "exigência de justiça com o respeito ao ordenamento positivo."

No que tange às propugnadas formas de "relativização", BARBOSA MOREIRA também demonstra sua impropriedade, eis que "o que se pretende é que o órgão judicial reexamine, na substância (...), a matéria julgada; e não se perca de vista o fato de que, na grande maioria dos casos, a sentença de primeiro grau terá sido substituída por acórdão (art. 512)"⁷¹⁸. E, daí, surge outro problema percebido pelo Processualista: "constituiria subversão inaceitável aceitar que juízo inferior revise, no mérito, decisão proferida por tribunal."⁷¹⁹ A gravidade do problema é bem descrita, nos seguintes termos:

Ademais, subsistiria o problema hierárquico: será razoável autorizar juiz de primeiro grau a "desconsiderar", por exemplo, a coisa julgada de que se haja revestido acórdão do Supremo Tribunal Federal? A ideia assume feição particularmente alarmante se se levar em conta que os acórdãos da Corte Suprema, em determinados casos, não comportam sequer ataque por ação rescisória (Lei nº 9.868, de 10-11-1999, art. 26, fine; Lei nº 9.882, de 3-12-1999, art. 12, fine). Estaríamos diante do formidável paradoxo se admitíssemos que julgados insuscetíveis de rescisão pudessem ser, pura e simplesmente, postos de lado, mediante pronunciamento emitido *incidenter tantum*, por entender o órgão processante, digamos, que o Supremo Tribunal Federal incorrera em erro ao declarar constitucional (ou

⁷¹⁷ *Id. Ibid.*, p. 256.

⁷¹⁸ *Id. Ibid.*, p. 259.

⁷¹⁹ *Id. Ibid.*, p. 259-260.

inconstitucional) esta ou aquela norma, e ao fazê-lo violara a Carta da República.⁷²⁰

Na sequência, o Mestre traz interessante passagem sobre "prováveis consequências práticas da "relativização":

Suponhamos que um juiz, convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou a existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pôde ser afastado em relação à primeira sentença, por que não poderia sê-lo quanto à segunda?

É claro que a indagação não se porá uma única vez: a questão poderá repetir-se, em princípio, *ad infinitum*, enquanto a imaginação dos advogados for capaz de descobrir inconstitucionalidades ou injustiças intoleráveis nas sucessivas sentenças. Em hora como a presente, em que universalmente se proclama a necessidade de abreviar os pleitos, inclusive mediante a redução das oportunidades de impugnar decisões, chega a ser irônico que se queira adotar um mecanismo cujo uso nenhuma contribuição promete trazer - bem ao contrário! - para que se consiga a suspirada abreviação.

Outro tanto é possível dizer da carga de trabalho do Poder Judiciário. (...) Aumentará o peso, obviamente, caso se permita aos litigantes insatisfeitos com o resultado pleitear nova prestação jurisdicional, que mais lhes agrade. E nem é preciso falar da exasperação das despesas e de outros inconvenientes práticos imagináveis com facilidade.

Pouco adianta ressaltar que nisso apenas se consentirá em hipóteses excepcionais quando se tratar de "situações extraordinárias", para "afastar absurdos, injustiças flagrantes", etc. Tício, vencido, dificilmente deixará de reputar-se vítima de uma decisão absurda e de uma flagrante injustiça. Mesmo de inconstitucionalidade não será raro que cogite, haja vista o grande número de recursos extraordinários em que, sem base, se formula a alegação. Sob o regime vigente, se Tício procurar um advogado e lhe pedir que reproponha a causa em juízo, a resposta que ouvirá, com maior probabilidade, é a de que não vale a pena instaurar novo feito para desafiar a coisa julgada: mero desperdício de tempo e dinheiro. Todavia, a partir do momento em que se acene com alguma possibilidade de êxito, não faltará quem se anime à tentativa. Aberta que seja a porteira, por onde passa um boi poderá passar uma boiada."⁷²¹

Neste diapasão, a "relativização" da coisa julgada, ao permitir a revisão da sentença a qualquer tempo e por meio de instrumento jurídico sem previsão legal expressa, ou seja, sem forma definida, poderá acarretar a repetição indefinida dos

⁷²⁰ *Id. Ibid.*, p. 260-261.

⁷²¹ *Id. Ibid.*, p. 261-262.

processos, em ofensa não apenas à segurança jurídica, como também à economia processual e efetividade da jurisdição.

E, a indefinição trazida pela constante possibilidade de alteração das decisões judiciais, mesmo daquelas que deveriam ser as mais estáveis, cobertas pela coisa julgada, não auxiliará nem mesmo ao fim pretendido pelos "relativistas", pois, até mesmo esta decisão já "relativizada", poderá também ser inquinada de "gravemente injusta e afrontosa à Constituição", acarretando novo julgamento, a suscitar nova "injustiça", na visão de um, e "justiça", na ótica de outrem.

De lege ferenda, contudo, quanto ao caso da sentença contrária ao exame de DNA, julga "conveniente modificar (...) a disciplina (...) para fixar o termo inicial do prazo no dia em que o interessado obtém o laudo, em vez do trânsito em julgado da sentença rescindenda."⁷²² Ainda sugerindo alterações legislativas, sobre a "sentença violadora de dispositivo constitucional", apesar de não se inclinar "a sugerir que se elimine a imunidade da res iudicata à posterior declaração de inconstitucionalidade, mesmo no julgamento de ação direta", apenas no caso da sentença em questão já haver "aplicado lei já então declarada inconstitucional pela Corte Suprema", hipótese em que "em atenção à particular gravidade do vício, seria razoável abrandar essa exigência, permitindo, a título excepcional, o ajuizamento da rescisória a qualquer tempo."⁷²³

E, por fim, BARBOSA MOREIRA, pelos diversos fundamentos apontados, está "convencido de que não se compadece com o ordenamento jurídico positivo o aumento da dose de "relativização" da coisa julgada material que ele próprio já consagra"⁷²⁴, atendendo o "regime vigente, em especial, às exigências da razoabilidade normativa", merecendo, "em linhas gerais, apoio e preservação."⁷²⁵

⁷²² *Id. Ibid.*, p. 264.

⁷²³ *Id. Ibid.*, p. 265.

⁷²⁴ *Id. Ibid.*, p. 264.

⁷²⁵ *Id. Ibid.*, p. 265.

4.6. a posição de outros processualistas contrários à "relativização da coisa julgada"

Outros juristas também criticam, em maior ou menor grau, a "relativização" da coisa julgada material.

SERGIO GILBERTO PORTO⁷²⁶ afirma ser perfeitamente possível "rever a decisão transitada em julgado ou seja superá-la", contudo, "em face de seus naturais efeitos negativos, não pode e não deve o novo juízo tentar mitigá-la simplesmente desconhecendo o *accertamento* (julgamento) anterior", uma vez que "sob o ponto de vista jurídico", indispensável a prévia e necessária invalidação desta, através da ação rescisória⁷²⁷.

E, criticando a "relativização" atípica da coisa julgada material, afirma categoricamente que:

(...) a superação da coisa julgada depende previamente da invalidação desta, quando, então, com a ocorrência de tal fenômeno, desveste-se a decisão jurisdicional da armadura de proteção estatal que lhe outorgava a blindagem necessária à imutabilidade e, por decorrência, resulta aberto o caminho para nova decisão.⁷²⁸

E, para o Autor, as "formas existentes e admitidas pelo sistema jurídico brasileiro" para se desconstituir a coisa julgada material são "a ação rescisória", que, "ordinariamente, deve ser usada para invalidação das sentenças de mérito" e a "ação anulatória", em casos mais restritos, "para a superação de decisões com vícios insanáveis, tal qual, p. ex., a ausência de citação do réu revel, circunstância que enseja a tese da sobrevivência da *querela nullitatis*".⁷²⁹

⁷²⁶ PORTO, Sergio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, 27 nov. 2009. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2010.

⁷²⁷ *Id. Ibid.*, p. 7.

⁷²⁸ *Id. Ibid.*, p. 7.

⁷²⁹ *Id. Ibid.*, p. 7.

Nesta linha, "imaginar diferentemente, no atual estado jurídico, seria - no mínimo - violar a garantia do devido processo legal (5º, LIV, CF)", que é "da essência do Estado Democrático de Direito."⁷³⁰

Analisando as hipóteses usualmente apresentadas pelas teses relativistas "(a - injusta e imoral, quando atenta contra os princípios constitucionais da moralidade e legalidade (Delgado) ; b - pretende produzir efeitos juridicamente impossíveis (Cândido) e c - proferida em contrariedade à Constituição (Humberto e Juliana)"⁷³¹, conclui que a aceitação das teses relativistas promoverá "o verdadeiro caos na ordem jurídica, gerado pela conseqüente ausência de estabilidade nas relações sociais"⁷³².

Neste ponto, lembra que:

(...) a ordem social é o fim primeiro da ordem jurídica e garantia constitucional de hierarquia máxima, representando, em *ultima ratio*, (...) a sobrevivência da sociedade juridicamente organizada, a qual somente poderá ser implementada também com a mais valia da cidadania processual, configurando-se esta pelo exercício pleno das garantias oferecidas pelo Estado ao cidadão envolvido em litígio judicial, respeitada, evidentemente, sua hierarquização na medida da proporcionalidade permitida.⁷³³

E, dentre as garantias do Estado de Direito "destaca-se a garantia originária da existência de uma ordem jurídica prévia, bem como a garantia que assegura a vigência e efetividade da ordem jurídica existente", na qual se insere "a da coisa julgada estável e não relativizável por qualquer juízo e a qualquer tempo", porém, apenas "relativizável, na forma que a própria ordem jurídica pré-instituída estabeleceu."⁷³⁴

E, PORTO conclui sua crítica, assentando que ainda que haja "situações concretas (...) a desafiar o senso de justiça dos mais renomados juristas", ainda assim, como aponta o Jurista, "não se pode, em face disso, propor o caos jurídico", mas sim, "aparelhar a ordem jurídica com instrumentos hábeis ao enfrentamento

⁷³⁰ *Id. Ibid.*, p. 7.

⁷³¹ *Id. Ibid.*, p. 7.

⁷³² *Id. Ibid.*, p. 8.

⁷³³ *Id. Ibid.*, p. 8.

⁷³⁴ *Id. Ibid.*, p. 8.

desta realidade", respeitando-se, contudo, "a estabilidade das decisões jurisdicionais e, por decorrência, a segurança jurídica necessária à convivência social."⁷³⁵

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON⁷³⁶ foi outro processualista que se deteve a abordar o tema da "relativização da coisa julgada". E, apoiado na lição de FREDERICO MARQUES, que assenta "o direito público subjetivo de ser exigido respeito à coisa julgada" (Frederico Marques, Manual de direito processual civil, p. 227), destacou que "fora dos limites do ordenamento jurídico, não é possível se questionar a justiça do julgamento", mesmo que "o juiz tenha se distanciado do direito material, indeferindo provas relevantes ou mesmo apreciando mal aquelas encartadas aos autos."⁷³⁷

Assim, posicionando-se contrário "a "relativização" ainda que tenha havido grave injustiça", destaca não ser "à-toa que o próprio Código de Processo Civil determina que o juiz reconheça de ofício a preliminar de coisa julgada (art. 301, VI, § 4º) ou extinga o processo sem o exame do mérito ao verificar a ocorrência de coisa julgada (art. 267, V)"⁷³⁸.

Afirmando que o "respeito à coisa julgada é elemento característico do Estado Democrático de Direito" a impedir que "o juiz julgue novamente, seja qual for o teor da decisão", alerta que "admitir, sem limites normativos, a impugnação à sentença inconstitucional significa eternizar conflitos, já que ao sabor de cada momento histórico ou mesmo governante, a coisa julgada poderia ser afastada."⁷³⁹

E, assim, conclui seu pensamento, no sentido de ser "inadmissível (...) ingerências arbitrárias não contempladas no ordenamento jurídico"⁷⁴⁰, haja vista "garantia constitucional da coisa julgada"⁷⁴¹.

⁷³⁵ *Id. Ibid.*, p. 8.

⁷³⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a fazenda pública. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 141, p. 20 – 52, nov. 2006.

⁷³⁷ *Id. Ibid.*, p. 42.

⁷³⁸ *Id. Ibid.*, p. 42.

⁷³⁹ *Id. Ibid.*, p. 43.

⁷⁴⁰ *Id. Ibid.*, p. 43.

⁷⁴¹ *Id. Ibid.*, p. 43.

Também VICENTE GRECO FILHO parece não concordar com a tese relativista, apontando a necessidade de respeito ao postulado da coisa julgada material, haja vista a "necessidade teórica e prática de cessação definitiva do litígio e estabilidade nas relações jurídicas, tornando-se a decisão imutável"⁷⁴².

E, de forma clara, entende que através da garantia constitucional da coisa julgada, que encontra fundamento na "necessidade de estabilidade das relações sociais", "não mais se poderá discutir", ainda que em processo diverso, "a justiça ou injustiça da decisão, porque é preferível uma decisão eventualmente injusta do que a perpetuação dos litígios."⁷⁴³

O processualista JOSÉ MARIA TESHEINER traz uma abrangente crítica à "relativização" da coisa julgada material⁷⁴⁴.

Sobre o descompasso da tese, face ao momento processual em que vivemos, TESHEINER faz as seguintes considerações:

O excesso de recursos tem sido apontado como uma das causas mais relevantes a impedir a efetividade da jurisdição. (...)
Se há recursos demais, o que dizer quanto à dispensa de qualquer recurso ou ação autônoma de impugnação, para desconstituir sentença?
É o que ocorre quando os tribunais decidem novamente questões já decididas, negando a existência de coisa julgada material.
A negativa de coisa julgada apresenta-se como o recurso dos recursos, o mais extraordinário dos recursos, pois dispensa prazo e abre as portas para novas alegações e provas.⁷⁴⁵

E, em tom crítico, assinala que, para os teóricos da "relativização", a "busca da justiça", deveria ensejar a revisão da *res iudicata*, afinal, quem pode ser contrário a "busca pela justiça" ? E, nesta linha, afirma que "aí" está "uma frase sonora, boa para discursos".⁷⁴⁶

⁷⁴² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2, p. 242.

⁷⁴³ *Id. Ibid.*, p. 242.

⁷⁴⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. *Páginas de Direito*, nov. 2001. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm#_ftn1>. Acesso em: 15 de junho de 2010.

⁷⁴⁵ TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. *Páginas de Direito*, nov. 2001. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm#_ftn1>. Acesso em: 15 de junho de 2010, p. 3.

⁷⁴⁶ *Id. Ibid.*, p. 3.

Em tom mais ameno, o Processualista entende que, como "a sentença de mérito tem por objetivo básico fixar a norma jurídica do caso concreto, ou seja, a regra jurídica reguladora da situação entre as partes", passa a ser "irrelevante" o passado. E, a coisa julgada é "justamente, a proibição imposta a todos os juízes de pronunciarem-se sobre situação jurídica substancial já definida por sentença não mais sujeita a recurso."⁷⁴⁷

Ressaltando que "o princípio da coisa julgada está ligado ao direito fundamental à proteção jurisdicional efetiva (5º, XXXV, CF)", incluindo o "direito à imodificabilidade da sentença como um dos componentes do direito à efetividade da tutela", afirma que a *res iudicata* acarreta a "proibição, imposta a todos os juízes, de pronunciarem-se sobre situação jurídica substancial já definida por sentença não mais sujeita a recurso."

Para TESHEINER seria até mesmo um "problema de incompetência, no sentido de ausência de poder para julgar o caso."⁷⁴⁸ E, finaliza seu ponto de vista, afirmando que não deve "prevalecer (...) a ideia de que possa qualquer juiz ou tribunal desprezar a coisa julgada decorrente de decisão proferida por outro órgão judiciário, de igual ou superior hierarquia, a pretexto de sua nulidade ou erronia."⁷⁴⁹

Concluindo a exposição do pensamento dos principais críticos da "relativização" da coisa julgada material, destacamos a alarmante preocupação do professor NELSON NERY JR.⁷⁵⁰ que vê, na "relativização" da coisa julgada um instrumento do totalitarismo, *in verbis*:

Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, se ocorreu ou não, é instrumento do totalitarismo, de esquerda ou de direita, nada tendo a ver com a democracia, com o Estado Democrático de Direito. Desconsiderar-se a coisa julgada é ofender-se a Carta Magna, deixando-se de dar aplicação ao princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (CF, art. 10, caput)⁷⁵¹

⁷⁴⁷ *Id. Ibid.*, p. 4.

⁷⁴⁸ *Id. Ibid.*, p. 4.

⁷⁴⁹ *Id. Ibid.*, p. 5.

⁷⁵⁰ NERY Jr., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e Estado Democrático de Direito. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Relativização da coisa julgada – enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2006.

⁷⁵¹ *Id. Ibid.*, p. 253.

4.7. a posição dos Ministros do STF que criticam a "relativização da coisa julgada"

Voltando-se ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 590.880, iniciado em 24 de março de 2010, no qual o Colendo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL começou o exame sobre a constitucionalidade da regra do art. 884, § 5º, da CLT, no mesmo sentido daquela dos arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, CPC, passamos a analisar os posicionamentos dos eminentes Ministros que não aceitam a chamada "relativização" da coisa julgada material.

O MINISTRO EROS GRAU:

O primeiro a dissentir do pronunciamento da eminente Relatora, Ministra ELLEN GRACIE, foi o Ministro EROS GRAU⁷⁵², que, em seu voto, ao negar provimento ao recurso, destacou: "...."

Eu vou pedir vênia para divergir, porque pra mim a questão se resolve num confronto entre a coisa julgada e a segurança jurídica. Eu penso que o tema da incompetência da Justiça do Trabalho é para ações futuras, não para aquela ação – se é que eu entendi bem – que já havia sido julgada. (...) Não está revelado o aspecto rescisório. Eu, cada dia me convenço mais do meu positivismo, de ser positivista (...) Mas a minha prisão à legalidade e à constitucionalidade me fazem pedir vênia para divergir. Eu vejo aí a afetação de direitos adquiridos, situações consolidadas... Eu vou pedir vênia Ministra para divergir de Vossa Excelência, negando provimento.⁷⁵³

Em outro momento dos debates, o Min. EROS GRAUS, destacou que a coisa julgada não é apenas uma "garantia individual", eis que "é o próprio sistema que depende da segurança jurídica". Assim, se, "de certa forma, nós" – o STF – "aplicamos a Constituição...", "reproduzimos aqui (...) o sistema, tal como ele se compõe". Logo, "a segurança jurídica não é apenas uma garantia do cidadão, mas, a própria consistência do sistema."⁷⁵⁴

⁷⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁷⁵³ *Id. Ibid.*

⁷⁵⁴ *Id. Ibid.*

E, lembrando, juntamente com o Ministro PELUSO, a obra de FELIPE LÓPEZ DE OÑATE (*La certeza del diritto*), na qual o Autor, após demonstrar "do ponto de vista dogmático e do direito positivo", que "a eticidade do direito está na segurança jurídica", valendo-se, ainda, da lição de MAX WEBER, EROS GRAU reafirma que "é o próprio sistema que depende da segurança jurídica."⁷⁵⁵

De forma categórica o Ministro GRAU, conclui que "não há circulação mercantil, sem a certeza e a segurança jurídica", e, referindo-se ao Supremo Tribunal Federal" destaca que "nós estamos aqui exata e precisamente para viabilizar que o sistema funcione."⁷⁵⁶

O MINISTRO AYRES BRITTO:

Para o ministro CARLOS AYRES BRITTO, que afirma ter "dificuldades em absorver a tese da relativização da coisa julgada", "o fato é que a própria Constituição, quando admite a relativização da coisa julgada, o faz, por meio de um instituto próprio, a ação rescisória."⁷⁵⁷

Assentando a importância constitucional da *res iudicata*, o Min. BRITTO destacou:

"E a coisa julgada é um instituto jurídico que se qualifica como garantia constitucional do processo. É direito fundamental, oponível ao Estado, e diz a Constituição, que, contra ela, ou para ofendê-la, nem a lei pode ser editada. O discurso constitucional é enfático no inciso XXXVI, do art. 5º: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada."⁷⁵⁸

Dada esta estatura constitucional, para o eminente Magistrado, "a preservação da coisa julgada, ainda que materialmente inconstitucional, ou proferida a sentença, que transitou em julgado, por Juízo incompetente", importará na afirmação da "supremacia da Constituição, porque foi a Constituição que imunizou a coisa julgada, até mesmo contra a edição de lei."⁷⁵⁹

⁷⁵⁵ *Id. Ibid.*

⁷⁵⁶ *Id. Ibid.*

⁷⁵⁷ *Id. Ibid.*

⁷⁵⁸ *Id. Ibid.*

⁷⁵⁹ *Id. Ibid.*

Caracterizando a coisa julgada como uma das "figuras estelares, de densificação do princípio da segurança jurídica", juntamente com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, entende o Ministro AYRES BRITTO que "servir, respeitar a coisa julgada é afirmar a supremacia da Constituição, na perspectiva desse valor, desse sobrevalor, desse sumo valor da segurança jurídica."⁷⁶⁰

Chamou a atenção, ainda, para o fato da Constituição, "quando quis abrir uma exceção, fê-lo", de forma explícita e "taxativamente", eis que "no ADCT há uma outra relativização da coisa julgada", qual seja, a afirmação de que "não prevalece nem a invocação de direito adquirido" contra os parâmetros estabelecidos em "matéria de servidores e não admite a superação desses parâmetros".⁷⁶¹

Desta forma, alinhando-se ao voto que inaugurou a divergência, proferido pelo Min. EROS GRAU, o Min. AYRES BRITTO também negou provimento ao recurso "para prestigiar o instituto da coisa julgada".⁷⁶²

O MINISTRO CEZAR PELUSO:

Também o Ministro CEZAR PELUSO foi enfático ao negar qualquer possibilidade de relativização da coisa julgada, além dos limites já postos no sistema jurídico.⁷⁶³

Confessando que até pensou em "pedir vista, dada a dimensão da questão", logo de início criticou, severamente, a vinda ao direito positivo das "duas normas, uma do Código de Processo Civil, e, outra da CLT", através de "Medida Provisória, absolutamente incompatível com a matéria, que é de direito processual", "que nada tem de urgência", "isto é, absolutamente, em desconformidade com as exigências, com os requisitos"⁷⁶⁴

⁷⁶⁰ *Id. Ibid.*

⁷⁶¹ *Id. Ibid.*

⁷⁶² *Id. Ibid.*

⁷⁶³ *Id. Ibid.*

⁷⁶⁴ *Id. Ibid.*

Como o Supremo Tribunal Federal "fixa princípios", "sua decisão tem um alcance muito além do caso concreto, não apenas em virtude de normas constitucionais específicas e de outras regras infraconstitucionais, mas pela autoridade que emana da própria condição da Corte"⁷⁶⁵.

E, criticando a regra do art. 884, § 5º, da CLT, entende que, "além de aniquilar a coisa julgada, ela introduz um princípio de absoluta insegurança jurídica."⁷⁶⁶

Também vê problema na norma por apenas dizer respeito às sentenças condenatórias, apontando aí uma "discriminação":

Essas normas não cobrem todas as classes de sentenças, elas cobrem apenas as sentenças condenatórias, que constituem título executivo e, por isso mesmo, autorizam uma execução. As demais classes de sentenças, que não são menos graves nas suas consequências jurídicas na vida dos cidadãos, como as declaratórias e as constitutivas, ambas, positivas ou negativas, porque não são susceptíveis de execução, não caem sob a incidência dessas normas.⁷⁶⁷

Vendo na segurança jurídica contida na regra da coisa julgada "um valor jurídico muito superior aos interesses materiais desses Órgãos da Administração Pública Federal", rejeita a aplicação do § 5º, do art. 884, da CLT, e reafirma que "ninguém consegue viver sem o direito à segurança jurídica, sem a tranquilidade de saber que aquele direito que lhe foi reconhecido no processo, onde foram exauridos todos os ônus jurídicos que as partes tinham e que chegaram" deve ser mantido inalterado.⁷⁶⁸

Ademais, para o Min. PELUSO a abertura de maior flexibilização da coisa julgada também importará em mitigação dos institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, haja vista que "não há nenhum motivo racional pelo qual se diga que, entre as garantias constitucionais que estão na mesma norma, só a coisa julgada tenha caráter relativo, os demais não."⁷⁶⁹

⁷⁶⁵ *Id. Ibid.*

⁷⁶⁶ *Id. Ibid.*

⁷⁶⁷ *Id. Ibid.*

⁷⁶⁸ *Id. Ibid.*

⁷⁶⁹ *Id. Ibid.*

Entendendo que a razão que ensejou o aparecimento da norma não tem mais qualquer relevância, denominando-a de "transitória", "factual", "histórica" e que "hoje já não existe", CEZAR PELUSO não vê possível, à luz da Constituição, a "relativização" da coisa julgada:

(...) Vossa Excelência fala do subprincípio da confiança e sem confiança, ninguém pode viver numa sociedade civilizada, isto é, se nós tivermos que viver num sistema instável, em que nosso patrimônio, para dizer o mínimo, fica exposto a interpretações, remédios, e assim... Nós ficamos como? Vivemos como? É isso que me parece pouco compatível com a ideia da Suprema Corte proclamar a constitucionalidade de normas que põem em risco, exatamente, esse valor fundamental pra vida em sociedade. A gente precisa viver tranquilo.⁷⁷⁰

E, mesmo que tenham os Tribunais errado, o que "faz parte da fisiologia, do funcionamento do sistema judiciário, que, por ser integrado por seres humanos, é tão imperfeito como somos todos nós", ressalta PELUSO que "o sistema jurídico tem remédio para isto" e "remédio razoável", qual seja a "ação rescisória".⁷⁷¹

Mas, exige o sistema que "depois dos dois anos da ação rescisória, se restabelece a confiança absoluta na irretocabilidade daquilo que foi reconhecido judicialmente."⁷⁷²

Ademais, como observa o Ministro, os relativistas pretendem "a aniquilação, como princípio, de uma garantia constitucional fundamental, talvez uma das garantias individuais mais antigas do nosso sistema romano", como se nunca se tivesse pensado e sopesado a possibilidade de sentenças equivocadas, "como se as dificuldades e potencialidades de sentença injusta tivessem aparecido agora, há duas décadas atrás, só pra União", "como se isso não viesse acompanhando a história da humanidade e como não tivesse justificado, em nenhum momento histórico, o relaxamento de garantias fundamentais na vida do cidadão."⁷⁷³

Assentou PELUSO, com todas as letras, que "o que o ordenamento jurídico não pode" e "a Corte não pode tampouco plastar, convalidar é o estabelecimento de

⁷⁷⁰ *Id. Ibid.*

⁷⁷¹ *Id. Ibid.*

⁷⁷² *Id. Ibid.*

⁷⁷³ *Id. Ibid.*

princípios que aniquilam valores fundamentais da nossa civilização"⁷⁷⁴ tais como a coisa julgada.

De forma ponderada, o Min. PELUSO, afirma que até "concordaria que, por exemplo, a ação rescisória poderia ter um prazo maior" ou que tivéssemos "remédios jurídicos com prazos determinados para questionar coisas julgadas, quando as sentenças sejam incompatíveis com a declaração de inconstitucionalidade". Contudo, isto deveria ser feito "com um tratamento uniforme", estabelecendo-se "um tempo, após o qual, todo cidadão tem que viver tranquilo, quando se está sob a tutela de uma norma expressa em sentença judicial transitada em julgado."⁷⁷⁵

E, concluindo seu voto, o eminente Ministro, por não conseguir "tranquilizar" sua "consciência", "reconhecendo que a coisa julgada possa ser relativizada, e ser relativizada nestes termos", afirma que "no sopesamento dos valores, (...) é preferível sacrificar (...) aquilo que a União perca, para preservar algo que, como princípio" vale muito mais "que o dinheiro que tenha sido pago ou que deva ser pago aos credores desta ação, ou, num tempo limitado"⁷⁷⁶. Assim, rogando vênias aos que pensam de modo distinto, acompanhou a divergência para negar provimento ao RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

O MIN. MARCO AURÉLIO:

Logo no início dos debates, o eminente Ministro MARCO AURÉLIO delimitou que a questão posta "é a envergadura constitucional da coisa julgada" e a tese de sua "sua "relativização", apontada por "NELSON NERY JR. (...) como a beirar o totalitarismo."⁷⁷⁷

MARCO AURÉLIO, entendendo ser a coisa julgada o "ato jurídico perfeito por excelência", porque "decorre de atuação do Estado – Juiz", apesar de admirar "as ideias novas", "no ofício judicante, a não ser que parta para o Direito alternativo",

⁷⁷⁴ *Id. Ibid.*

⁷⁷⁵ *Id. Ibid.*

⁷⁷⁶ *Id. Ibid.*

⁷⁷⁷ *Id. Ibid.*

deve "verificar se ela é harmônica ou não com o arcabouço normativo e, principalmente, se é harmônica ou não com a Carta da República, que se diz rígida, e não flexível".⁷⁷⁸

Para o Ministro, uma das "balizas próprias do Estado Democrático de Direito" é a coisa julgada que "está no inciso XXXVI do artigo 5º, ao revelar que nem mesmo a lei" poderá prejudicar a *res iudicata*, que o Magistrado vê como "cláusula pétrea".⁷⁷⁹

MARCO AURÉLIO chama a tentativa de "relativização" da coisa julgada de "terceira época", explicando:

Agora, eu conhecia segunda época, terceira época, não. Explico, primeira época, o campo da recorribilidade; segunda época, o campo da rescisória é limitado no tempo e terceira época, já, agora, não sei quantos anos depois de preclusa, nove anos depois de preclusa a via da recorribilidade, e sete da via da rescisória, se pretende dar o dito pelo não dito.⁷⁸⁰

Salienta o Ministro que "o que se contém no inciso XXXVI é temperado pela própria Constituição no que prevê a ação rescisória e não ação de impugnação diversa como é a ação de embargos à execução".⁷⁸¹

E, esse temperamento ocorre justamente porque "dois princípios são básicos em uma democracia: segurança jurídica e justiça", sendo que "qualquer dos dois potencializados levam à babel." A exacerbação da segurança jurídica acabaria com a "possibilidade de diante de uma decisão judicial se reverter o quadro, na via do recurso." De outro turno, a exacerbação do valor justiça importaria na "perpetuação das lides", em detrimento do objetivo da jurisdição de "restabelecer a paz social momentaneamente abalada pelo conflito de interesses e é presumível que isso deva ocorrer dentro de um certo espaço de tempo."⁷⁸²

Salientando que a regra do art. 884, § 5º, da CLT, gera uma "subversão inaceitável" da ordem jurídica", possibilitando que "um Juiz de primeira instância, depois de transitado em julgado o que decidido, ante pronunciamento do Supremo", possa

⁷⁷⁸ *Id. Ibid.*

⁷⁷⁹ *Id. Ibid.*

⁷⁸⁰ *Id. Ibid.*

⁷⁸¹ *Id. Ibid.*

⁷⁸² *Id. Ibid.*

alterar o que foi decidido por Tribunal Superior, inclusive pelo próprio STF, o Magistrado já vislumbra os inúmeros problemas que a regra poderá acarretar, podendo ser usada como instrumento do "totalitarismo, de esquerda ou de direita," não importa, "nada tendo a ver com a democracia, com o Estado Democrático de Direito".⁷⁸³

E, destacando a importância do caso, eis que, em suas palavras, "*é a primeira vez que o Supremo enfrenta a matéria*", conclui, "que não cabe agasalhar o que aponte como terceira época".⁷⁸⁴ Nessa linha, nega provimento ao recurso e declara a inconstitucionalidade do § 5º, do art. 884, da CLT, por desconformidade com a Constituição.⁷⁸⁵

A INTERRUPÇÃO DO JULGAMENTO:

Destaque-se que o julgamento foi interrompido pelo pedido de vista formulado pelo Min. GILMAR MENDES.⁷⁸⁶ Contudo, apesar do julgamento não ter se encerrado, percebe-se uma nítida divisão de posicionamentos por parte dos Ministros do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL⁷⁸⁷, sobre a possibilidade de se rever a coisa julgada material, através da impugnação ou embargos, com efeitos rescisórios, fundados no § 5º, do art. 884, da CLT, que, como visto, tem redação praticamente idêntica àquele constante do parágrafo único, do art. 741 e § 1º, do art. 475-L, do CPC.

Enquanto os Ministros ELLEN GRACIE, CÁRMEN LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI e GILMAR MENDES⁷⁸⁸, entendem a possibilidade de se conferir efeitos rescisórios aos embargos, na forma do § 5º, do art. 884, da CLT, EROS GRAU, AYRES BRITTO, CEZAR PELUSO e MARCO AURÉLIO negam esta possibilidade⁷⁸⁹.

Aguarda-se, portanto, o fim do julgamento com os votos dos Ministros JOAQUIM BARBOSA e CELSO DE MELLO, que ainda não votaram no caso.⁷⁹⁰

⁷⁸³ *Id. Ibid.*

⁷⁸⁴ *Id. Ibid.*

⁷⁸⁵ *Id. Ibid.*

⁷⁸⁶ *Id. Ibid.*

⁷⁸⁷ *Id. Ibid.*

⁷⁸⁸ Apesar de ainda não ter proferido voto, eis que pediu vista, já se manifestou, durante o julgamento, na defesa do dispositivo.

⁷⁸⁹ *Id. Ibid.*

⁷⁹⁰ *Id. Ibid.*

4.8. síntese das teses críticas da "relativização da coisa julgada"

As teses críticas da "relativização" da coisa julgada demonstram sua inconsistência, com fortes e jurídicos fundamentos. Inicialmente, ressalte-se que a coisa julgada é uma garantia constitucional para o cidadão (e, mais precisamente, para as partes no processo), para a sociedade e para o próprio Estado, visando garantir a "definitividade" da prestação jurisdicional.⁷⁹¹

Lembrando as lições de LÓPEZ DE OÑATE e MAX WEBER, o Ministro EROS demonstra que "a segurança jurídica serve para a própria consistência do sistema" e, por sua vez, a Jurisdição objetiva "viabilizar que o sistema funcione".⁷⁹²

Tal a força constitucional da coisa julgada que, "a partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire (...) vida própria", não sendo "atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata". É, por esta razão que "ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração da inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado"⁷⁹³. Lembre-se que "o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla "uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada".

E, se quisesse abrir a exceção à irretroatividade quanto à *res iudicata*, a Constituição o teria feito expressamente, tal como tratou da "ação rescisória" e afirmou, no ADCT, que "não prevalece nem a invocação de direito adquirido" contra os parâmetros estabelecidos em "matéria de servidores e não admite a superação desses parâmetros".⁷⁹⁴

⁷⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. 2. Processo de Conhecimento. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 679.

⁷⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

⁷⁹³ Nesse sentido BARROSO, ... op. cit, p. 253.

⁷⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

Também salta aos olhos a impropriedade de se propor a desconsideração da coisa julgada com base em critério aberto como "justiça", ainda que "grave", "séria", "abusiva". Além da própria noção de "justiça" poder variar de acordo com o tempo, a sociedade e a concepção de cada indivíduo, tal abertura simplesmente extinguiria a coisa julgada, causando o caos social, com o extermínio da segurança jurídica.⁷⁹⁵

Não se pode, tomar casos isolados "pitorescos", "esdrúxulos" e "absurdos" para, com base neles, acabar com a garantia de segurança jurídica, pilar do Estado Democrático de Direito⁷⁹⁶.

Aliás, a "relativização" permitiria que as decisões pudessem ser impugnadas eternamente, tirando a estabilidade e efetividade da jurisdição.

E, de forma perspicaz, MARINONI demonstra que "as teses da relativização não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada", eis que "admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, implica em aceitar que ele pode errar novamente, quando a ideia de "relativizar" a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça."⁷⁹⁷

E, mesmo os ditos critérios de "ofensa a princípios constitucionais" não poderiam servir para ensejar a "relativização", além dos limites já postos no ordenamento jurídico. Como observado por OVÍDIO, "os *princípios* são normas abertas, cuja aplicação obedece a uma escala de "otimização", logo, sujeitos ao mesmo subjetivismo já criticado⁷⁹⁸.

Ademais, a ideia de que a "relativização" com base na inconstitucionalidade somente seria para hipóteses excepcionais, apresenta-se completamente falha. Prova disso é a crise que assoberbou o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL com um infindável número de RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS, todos fundados em ditas "ofensas à Constituição". Ou seja, o limite será a imaginação dos advogados para encontrarem "inconstitucionalidades" em casos de litigantes inconformados.

⁷⁹⁵ SILVA, Ovídio, *op. cit.*, p. 4.

⁷⁹⁶ DIDIER, ... *op. cit.*, p. 509.

⁷⁹⁷ MARINONI, ... *op. cit.*, p. 696.

⁷⁹⁸ SILVA, Ovídio, *op. cit.*, p. 505.

E, com a "relativização", seria bem pior que a crise do STF, pois a "revisão" atípica, sem forma e prazo, começaria na primeira instância, podendo-se arrastar por inúmeros novos anos, até as instâncias superiores. E, quando já houver transitado em julgado o pronunciamento relativizado, em tese, será possível nova impugnação – eis que a coisa julgada já não mais será obstáculo –, e assim, indefinidamente...

Daí, advém outro insuperável problema. A possibilidade de revisão a qualquer tempo pelo Magistrado de primeiro grau ofenderia todo o sistema de hierarquia do Poder Judiciário, possibilitando-se que o Magistrado Singular de primeira instância, alterasse, no mérito, pronunciamentos até do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o que "constituiria uma subversão inaceitável."⁷⁹⁹

Isto também se dá com os embargos ou impugnação da dita "sentença inconstitucional". E, nesta medida, ao invés do instituto servir à garantia dos pronunciamentos do STF, poderá acarretar justamente o seu desrespeito.

Também a tese da "impossibilidade jurídica dos efeitos" não se sustenta, eis que, por partir de premissa equivocada, chega à conclusão também incorreta. O problema é partir-se da premissa de que a coisa julgada seria a "qualidade dos efeitos da sentença", ou seja, "de que *a auctoritas rei iudicatae* é algo que se vincula unicamente aos efeitos da sentença"⁸⁰⁰. Como o CPC não adotou essa concepção de coisa julgada, falta base jurídico – normativa que lhe possa socorrer. Como visto anteriormente, a *res iudicata* tem natureza de situação jurídica que consubstancia a imutabilidade da sentença, e não de seus efeitos. Os efeitos, aliás, são mutáveis.

As inconsistências do "relativismo" não param por aí. Vale lembrar que, se a "sentença" a ser "relativizada" é nula – como defendem alguns "relativistas" –, ela não surtiria qualquer efeito. Ou seja, não se teria nada para desconstituir. Não haveria, portanto, a "necessidade de ação rescisória "para desconstituir o que já é nulo"⁸⁰¹

Ademais, a ausência de trânsito em julgado – propugnada por alguns – já excluiria o cabimento da rescisória.

⁷⁹⁹ SILVA, Ovídio. *op. cit.*, p. 259-260.

⁸⁰⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa., *op. cit.*, p. 251.

⁸⁰¹ *Id. Ibid.*, p. 252-253.

Também mostra-se inconsistente a doutrina relativista, ao lastrear todo seu discurso no valor do "justo", porém sem apresentar qualquer conceito ou fundamento filosófico do que seja, realmente, a "justiça".⁸⁰²

E, por ser o processo jurisdicional método de construção da norma jurídica individualizada⁸⁰³, a sentença "produz uma norma jurídica nova; não revela uma norma jurídica já existente". Logo, não haverá fórmulas mágicas e infalíveis de se chegar sempre à justiça, eis que "não há uma "justiça" anterior ao processo, que deva ser "encontrada" ou "revelada" pelo magistrado". A justiça será "sempre construída pelos sujeitos processuais, em contraditório" dentro do processo, sendo esse "método de construção de justiça (...) o melhor até hoje inventado pelo gênio humano."⁸⁰⁴

A própria noção de jurisdição impõe que, em determinado momento, a decisão seja definitiva⁸⁰⁵. E, "se a decisão jurisdicional é a última e é inevitável, é preciso que haja um momento em que nem mesmo os órgãos jurisdicionais possam rever aquilo que foi decidido"⁸⁰⁶.

Como o processo nos garante a "certeza dos meios e a incerteza do resultado"⁸⁰⁷, "não há como se saber qual será o resultado de um processo"⁸⁰⁸, antes que ele chegue ao fim. Conhece-se, previamente, apenas o procedimento.

Também há de se ver que o "conhecimento mais profundo das espécies poderia talvez revelar a possibilidade de dar remédio adequado à situação sem infringir o ordenamento positivo"⁸⁰⁹. Tanto é assim que, vários dos exemplos citados,

⁸⁰² MARINONI, ... *op. cit.*, p. 696.

⁸⁰³ DIDIER JR. *op. cit.*, p. 507.

⁸⁰⁴ *Id. Ibid.*, p. 507.

⁸⁰⁵ *Id. Ibid.*, p. 508.

⁸⁰⁶ *Id. Ibid.*, p. 508.

⁸⁰⁷ *Id. Ibid.*, p. 508.

⁸⁰⁸ Como leciona LUHMANN, citado por DIDIER JR., "É sobretudo a incerteza quando ao resultado que é essencial ao procedimento. Dá aos participantes do procedimento o incentivo de contribuir para o progresso do procedimento por meio das suas próprias tentativas de redução, mantém-lhes vivas as esperanças de conduzi-los através do caminho que, de acordo com as regras do processo jurídico, levará à decisão." *In*: LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria Conceição Corte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 46; *Apud. Id. Ibid.*, p. 508.

⁸⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, ... *op. cit.*, p. 255.

encontram solução jurídica adequada, sem a necessidade de qualquer "relativização" atípica da coisa julgada.

Sobre os casos em que a Fazenda Pública é condenada a pagar quantia que julga exorbitante, "nenhuma das teorias que tratam do tema enfrentou a questão do art. 474 do CPC, princípio basilar de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível". Ademais, se o laudo "tiver se fundado em prova falsa, caberá ação rescisória, em conformidade com o art. 485, VI do CPC. Se, os cálculos forem equivocados ou estiverem desatualizados, será perfeitamente possível a realização de nova conta. – aliás esta foi a solução do STF, nos casos citados por DELGADO⁸¹⁰. E, se as premissas fáticas se alterarem, será possível nova e distinta lide, com base em nova causa de pedir.

Do mesmo modo, a hipótese de AÇÃO CIVIL PÚBLICA, em matéria de violação ao meio ambiente e de destruição das condições do próprio *habitat* do ser humano⁸¹¹ não carece de qualquer "fórmula mágica", ou "relativista". Cabe lembrar que, tratando-se de "ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, CDC)", como aqueles atinentes ao meio ambiente, a coisa julgada será formada *secundum eventum probationis*, ou seja, se o pedido for julgado improcedente por falta de elementos probatórios, poderá haver a reiteração de idêntica ação, com novas provas. E, regra idêntica também existe na sistemática da AÇÃO POPULAR (art. 18 da Lei Federal n. 4717/1965) e da AÇÃO CIVIL PÚBLICA (art. 16, da Lei da Ação Civil Pública).

Quanto ao caso apresentado à "Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER", como informado, com base na teoria "dos limites objetivos da coisa julgada, da correlação entre o objeto da demanda e o objeto da sentença", entendeu-se que não incidiria o óbice da coisa julgada material, eis que os pedidos e as causas de pedir seriam diversos entre aqueles da ação anterior, cuja sentença transitou em julgado, e a futura."⁸¹²

⁸¹⁰ DELGADO, ... *op. cit.*, p. 30 – 31.

⁸¹¹ *Id. Ibid.*, p. 30 – 31.

⁸¹² *Id. Ibid.*, p. 51 – 52.

E, nenhuma dessas hipóteses necessitou da "relativização da coisa julgada". Cuidou-se, tão somente, da utilização adequada dos instrumentos já postos no ordenamento jurídico.

Aliás, de todo indesejável é a tese da "relativização", em total descompasso com o momento processual que em que vivemos. Basta ver que quando se quer um processo mais célere, o "relativismo" aponta, justamente, para um processo muito pior que o atual, pois, simplesmente, pode não ter fim. Quando se quer diminuir as possibilidades recursais, a "relativização" seria um recurso (em sentido *lato*) a mais, e muito mais poderoso que qualquer outro, pois não sujeito a prazo e forma.⁸¹³

Como percebido por MARINONI, "a possibilidade de o juiz desconsiderar a coisa julgada diante de determinado caso concreto certamente estimulará a eternização dos conflitos e colaborará para o agravamento, da quase insuportável, "demora da justiça"⁸¹⁴.

Nem mesmo a questão da sentença contrária ao laudo do DNA poderia ficar em aberto eternamente. Aqui também há a necessidade de se preservar os vínculos sócio – afetivos. Logo, o que poderia ser razoável é que, em sede *de lege ferenda*, apenas neste caso particular, o prazo para a propositura de ação rescisória fundada em "documento novo", tivesse início a partir do conhecimento do aludido exame.

Afigura-se inconstitucional a regra dos embargos contra a sentença que teve por lastro lei tida pelo STF por inconstitucional (art. 741, parágrafo único, do CPC e demais correlatos), eis que, ao deixar de fixar prazo para seu ajuizamento, atentou contra a própria existência da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CP).

No mais, os instrumentos postos já resolvem os problemas suscitados, não havendo a necessidade de relativização, até porque esta somente trará instabilidade para os litigantes, desprestígio ao Judiciário e problemas sociais decorrentes da ausência de segurança jurídica.

⁸¹³ TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. *Páginas de Direito*, nov. 2001. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm#_ftn1>. Acesso em: 15 de junho de 2010, p. 3.

⁸¹⁴ *Op. cit.* p. 695.

4.9. a crise do princípio da segurança e da coisa julgada

Apesar de toda a força que a Constituição tenta imprimir à segurança jurídica, garantindo a preservação da coisa julgada, como cláusula pétrea, como adverte LUIZ ROBERTO BARROSO, a sociedade atual vive uma grave crise de identidade que tem afetado o respeito a vários princípios, destacando-se o da segurança. Veja-se a análise do Constitucionalista:

A ideia de segurança jurídica, todavia, enfrenta uma crise de identidade nesse início de século e de milênio, uma quadra histórica identificada pelo rótulo ambíguo de pós-modernidade, com algumas características bem delineadas. Na Política, vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No Comportamento, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial.⁸¹⁵

Caracterizando os tempos atuais, como "era da velocidade e do pragmatismo", BARROSO lembra que, atualmente, "vive-se a era da (...) velocidade da informação e velocidade da transformação", em que "As coisas são novas por vinte e quatro horas". De outro turno, o pragmatismo hodierno faz com que "princípios constitucionais voltados para a segurança jurídica – como o respeito aos direitos adquiridos, os direitos de igualdade e o devido processo legal – são tratados como estorvos reacionários."⁸¹⁶

Neste quadro, retratado por BARROSO, "apesar de expressiva ascensão política e científica dos últimos anos, o constitucionalismo brasileiro e suas instituições ainda não vivem a maturidade plena" e "a insegurança é um traço de relevo na paisagem jurídica do país."⁸¹⁷

E, BARROSO, em uma rápida análise do cenário jurídico dos tempos recentes, demonstra esta instabilidade:

A Constituição, a despeito da vocação de permanência já referida, mais se assemelha a um periódico, vitimada por uma crônica disfunção: o

⁸¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 51.

⁸¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 51.

⁸¹⁷ *Id. Ibid.*, p. 53.

narcisismo constitucional, pelo qual cada governante quer um texto à sua imagem e semelhança. A lei, por sua vez, tem sido atingida pelo avanço crescente das competências normativas administrativas, das delegações legislativas e, sobretudo, no caso brasileiro, da tentativa compulsiva das medidas provisórias.⁸¹⁸

Neste panorama, bem traçado por BARROSO com exemplos reais, a segurança jurídica enfrenta mesmo uma crise de identidade.

A pressa e o pragmatismo atuais fazem com que também seja contaminada a interpretação jurídica, através de inaceitável desvirtuamento do sistema.

Esta realidade também foi percebida por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA⁸¹⁹, classificando os tempos atuais como a "era da incerteza".

Nesta realidade, "além do 'fim das certezas', como disse ILYA PRIGOGINE, um dos mais respeitados físicos contemporâneos, nossa era notabiliza-se por uma compulsiva e cada vez mais ampla destruição do que fora, na véspera, acolhido com entusiasmo." É como se a frase de KARL MARX, lembrada por OVÍDIO: "a modernidade faz com que 'tudo o que seja sólido desmanche no ar'"⁸²⁰.

Assim, "as coisas que pareciam perenes, mesmo as coisas sagradas, ou aquelas tidas como naturais, como a família, acabam desfazendo-se, ante a voracidade das transformações culturais."⁸²¹

Supõe o célebre Professor que "estejamos vivendo a fase terminal do ciclo histórico que, suplantando a Idade Média, deu nascimento à modernidade", porém não a "primeira modernidade", mas uma mais recente que BAUMAN denomina de "modernidade líquida"⁸²².

E, enquanto a primeira modernidade preocupava-se em recompor o que destruíra, "criando novas verdades, com igual pretensão à perenidade", a chamada "modernidade líquida", além de desfazer "tudo (...) o que fora a novidade da

⁸¹⁸ *Id. Ibid.*, p. 53.

⁸¹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa Julgada Relativa?. *Academia Brasileira de Direito Processual*. 19 jan. 2006. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 23 nov. 2009.

⁸²⁰ *Id. Ibid.*, p. 1.

⁸²¹ *Id. Ibid.*, p. 1.

⁸²² *Id. Ibid.*, p. 1.

véspera"⁸²³, não se dignou a construir nada que tenha a esperança de tornar-se permanente.

Neste cenário cultural, em que "tudo o que nossa "modernidade líquida" é capaz de construir nasce com o selo da provisoriedade, para ser logo demolido", aponta o Processualista que "não deve surpreender que a instituição da coisa julgada, tida como sagrada na "primeira modernidade", entre em declínio."⁸²⁴

Contudo, como aponta BAPTISTA DA SILVA, "não deixa, porém, de ser curioso que o ataque à coisa julgada provenha da própria modernidade", eis que a instituição "fora concebida para atender à exigência primordial de segurança jurídica, condição básica para o desenvolvimento econômico, aspiração também moderna," tendo sido a "âncora jurídica que possibilitou a construção do "mundo industrial"⁸²⁵.

Retratada a crise, incumbe aos operadores do direito, e, principalmente, aos intérpretes da Constituição, justamente para preservar a autoridade da Lei Maior, velar pela proteção da segurança jurídica, sendo guardiões da coisa julgada.

Neste sentido, é a conclusão de BARROSO:

Nestes tempos marcados pelo fetiche da velocidade e por pragmatismos variados, o intérprete constitucional deve ser o guardião da segurança jurídica e, no seu âmbito, da coisa julgada. Porque isto significa velar pela confiança, estabilidade, previsibilidade e igualdade que tornam a vida civilizada. E o Estado, por sua vez, não deve confundir interesse público com interesses circunstanciais do erário. Em suas relações com a sociedade e o cidadão, não pode sucumbir à tentação das espertezas ilegítimas nem às condutas ardilosas e condenáveis.⁸²⁶

Assim, espera-se que a força normativa da Constituição seja preservada, com o resguardo da coisa julgada, como elemento essencial do princípio da segurança jurídica, componente essencial e imprescindível do Estado de Direito.

⁸²³ *Id. Ibid.*, p. 1.

⁸²⁴ *Id. Ibid.*, p. 1.

⁸²⁵ *Id. Ibid.*, p. 1 – 2.

⁸²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. II, p. 411.

4.10. colisão de direitos fundamentais e a forma de sua superação

Como leciona DINAMARCO:

O processo civil deve ser realizado no menor tempo possível, para definir logo as relações existentes entre os litigantes e assim cumprir sua missão pacificadora; mas em sua realização ele deve também oferecer às partes meios adequados e eficientes para a busca de resultados favoráveis, segundo o direito e a justiça, além de exigir do juiz o integral e empenhado conhecimento dos elementos da causa, sem o que não se poderá fazer justiça nem julgará bem.⁸²⁷

Desta síntese, se depreende a necessidade do processo proteger dois valores: segurança e justiça. Assim, "o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá."⁸²⁸

Como foi bem percebido por LUIZ GUILHERME MARINONI, este problema "atinge a filosofia do direito, configurando uma das principais questões jurídicas ainda sem solução ideal", qual seja, a "tensão existente entre a facticidade (*Faktizität*) e a validade (*Geltung*) do direito; a tensão entre a justiça e a segurança".⁸²⁹

Como leciona JÜRGEN HABERMAS, "a tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica", na medida em que "o direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica", e de outro "a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar" sempre "com o tratamento de casos

⁸²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, 34.

⁸²⁸ *Id. Ibid.*, p. 34.

⁸²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material ? *Academia Brasileira de Direito Processual*. 10 fev. 2005. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 17 jul. 2010, p. 1.

semelhantes no passado", eis que "devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito."⁸³⁰

Ocorre que, por vezes, tais valores ou princípios podem estar em conflito. E, por se tratar de conflito entre direitos fundamentais, tais como segurança e justiça, sua resolução, não se dá como ocorre entre normas infraconstitucionais, com os critérios hierárquico e temporal, em que a solução é mais simples.⁸³¹

No caso, há de se buscar instrumentos de solução para situações de colisão entre direitos fundamentais.

Daí, a chamada colisão de princípios ou direitos fundamentais.

Ao tratar dos princípios, BARROSO informa que, sendo "comandos de otimização", devem ser "realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade"⁸³².

Como aponta BARROSO, "a Constituição (...) é um documento dialético, fruto de um compromisso político, e que, por isso mesmo, abriga princípios e direitos potencialmente conflitantes."⁸³³

Segundo BARROSO, "a ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão."⁸³⁴

⁸³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 245 - 246.

⁸³¹ "O direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre o inferior –, o temporal – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior –, e o da especialização – em que lei específica prevalece sobre a lei geral. (Sobre as antinomias e critérios para solucioná-las, v. Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, 1990, pp. 81 e ss.); *apud. Id. Ibid.*, p. 34.

⁸³² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

⁸³³ *Id. Ibid.*, p. 68.

⁸³⁴ *Id. Ibid.*, p. 68.

E, em passagem notável, BARROSO aponta que "como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição."⁸³⁵

Nesta linha, tem-se a ideia da ponderação, como instrumento de solução do conflito de direitos fundamentais.

A propósito do tema, GILMAR MENDES, INOCÊNCIO COELHO, e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, em excelente obra doutrinária, trazem a lição de ALEXY sobre a ponderação:

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma "lei de ponderação" segundo a qual, "quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção."⁸³⁶

Ocorre que, como já afirmado, neste juízo de ponderação, haverá o intérprete de buscar preservar ao máximo o conteúdo de cada direito fundamental. Lembre-se que BARROSO fala em sacrificar "o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição."⁸³⁷

Este aspecto nos remete à ideia de proteção do núcleo essencial do direito fundamental, entendida pelos ilustres Juristas do INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO, como "aquilo que neles (princípios estruturais) constitui a própria substância, os fundamentos, os elementos ou componentes deles inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes."⁸³⁸

⁸³⁵ *Id. Ibid.*, p. 68.

⁸³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 346.

⁸³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68.

⁸³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 220.

A propósito, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, nos autos do mandado de segurança nº 23.047, se posicionou no sentido de que "as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 64, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege."⁸³⁹

E, ainda segundo GILMAR MENDES, esta proteção do núcleo essencial vedaria a abolição, mitigação ou redução do significado e da eficácia da norma.⁸⁴⁰

No conflito entre justiça e segurança, atinente aos limites da coisa julgada, parece que o sistema encontrou um ponto de equilíbrio adequado.

Nosso ordenamento jurídico, como reconhece MARINONI, busca a prestação jurisdicional justa, eis que já se tendo "superado as bases do positivismo normativista de Kelsen e Hart", "afirmar-se (...) que determinada decisão é definitiva simplesmente porque proferida pelo Estado-Juiz externa uma posição despreocupada com as novas realidades", o que não é aceito pelo sistema.⁸⁴¹

Nesta linha, constatando que "o ordenamento jurídico brasileiro não é partidário absoluto da concepção hobbesiana de direito", demonstra que há uma enorme preocupação com a "legitimidade das decisões", tanto é assim, que há "hipóteses legais de relativização da coisa julgada mediante a ação rescisória."⁸⁴²

Contudo, em que pese o reconhecimento do "primado do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor do sistema do direito", não existe a

⁸³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Mandado de Segurança nº 23.047. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. DJ de 14.11.2003.

⁸⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 221.

⁸⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material ?. *Academia Brasileira de Direito Processual*. 10 fev. 2005. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 17 jul. 2010, p. 2.

⁸⁴² *Id. Ibid.*, p. 2.

garantia absoluta de que "sempre" será obtida "uma decisão justa"⁸⁴³.

Mas, como destaca MARINONI, apesar de não existirem "condições de disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo", não deve ser por isto que devemos abrir mão da segurança jurídica, "estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça." A ausência de segurança das decisões "geraria uma situação insustentável", conforme depreendeu RADBRUCH, citando interessante passagem de SÓCRATES: "crês, porventura, que um Estado possa subsistir e deixar de se afundar, se as sentenças proferidas nos seus tribunais não tiverem valor algum e puderem ser invalidadas e tornadas inúteis pelos indivíduos?"⁸⁴⁴

Há de haver, portanto, um ponto final.

Daí, o equilíbrio do sistema.

De um lado, possibilitam-se todas as garantias do devido processo legal, contraditório, etc., uma série de recursos e meios de impugnação até que se chegue a um pronunciamento final. O sistema permite, até que, mesmo quando, em tese, não seria cabível mais impugnações, pois se alcançou a coisa julgada material, esta possa ser desconstituída, através da ação rescisória. Tudo isto em busca da decisão justa.

Porém, o mesmo sistema, não podendo desconsiderar o valor segurança, igualmente imprescindível, cria os prazos, as preclusões e, principalmente, a coisa julgada material, que, após o prazo da ação rescisória não poderá ser mais alterada.

Parece que o ponto de equilíbrio último do sistema reside no prazo e na forma da ação rescisória, sem os quais, a qualquer tempo, poderia a coisa julgada ser revista, exterminando-se ideia de segurança.

⁸⁴³ *Id. Ibid.*, p. 2.

⁸⁴⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Armado, 1979, p. 184; *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material ?. *Academia Brasileira de Direito Processual*. 10 fev. 2005. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 17 jul. 2010, p. 2.

Aliás, nessa linha, vale lembrar a lição de CELSO BASTOS, asseverando que:

O Poder Judiciário não poderia preencher o seu papel de assegurador da certeza e da segurança jurídica se fosse possível indefinidamente renovarem-se os recursos. É preciso que haja um ponto final, um término da demanda. É a esse tipo de decisão que a Constituição assegura a proteção contra a lei. O que isto significa? Significa que não se podem reabrir processos cujas decisões finais já estão revestidas da força de coisa julgada, para efeito de rejuzá-las à luz de um novo direito.⁸⁴⁵

Desse modo, a coisa julgada, apesar de ser garantia fundamental, cláusula pétrea, pode sofrer, como de fato sofre, regulamentações de ordem infraconstitucional. Estas restrições, contudo, tal como ocorre com a ação rescisória, para serem legítimas deverão preservar seu núcleo essencial.

A ideia que se quer preservar na essência da coisa julgada é a de que, em algum momento, o processo chegue ao fim, pondo uma pá de cal na lide, tornando imutável e indiscutível a questão que foi submetida à apreciação do Poder Judiciário.

O que não se admite, portanto, é a aniquilação dessa garantia, com a criação de instrumento rescisório, sem prazo, por exemplo, no qual a coisa julgada ficaria eternamente alterável.

⁸⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 199 – 200.

CONCLUSÃO

Para que a jurisdição atenda seus objetivos, o processo deverá, em determinado momento, prover uma decisão definitiva sobre a demanda, não podendo se eternizar, sob pena de se tornar inútil.

A coisa julgada é o instrumento que visa esta definitividade, garantindo a imutabilidade e a indiscutibilidade do provimento judicial, não sendo um instituto voltado à justiça, porém à segurança jurídica.

Apesar das inúmeras concepções jurídicas que surgiram acerca da *res iudicata*, houve um retorno às ideias romanas sobre coisa julgada, que, até hoje, é vista como um instrumento prático, garantidor da segurança.

A coisa julgada é vista pela doutrina em duas facetas: coisa julgada formal e coisa julgada material.

A preclusão é pressuposto da coisa julgada formal, que, por sua vez, é pressuposto da coisa julgada material.

A coisa julgada formal é a imutabilidade da parte dispositiva da sentença, tanto de mérito quanto processual, após o transcurso de todos os prazos e formas de preclusão, vista esta inalterabilidade dentro do próprio processo (fenômeno endoprocessual).

Por outro lado, a coisa julgada material é a imutabilidade da sentença de mérito, proferida na forma do art. 269, do CPC, que, em cognição exauriente, atua a vontade concreta da lei, compondo a lide, com efeitos dentro do processo e fora dele (fenômeno endo e exoprocessual), impedindo que o tema decidido na parte dispositiva da sentença seja rediscutido em outro processo judicial ou em qualquer outra esfera.

Ainda hoje a doutrina debate acerca do conceito e da natureza jurídica da coisa julgada, havendo três teorias distintas: 1 – coisa julgada como um efeito da sentença; 2 – coisa julgada como uma qualidade dos efeitos da sentença; e 3 – coisa julgada como uma situação jurídica do conteúdo da sentença.

A primeira corrente doutrinária, proposta por KONRAD HELLWIG, ROSENBERG, dentre outros juristas alemães, entre nós seguida por PONTES DE MIRANDA, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, LUIS GUILHERME MARINONI, ARAKEN DE ASSIS, etc., entende que a coisa julgada se restringe ao efeito declaratório, ou, como preferimos dizer, à eficácia declaratória da parte dispositiva da sentença transitada em julgado.

Para a segunda corrente, inaugurada por ENRICO TULLIO LIEBMAN e seguida por boa parte dos processualistas brasileiros, incluindo-se JOSÉ FREDERICO MARQUES, CÂNDIDO DINAMARCO, ADA PELEGRINI, MOACYR AMARAL SANTOS, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, HUMBERTO THEODORO JR., etc., a coisa julgada não seria um efeito (declaratório) geral (não só o declaratório, como todos os outros), mas sim, uma qualidade dos efeitos da sentença. E, esta qualidade da sentença seria justamente a "imutabilidade" do julgado e de seus efeitos.

Segundo a terceira corrente, defendida por MACHADO GUIMARÃES, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, FREDIE DIDIER JR., ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, entre outros, a coisa julgada não se enquadraria na concepção alemã de "efeito da sentença", nem na teoria liebmaniana de "qualidade da sentença", sendo, na realidade, uma situação jurídica do conteúdo da sentença.

Confrontando-se as teorias, concluímos que não é apenas o elemento declaratório que será imunizado pela coisa julgada, sendo, portanto, insuficiente a doutrina da coisa julgada como efeito da sentença. Por outro lado, também não serão imunizados todos os efeitos da sentença, não podendo a *res iudicata* ser compreendida como uma qualidade que tornará inalteráveis todos os seus efeitos, eis que havendo o adimplemento, não subsistirá a eficácia executiva, por exemplo. Assim, apresenta-se mais coerente a doutrina que vê a coisa julgada como uma situação jurídica que torna imutável o conteúdo (todo ele, não apenas o declaratório) da parte dispositiva da sentença, e não os seus efeitos.

A doutrina comumente fala em limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. PONTES DE MIRANDA ainda acrescenta os limites no tempo e no espaço. Apesar de ser correta a noção de limite espacial à coisa julgada, eis que esta, em regra, incidirá apenas no território do País em que foi prolatada, não se afigura correta a noção de limite temporal ao instituto, que visa, justamente, a perenidade do provimento jurisdicional.

Os limites objetivos circunscrevem-se à parte dispositiva da sentença de mérito, proferida em processo de cognição exauriente, não fazendo coisa julgada os motivos, ainda que relevantes para o julgamento, nem a verdade dos fatos ou as questões prejudiciais decididas incidentalmente.

Ainda no que pertine aos seus limites objetivos, conclui-se que coisa julgada se forma nos limites da lide, caracterizada por seus elementos: partes, pedido e causa de pedir. Isto quer dizer que a alteração dos elementos da lide poderá significar que, por se estar diante de nova demanda, não incidirá o óbice da coisa julgada formada na anterior.

Na sistemática do Código de Processo Civil, a coisa julgada opera-se, em regra, *inter partes*, ou seja, entre as partes do processo, contudo, há casos em que, seja pela natureza do bem jurídico tutelado, seja pela natureza coletiva do próprio processo, etc., a coisa julgada poderá operar-se *ultra partes* ou *erga omnes*.

A coisa julgada *inter partes* é aquela a que somente se vinculam as partes do processo, sendo esta a regra dentro do sistema (art. 472, do CPC).

A coisa julgada *ultra partes* é aquela que atinge, não só as partes do processo, como também determinados terceiros. São exemplos de casos em que a coisa julgada produz efeitos *ultra partes* os seguintes: substituição processual, legitimação concorrente, decisão favorável a um dos credores solidários, ações que versem sobre direitos coletivos *stricto sensu* e sucessão processual.

Por outro lado, a coisa julgada *erga omnes* é aquela cujos efeitos atingem a todos e não apenas as partes que participaram do processo (*inter partes*) ou alguns

terceiros (*ultra partes*). São exemplos de coisa julgada *erga omnes* a ação de usucapião de bens imóveis, as ações que versem sobre direitos difusos ou individuais homogêneos e as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Quanto ao modo de produção, a coisa julgada pode se dar de três formas: I - coisa julgada *pro et contra* ou coisa julgada *non secundum eventum litis*; II – coisa julgada *secundum eventum litis*; ou, ainda, III – coisa julgada *secundum eventum probationis*.

A coisa julgada, em regra, atinge autor e réu, indistintamente, independentemente do resultado da demanda, ou seja, ela será formada, seja em caso de acolhimento, seja em caso de rejeição do pedido do autor. A esta forma de produção chamamos de coisa julgada *non secundum eventum litis* ou de coisa julgada *pro et contra*.

Sendo exceção à regra, a coisa julgada *secundum eventum litis* ocorre quando há formação da coisa julgada apenas em caso do pedido formulado pelo autor ser julgado procedente. Nestes casos, se o pedido for improcedente, a ação poderá ser reproposta, pois a decisão proferida não produzirá coisa julgada material. Este fenômeno jurídico ocorre nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos (art. 103, III, CDC).

Outra exceção do sistema é a formação da coisa julgada *secundum eventum probationis*, em que somente haverá a coisa julgada material em caso de esgotamento de prova – ou seja, se a demanda for julgada procedente. Se a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas, não será formada a coisa julgada material. Isto ocorre, por exemplo no mandado de segurança individual e coletivo, nas ações coletivas que versem sobre direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, CDC), na ação popular (art. 18 da Lei Federal n. 4717/1965). e na ação civil pública (art. 16, da Lei da Ação Civil Pública).

A coisa julgada material tem os seguintes efeitos: positivo, negativo e preclusivo. Apesar de vários doutrinadores denominarem tais fenômenos de "eficácias", utilizamos a expressão "efeitos", pois guardamos a expressão "eficácia"

para a força predominante de cada sentença, dentro da classificação quinária proposta por PONTES DE MIRANDA (eficácia declaratória, condenatória, constitutiva, executiva e mandamental).

Enquanto o efeito positivo da coisa julgada gera a vinculação do julgador de outra causa ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida, o efeito negativo impede que haja novo julgamento sobre a mesma lide, por ausência de condição de ação (interesse processual).

A alegação de existência de coisa julgada como óbice para futuro julgamento, corolário do efeito negativo da coisa julgada, chama-se de exceção de coisa julgada ou *exceptio rei iudicatae*.

Enquanto a *exceptio rei iudicatae* é forma de defesa, impedindo a análise de causa já decidida em que se formou a coisa julgada, o efeito positivo pode ser fundamento de uma próxima demanda, eis que obriga que o órgão julgador considere o que já foi decidido no processo anterior, cuja sentença de mérito transitou em julgado.

Além dos efeitos negativo e positivo, a coisa julgada tem o efeito preclusivo (art. 474, do CPC), segundo o qual toda a matéria que foi deduzida no processo, como aquela que não foi, mas que poderia ter sido, torna-se preclusa e irrelevante, ou seja, não poderá ser alegada no intuito de desconstituir a *res iudicata* material que se formou no processo.

O efeito preclusivo da coisa julgada material alcança tanto a matéria fática como a jurídica.

Isto porque os efeitos negativo e preclusivo impedem que haja a repetição da mesma ação, com mesmo pedido, causa de pedir e mesmas partes (§ 2º, do art. 301, do CPC), não obstante, por outro lado, que seja proposta nova e distinta ação, ainda que semelhante à primeira. Tratando-se, por exemplo, de ação com causa de pedir diversa, portanto ação diversa, não há como se alegar o óbice da coisa julgada.

As sentenças que regem relações jurídicas cotinuativas (art. 471, I, do CPC) são aquelas que, apesar de estarem vinculadas a situações presentes, geram efeitos sobre situações futuras, não sendo instantâneas. São sentenças que normalmente envolvem prestações periódicas, sendo usuais nas relações jurídicas de família, tais como nas ações de alimentos, bem como nas relações previdenciárias, locatícias e tributárias.

Estas sentenças que versam sobre relações continuativas não são exceções à regra da autoridade da coisa julgada, porém trazem em si, como aliás, toda sentença, a cláusula *rebus sic stantibus*, eis que alteradas as premissas fáticas, jurídicas ou ambas, a mudança da sentença, seja automaticamente, seja através de pronunciamento em ação revisional, não importará em ofensa à coisa julgada anterior, havendo, apenas, distinto regramento adequado ao novo estado de fato ou de direito.

A coisa julgada é uma garantia constitucional, nos termos do inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição Federal. Esta garantia decorre do princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, é um dos fundamentos do Estado de Direito.

A proteção da coisa julgada, por sua condição de direito e garantia individual, tem, no ordenamento constitucional brasileiro, *status* de cláusula pétrea, insusceptível de supressão até mesmo por emenda constitucional (CF art. 60, § 4º, IV). Esta proteção constitucional da coisa julgada a distingue do que ocorre em outros ordenamentos jurídicos, nos quais não tem proteção constitucional explícita. Nestes casos, por ter a coisa julgada tratamento infraconstitucional, poderá haver sua derrogação por legislação superveniente, o que não é possível no Brasil.

No caso brasileiro, a proteção constitucional da coisa julgada, além de se dirigir ao legislador ordinário, que não poderá prejudicar a coisa julgada, atinge também o poder constituinte derivado, que, apesar de estar apto a emendar a Constituição, é juridicamente condicionado, não podendo, por força de limitação material expressa (art. 60, § 4, IV da CF), abolir a coisa julgada.

Até mesmo o poder constituinte originário, que, em regra, não está condicionado pelo regramento anterior, podendo determinar a nova ordem constitucional de forma ilimitada, no que pertine às regras retroativas, deverá observar determinados critérios. Assim, a criação de regras constitucionais retroativas haverá de ser feita de modo expresso, eis que a retroatividade é excepcional, devendo, ainda, preservar a coisa julgada anteriormente formada.

Outra decorrência desta garantia constitucional é que nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, considerando-a nula, tem o condão de destruir a coisa julgada que com base nela se formou.

Contudo, como qualquer garantia constitucional, mesmo aquelas preservadas como cláusulas pétreas, a coisa julgada não é ilimitada.

Assim, em função de outros princípios constitucionais, mormente o apreço à justiça, a proteção constitucional da coisa julgada não impede que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. A lei não poderá desfazer a coisa julgada, contudo, poderá prever hipóteses, dentro do devido processo legal, para que a coisa julgada seja revista, tal como ocorre com a ação rescisória (art. 485, do CPC) e com a revisão criminal, que inclusive têm previsão constitucional (arts. 102, I, "j"; 105, I, "e"; e 108, I, "b", todos da CF).

Esta possibilidade de revisão da coisa julgada, todavia, em respeito à garantia constitucional da segurança jurídica, será excepcional, restrita, sujeita a prazo e forma, e, principalmente, deverá preservar o núcleo essencial da coisa julgada, como instrumento garantidor da definitividade, imutabilidade e indiscutibilidade do provimento judicial.

Em caso de colisão de princípios ou direitos fundamentais, tais como a segurança e a justiça, a ponderação de valores será a técnica utilizada para sua solução. Nestes casos, poderá haver a necessidade de concessões recíprocas, com o sacrifício mínimo de cada direito fundamental e sempre preservando-se o núcleo essencial de cada um deles.

No conflito entre justiça e segurança, atinente aos limites da coisa julgada, o sistema encontrou um ponto de equilíbrio adequado.

Para o resguardo da justiça, o sistema possibilita as garantias do devido processo legal, contraditório, diversos recursos e meios de impugnação, e, mesmo após a formação da coisa julgada, há hipóteses de sua revisão, tal como ocorre com a ação rescisória, a *querela nullitatis* e a impugnação por erro material ou de cálculo. Há, ainda, os limites objetivos e subjetivos da própria coisa julgada, além de situações em que esta não será formada, tal como ocorre na coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*, etc.

Contudo, em defesa da segurança jurídica, o sistema cria os prazos, as preclusões e, principalmente, a coisa julgada material, que, após o prazo da ação rescisória não poderá ser mais alterada.

Aí está o equilíbrio de forças entre justiça e segurança, criado pelo próprio sistema.

A inalterabilidade e a indiscutibilidade do provimento jurisdicional representam o núcleo essencial do instituto da coisa julgada material, impondo que a sentença transitada em julgada, a partir de determinado momento, não poderá ser mais alterada ou discutida.

O que não se admite, portanto, é a aniquilação dessa garantia, com a criação de instrumento rescisório, sem prazo, por exemplo, no qual a coisa julgada ficaria eternamente alterável.

Apesar de toda a força que a Constituição tenta imprimir à segurança jurídica, garantindo a preservação da coisa julgada, como cláusula pétrea, a sociedade atual vive uma grave crise de identidade que tem afetado o respeito a vários princípios, principalmente o da segurança.

Esta crise da era da velocidade e do pragmatismo faz com que, por vezes, sejam esquecidas ou mitigadas, as garantias atinentes à segurança jurídica, fazendo com que institutos tais como a coisa julgada, sejam vistos como óbices indesejáveis.

Nosso sistema jurídico positivo contempla, atualmente, quatro instrumentos de revisão da coisa julgada material: a) a ação rescisória (art. 485 a 495, do CPC); b) a ação de *querela nullitatis* (art. 475 – L, I e c 741, I, ambos do CPC); c) a impugnação por erro material ou erro de cálculo (art. 463, I, do CPC); e d) a impugnação da sentença inconstitucional, fundada em entendimento do STF (art. 475 – L, II, § 1º e c 741, II, parágrafo único, ambos do CPC);

A Ação Rescisória é uma ação autônoma de impugnação da sentença ou do acórdão de mérito que transitou em julgado quando presentes uma ou mais das suas hipóteses de cabimento, taxativamente descritas no art. 485, do CPC. Não é recurso, mas ação constitutiva negativa, que deverá ser proposta dentro do prazo decadencial de 02 (dois) anos do trânsito (art. 495, do CPC), e processada e julgada por um Tribunal, seja o próprio prolator do acórdão rescindendo, seja aquele ao qual for vinculado o Juiz que proferiu a sentença que se quer rescindir.

A Rescisória é o meio principal para se buscar a revisão do sentença em que se formou a coisa julgada material.

Dois pontos são mais tormentosos no estudo e prática processual da ação rescisória e dizem respeito à contagem do prazo para a sua propositura:

O primeiro deles diz respeito a se saber se o recurso não conhecido irá interromper o prazo decadencial. O problema ocorre em virtude da atual jurisprudência do STF, no sentido de que recurso inadmissível não suspende o prazo para propositura da ação rescisória, o que faz com que a parte possa perder o legítimo direito à propositura da ação, quando, após anos de tramitação do RECURSO EXTRAORDINÁRIO, OU AGRAVO DE INSTRUMENTO, a Corte vier a não conhecer do apelo. Discordamos desta jurisprudência, entendendo que o início do prazo deverá ser sempre do último posicionamento jurisdicional sobre a demanda, mesmo que tenha sido pelo não conhecimento do recurso.

O segundo ponto tormentoso acerca do prazo para rescisória diz respeito ao caso da sentença impugnada apenas em parte, eis que nesta hipótese, os capítulos não impugnados já teriam transitado em julgado e, pelo menos em tese, começaria a contar o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, antes do julgamento final do processo. O problema tem especial relevância quando se observa, por exemplo que, enquanto o Col. TST, entende que havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão (Enunciado nº 100, II, da Súm./TST), o Col. STJ firmou sua jurisprudência no sentido de que o termo inicial para o prazo decadencial de propositura da ação rescisória somente se inicia com o esgotamento da possibilidade de qualquer recurso, inclusive quanto aos "recursos parciais". Apesar de ser mais fácil a verificação do termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória com a solução dada pelo STJ, que, portanto, traz facilidades práticas, o entendimento do TST e da maioria da doutrina apresenta-se mais correto, levando-se em conta o trânsito em julgado real de cada uma das lides contidas no processo.

Para o ajuizamento da ação rescisória faz-se necessário o depósito obrigatório do valor equivalente a 5% (cinco por cento) do valor da causa (art. 488, II, do CPC), sendo que a ausência deste requisito importará o indeferimento da petição inicial (art. 490, II, do CPC). Em caso de risco de lesão grave e de difícil reparação, é admissível a concessão de liminar à ação rescisória, para se suspender a execução da sentença ou acórdão transitado em julgado. (art. 15, da MP nº 1.984-22/2000, c/c art. 798 do CPC).

A ação rescisória poderá ensejar o *iudicium rescindens* (juízo rescindente) e o *iudicium rescissorium* (juízo rescisório). *Iudicium rescindens* é o exame se a coisa julgada poderá/deverá ou não ser desconstituída. Já o *iudicium rescissorium*, por outro lado, é o próprio rejuízo do mérito da causa.

É cabível a ação rescisória contra a decisão proferida em outra ação rescisória (ação rescisória de ação rescisória), porém, desde que somente sejam

analisados vícios surgidos no julgamento da própria rescisória que se quer rescindir, não se podendo buscar o rejuízo da causa.

A ação de *querela nullitatis* (arts. 475 - L, I, e 741, I, CPC), tal como posta atualmente em nosso ordenamento jurídico, é meio de impugnação da decisão judicial que se diferencia da ação rescisória, basicamente, por dois motivos: 1º - não está sujeita a prazo para sua propositura; 2º - somente poderá ser proposta em hipóteses ligadas à ausência ou nulidade de citação, quando o processo correu à revelia e a sentença foi desfavorável ao réu.

A ausência ou nulidade de citação ensejadora da ação ou impugnação por *querela nullitatis* é tida como vício transrescisório, eis que seria um vício não tratado nas hipóteses de cabimento da ação rescisória (vícios rescisórios) e, sendo mais grave ainda, não sujeito a qualquer prazo.

A *actio nullitatis* é arguição de invalidade do processo, eis que a citação é pressuposto de validade do processo e não de sua existência.

É admissível a ação rescisória (por violação à lei) em casos em que seria cabível a ação de *querela nullitatis*, contudo, a recíproca não é verdadeira. Por ter a rescisória hipóteses bem mais amplas de cabimento, depósito prévio e prazo decadencial de dois anos para sua propositura, não se afigura viável a utilização de *querela nullitatis* em caso de rescisória.

A *querela nullitatis* deverá ser processada e julgada pelo juízo ou Tribunal que proferiu a sentença nula.

Mesmo nos casos de ausência de citação válida (inexistência de citação ou citação nula) que culminou com a revelia e permitiria a invalidação do processo através da *querela nullitatis*, o comparecimento espontâneo do réu (art. 214, do CPC) poderá suprir o vício. Isto ocorrerá, por exemplo, quando o réu, que não participou do processo (fase de conhecimento), e esteja sofrendo os efeitos de execução, no qual foi regularmente intimado, ao apresentar a impugnação (art. 475-L ou art. 741, ambos do CPC), não alegue a nulidade da citação.

Outra forma de revisão da sentença transitada em julgada é a impugnação por erro material ou erro de cálculo (art. 463, I, do CPC), instrumento que poderá ser utilizado a qualquer tempo, através de simples petição. O que a lei, a doutrina e a jurisprudência, no ponto, permitem é a alteração tão somente dos equívocos materiais ou de cálculo, entendidos como equívocos na forma de expressão do julgamento, não se podendo, contudo, buscar a alteração do conteúdo do julgado.

Por último, o ordenamento jurídico positivo trouxe, recentemente, uma quarta espécie de meio de impugnação da coisa julgada. Trata-se da impugnação ou embargos contra a sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (§ 1º, do art. 475 – L, e parágrafo único, do art. 741, do CPC).

Trata-se de "relativização" da coisa julgada que, apesar de estar positivada no ordenamento jurídico, por ferir o núcleo essencial da coisa julgada, ao ensejar a possibilidade de sua revisão a qualquer tempo, padece de inconstitucionalidade.

Ademais, a norma apenas se refere às sentenças condenatórias, pois somente estas se sujeitam à execução ou cumprimento de sentença, criando discriminação contra as demais categorias de sentenças, mormente as declaratórias e as constitutivas.

Mesmo os que admitem a constitucionalidade das normas atinentes à impugnação ou embargos da sentença fundada em lei tida por inconstitucional pelo STF, entendem que sua aplicação não poderia retroagir para casos anteriores ao início da vigência da norma.

Há três teses acerca da "relativização" da coisa julgada material: I – a "relativização" poderá ocorrer, não apenas nos casos de inconstitucionalidade, porém, em qualquer hipótese de "injustiça" "grave", ou "séria", ofensa aos princípios, da moralidade, legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, etc.; II – em qualquer caso em que haja uma ofensa direta a dispositivo da Constituição por parte da sentença transitada em julgada; e, III – apenas nas hipóteses do art. 475-L, § 1º, e art. 741, parágrafo único, ambos do CPC).

A coisa julgada, além de ser uma garantia constitucional para as partes no processo, para a sociedade e para o próprio Estado, objetiva resguardar a garantia da definitividade da prestação jurisdicional.

Não é viável a tese da desconsideração da coisa julgada com base em critério aberto como "justiça", ainda que "grave", "séria", "abusiva", haja vista do seu subjetivismo, o que sempre permitiria a impugnação da parte inconformada.

Casos teratológicos não podem justificar a "relativização" da coisa julgada.

Entender-se que o Estado-Juiz errou no julgamento em que houve o trânsito em julgado, e que, portanto, este poderia ser "relativizado", implica em aceitar que ele pode errar novamente, quando a noção de "relativização" da *res iudicata* não acarretaria qualquer benefício.

O critério da ofensa a princípios constitucionais também não poderia lastrear a "relativização", além dos limites já postos no sistema, eis que, dada sua amplitude e abrangência, cairiam no mesmo problema do subjetivismo já apontado.

A relativização, mesmo apenas com base nas hipóteses de inconstitucionalidade, poderá gerar uma crise numérica para o Judiciário, assim como ocorrido com o recurso extraordinário.

A "relativização", tal como posta, implica a possibilidade de um Magistrado de primeiro grau alterar, no mérito, pronunciamentos até do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em uma subversão inaceitável.

A tese da "impossibilidade jurídica dos efeitos" não se sustenta eis que, "a *autorictas rei iudicatae*" não é algo que se vincula unicamente aos efeitos da sentença.

Se a sentença a ser "relativizada" é nula, não haveria a necessidade de ação rescisória, que, aliás, não seria sequer cabível, por ausência de trânsito em julgado.

Mostra-se inconsistente a doutrina relativista, ao embasar seu discurso na justiça, sem, contudo, definir seu conceito e alcance.

Pelo método de construção da norma jurídica individualizada, pela qual a sentença gera uma norma jurídica nova, a justiça será sempre construída pelos sujeitos processuais, através do contraditório.

A jurisdição impõe a definitividade do julgamento, em algum momento.

Em vários, senão todos, os exemplos citados pela doutrina "relativista", nos quais "teríamos" que utilizar da técnica da "relativização" da coisa julgada, já existem instrumentos típicos suficientes à resolução dos problemas, sem a necessidade de "fórmulas mágicas" ou "relativistas".

A questão da atualização dos cálculos no âmbito do STF, por estarem equivocados ou desatualizados, foi solucionada através de nova conta, sem uso da "relativização".

Também nas hipóteses de AÇÃO CIVIL PÚBLICA, AÇÃO POPULAR e AÇÕES COLETIVAS sobre direitos difusos ou direitos coletivos em sentido estrito (art. 103, I e II, CDC), a coisa julgada será formada *secundum eventum probationis*, ou seja, se o pedido for julgado improcedente por falta de elementos probatórios, poderá haver a reiteração de idêntica ação, com novas provas.

Na mesma linha, no caso dos limites objetivos da coisa julgada, da correlação entre o objeto da demanda e o objeto da sentença, entendeu-se que não incidiria o óbice da coisa julgada material, eis que os pedidos e as causas de pedir seriam diversos.

Em nenhuma dessas hipóteses cogita-se de "relativização da coisa julgada", mas apenas do uso correto dos instrumentos já postos no ordenamento jurídico.

A "relativização" da coisa julgada não se coaduna com os tempos atuais, nos quais o Judiciário almeja a celeridade e efetividade dos processos.

Nem mesmo a questão da sentença contrária ao laudo do DNA poderia ficar em aberto eternamente, sob pena de instabilidade dos vínculos sócio – afetivos.

Contudo, *de lege ferenda*, propõe-se que o prazo para a propositura de ação rescisória, fundada em "documento novo", no caso de sentença em desconformidade com o DNA, tenha começo apenas com o conhecimento do laudo.

O legislador infraconstitucional tem liberdade para regular o regime da coisa julgada, criando novas hipóteses de cabimento da rescisória, alargando ou restringindo seu prazo decadencial de propositura. Contudo, não poderá criar instrumento sem prazo ou forma definidas, porque isto significará atacar o próprio núcleo essencial da *res iudicata* protegida constitucionalmente.

Concluimos que, tal como postos no ordenamento jurídico, a impugnação ou embargos à execução, constantes do parágrafo único, do art. 741, ou § 1º, do art. 475 – L, do CPC, ou § 5º, do art. 884, da CLT, são inconstitucionais.

REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da Coisa Julgada. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

ASSIS, Araken de. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n. 4, p. 9 – 28, jul. 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. II.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, t. III.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

BERMUDES, Sérgio. Sindérese e coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, p. 233 – 240.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 1ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=cdtff2n_qhE&feature=PlayList&p=0FDA0B9170FCC14F&playnext_from=PL&index=0&playnext=1>. Acesso em: 25 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Vídeo da 2ª parte da Sessão Plenária. *YouTube*, 23 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=9rDp0sCYYis&feature=channel>>. Acesso em: 25 mar. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RTJ, 167:656, 1999, RE 146.331-SP, Rel. Min. Marco Aurélio; *apud Id. Ibid.*, p. 406.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Mandado de Segurança nº 23.047. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence. DJ de 14.11.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE nº 144.996/SP, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 164/1093.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 493 – DF, Relator Min. Moreira Alves. *RTJ* 143/724.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, RE 97.586-6/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.11.82.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão dos Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário nº 328.812. Rel.: Min. Gilmar Mendes. *RTJ*, v. 204-03, p. 1294.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RESP 257.580/PR, Rel. Min. Menezes Direito, DJ de 20/08/2001, p. 459.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., REsp 445.664-AC, rel. originário Min. Peçanha Martins, rel. para acórdão Min. Eliana Calmon, j. em 15.4.2004, publicado no DJ de 07.03.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª S., AR n. 771- PA, rel. Min., Aldir Passarinho Jr., j. 13.12.2008, publicado no Informativo n. 308.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, AR nº 466/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 06.05.1996, p. 14.362.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, EDcl nos EDcl nos EDcl na AR 3418/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 8/10/2008, DJ-e de 20/10/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, RESP nº 489.562/SE, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 06.10.2003.

BRASIL: Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp nº. 415.586/DF, rel. Min. Eliana Calmon, j. 12.11.2002, publicado no DJ de 09.12.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, EREsp nº. 404.777/DF, rel. Min. Fontes de Alencar, rel. p/ acórdão Min. Peçanha Martins, j. 03.12.2003, publicado no DJ de 11.04.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 351.766/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2002, publicado no DJ de 26.08.2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de Processo Civil interpretado*. Antônio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In *Genesis Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba: Genesis, nº. 133, janeiro de 2004, p. 7 – 25.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens Sujeitos à Proteção do Direito Constitucional Processual. In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. DELGADO, José Augusto;

NASCIMENTO, Carlos Valder do (organizadores). 2ª ed.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação rescisória. Embargos de Declaração e sua revisão na contagem do biênio decadencial. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, 2004, n. 12.

Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 50; 369 – 423, v. I.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 269 – 312, v. IV.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Ação rescisória contra decisão em processo no qual incorreu citação ou a citação foi nula – discussão sobre o seu cabimento. In: NERY JR. Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos dos atuais recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2003.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula Vinculante e Segurança Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Coquejo. *Ação rescisória*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2002, n. 128.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Limites Subjetivos da Eficácia da Sentença e da Coisa Julgada Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

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

DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 19, jan./abr. 2001.

DELGADO, José Augusto. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 103 – Ano 26 – jul./set. 2001, p. 09 – 36

DIDIER, Fredie Jr. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007, v. 1.

DIDIER, Fredie Jr.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007, v. 2.

DIDIER, Fredie Jr.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória, incompetência e carência de ação. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 267 - 279.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ação rescisória contra decisão interlocutória. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 280 – 289.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. *In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. I.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 245 – 260, 2 v.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. 2. ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tulio, *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública (ex vi art. 741, parágrafo único, do CPC). *Revista de Processo*, Ano 31, n. 141, novembro de 2006, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUCON, Paulo. "Nova execução de títulos judiciais e a sua impugnação" *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. v. 2.. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 642 - 662; 677- 697.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Relativizar a coisa julgada material ? *Academia Brasileira de Direito Processual*. 10 fev. 2005. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 17 jul. 2010, p. 1.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 29 – 74. v. V.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, O controle incidental de normas no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 23.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. V.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005,

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Coisa Julgada e Declaração. Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 5

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização da coisa julgada material". *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 377, jan. – fev. 2005, p. 43.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da Sentença e Autoridade da Coisa Julgada. Temas de Direito Processual. Terceira Série*. São Paulo: Saraiva, 1984

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, dez. 2006.

NERY Jr., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: DIDIER Jr., Fredie. (org.). *Relativização da Coisa Julgada - Enfoque Crítico*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2006.

NERY Jr., Nelson; Nery Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 9. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Manual da Monografia*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PORTO, Sergio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, 27 nov. 2009. Disponível em: <

http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: _____, *CONSTITUIÇÃO E SEGURANÇA JURÍDICA – DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO E COISA JULGADA – estudos em homenagem a JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 2.

SANTOS, Cláudio Sinoé Ardenghy dos. Breve histórico da relativização da coisa julgada no Brasil. In: DELGADO, José Augusto; Nascimento, Carlos Valder do (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2 ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 3. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. Coisa Julgada Relativa?. *Academia Brasileira de Direito Processual*. 19 jan. 2006. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 23 nov. 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil, Processo de Conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 483 – 521, v. 1.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JR., Humberto. A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre. n. 29. p. 05 – 36. Ano V. mai./jun de 2004.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

TESHEINER, José Maria Rosa. Relativização da coisa julgada. *Páginas de Direito*, nov. 2001. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/33de020302/relativizacaodacoisajulgada.htm#_ftn1. Acesso em: 15 de junho de 2010.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. I., p. 523 - 542.

THEODORO Jr., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O Tormentoso Problema da Inconstitucionalidade da Sentença Passada em Julgado. In: *Revista de Processo*. Ano 30, nº. 127, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2005.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso Avançado de Processo Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de Impugnação das Decisões Transitadas em Julgado. In: DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. . 2. ed.. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ZAVASCKI, Albino Teori. Coisa Julgada Em Matéria Constitucional: Eficácia Das Sentenças Nas Relações Jurídicas De Trato Continuado. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*. 29 nov. 2009. Disponível em: <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm>. Acesso em 10 jun. 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentenças inconstitucionais: inexigibilidade. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil – Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 511 – 526

ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à Execução com Eficácia Rescisória: Sentido e Alcance do art. 741, Parágrafo Único do CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 125, Ano 30, jul. – set. 2005.