

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

PEDRO PIEROBON COSTA DO PRADO

DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

PEDRO PIEROBON COSTA DO PRADO

DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Olavo de Oliveira Neto.

SÃO PAULO

2016

BANCA EXAMINADORA

*À minha mãe (in memoriam), pessoa que tornou tudo
isso possível. Não tenho palavras para dizer o meu amor
e a falta que você me faz.*

AGRADECIMENTOS

Este é o momento oportuno para, em poucas palavras, agradecer aqueles que contribuíram para a realização deste trabalho monográfico.

Agradeço ao Professor Olavo de Oliveira Neto, que aceitou o pedido para ser o meu orientador nesta jornada, concedendo o seu precioso tempo para verdadeiramente me orientar e incentivar os meus estudos, sempre com muita paciência, apreço e consideração. Eminente jurista, processualista de escol e, acima de tudo, exemplo de pessoa a quem externo todo o meu agradecimento, respeito e estima.

Também agradeço aos Professores Anselmo Prieto Alvarez e Arlete Inês Aurelli, que gentilmente dispuseram de seu escasso tempo para a leitura do trabalho e participação na banca de qualificação.

Devo ainda reconhecimento aos Professores Sérgio Seiji Shimura, Eduardo Arruda Alvim, Nelson Luiz Pinto, Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos e Claudio de Cicco, pela convivência e grande aprendizado nestes últimos anos.

Por fim, agradeço à CAPES pela bolsa concedida.

RESUMO

PRADO, Pedro Pierobon Costa do. *Desconsideração da coisa julgada inconstitucional*. 2016. 323 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

A coisa julgada, assim como outros institutos do direito processual, teve a sua compreensão alterada com o decorrer dos tempos. Embora seja expressão da segurança jurídica no âmbito do processo, oriunda da manifestação do Estado Democrático de Direito no desempenho da função jurisdicional, não são recentes os debates sobre a possibilidade de sua relativização, mesmo sem expresse permissivo legal. A constatação da existência de um número considerável de sentenças obtidas mediante fraude e outras tantas absurdas, injustas, ilegais e até mesmo inconstitucionais justificaram o posicionamento de grandes juristas pela retirada do manto protetor da coisa julgada nesses casos, de modo a se possibilitar a rediscussão da causa. De outro lado, outros se mostraram reticentes sobre a relativização, sob o argumento da preservação da estabilidade das relações jurídicas e sociais. Este trabalho se propõe a analisar os argumentos favoráveis e contrários à relativização, bem como os meios dispostos para sua desconsideração.

Palavras-chave: Direito processual civil. *Res judicata*. Desconsideração.

ABSTRACT

The *res judicata*, as well as other institutes of procedural law, had their understanding changed with passage of time. Although it represents expression of legal certainty regarding lawsuits, as a Democratic State manifestation in judicial functions, intensive discussions about the possibility to relativize such institute are not recent, even without express statutory permission. The existence of a considerable number of precedents obtained by fraud, and others absurd, unjust, illegal and even unconstitutional means justify, according to legal experts, the positioning for withdrawal of *res judicata* protective mantle, in order to enable the case new discussion. On the other side, many are reticent about that, because preserving stability in legal and social relations. This study aims to examine arguments favorable and against, and the means available for claim preclusion disregard.

Keywords: Civil Procedural Law. *Res judicata*. Disregard.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
1. ESFORÇO HISTÓRICO	14
1.1. O surgimento da coisa julgada no direito romano	15
1.2. Direito germânico	28
1.3. Processo comum	30
1.4. O processo civil na Península Ibérica e em Portugal	33
1.5. A legislação do Brasil imperial	37
1.6. O processo civil na República	40
1.7. A coisa julgada na perspectiva constitucional brasileira	45
2. PANORAMA GERAL DA COISA JULGADA	65
2.1. Fundamento político	65
2.2. A busca pelo fundamento jurídico	68
2.3. Natureza jurídica	99
2.4. Conceito legal	104
2.5. Aspectos ou limites da coisa julgada	110
2.5.1. Limites objetivos	110
2.5.1.1. Os motivos	121
2.5.1.2. A verdade dos fatos	124
2.5.1.3. Questões prejudiciais	125
2.5.2. Limites subjetivos	132
2.5.3. Limites temporais da coisa julgada	143
2.5.4. Limites espaciais da coisa julgada	145
2.6. Não incidência da coisa julgada material	149
2.7. Relações jurídicas de trato continuado e outros casos de novo julgamento	153
2.8. Coisa soberanamente julgada e coisa julgada de coisa julgada	154
2.9. Coisa julgada material e institutos afins	159
2.9.1. Preclusão	159
2.9.2. Coisa julgada formal	164
2.9.3. Eficácia preclusiva da coisa julgada	167
2.9.4. Estabilização da tutela antecipada	170
3. A DISCUSSÃO SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	180
3.1. Coisa julgada injusta e ilegal	186
3.2. Coisa julgada inconstitucional	193
3.2.1. Supremacia da Constituição e os sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil	195
3.2.2. Sentença inconstitucional. Inconstitucionalidade antecedente, superveniente e alteração da jurisprudência	204

3.3. Fundamentos da relativização	210
3.3.1. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais e o princípio da constitucionalidade	210
3.3.2. Questionamento do alcance do “status” constitucional da coisa julgada	214
3.3.3. Ausência de coisa julgada no caso de inconstitucionalidade da sentença	215
3.3.4. Instrumentalidade do processo	218
3.3.5. Incidência do princípio da proporcionalidade	221
3.3.6. Natureza do vício de inconstitucionalidade	224
3.4. Argumentos contrários à relativização	227
3.4.1. O alto significado da coisa julgada na ordem jurídica	229
3.4.2. A indispensabilidade da ação rescisória para a vulneração da coisa julgada	233
3.4.3. A eficácia preclusiva da coisa julgada e o controle difuso de constitucionalidade	236
3.4.4. Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada material	239
 4. OS MEIOS DE DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	244
4.1. Justificativa da terminologia empregada e delimitação do tema	244
4.2. Alegação de inconstitucionalidade veiculada na impugnação ao cumprimento da sentença	247
4.2.1. O sincretismo e a alegação de inconstitucionalidade no CPC/1973	247
4.2.2. A sistemática do CPC/2015	257
4.2.2.1. Rol de matérias alegáveis da impugnação	260
4.2.2.2. A alegação de inconstitucionalidade	265
4.2.2.3. Outras questões	270
4.3. Outros meios não tipificados em lei	274
4.3.1. Exceção de pré-executividade	274
4.3.2. Ação declaratória de inexistência jurídica ou “querela nullitatis insanabilis”	282
 5. CONCLUSÃO	292
 BIBLIOGRAFIA	298

INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais são valores albergados pelo Texto Maior com a finalidade de dar sistematização à própria Constituição, de servir como critério interpretativo e, acima de tudo, espriar seus valores, pulverizá-los sobre todo o mundo jurídico.¹ Com especial relevância se destaca a garantia da coisa julgada, que objetiva conferir estabilidade às relações jurídicas e cessar a controvérsia entre os litigantes para assim harmonizar e pacificar a sociedade.

Como não é de interesse do Estado que os conflitos perdurem indefinidamente, impõe-se estabelecer um momento a partir do qual os efeitos concretos da decisão de mérito fiquem verdadeiramente imutáveis às futuras controvérsias – impedindo-se a modificação ou a discussão, em um processo subsequente, do caso julgado – com vistas à obtenção da desejada estabilidade para a tutela jurisdicional.²

A coisa julgada material é a qualidade especial, que emerge do comando das sentenças de mérito, capaz de imunizar seus efeitos contra impugnações futuras. É a imutabilidade da resposta jurisdicional o traço distintivo dessa função estatal.³

Ao homem é assegurado o direito de poder confiar nos atos ou

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 164.

² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 480.

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 5. ed. trad. Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 41.

decisões públicas incidentes sobre seus interesses, posições ou relações jurídicas. A segurança jurídica afiança a inalterabilidade do caso julgado, vedada qualquer alteração ou afetação do decidido por ato estranho a ele.⁴ O fundamento da “res iudicata” é eminentemente político e visa à preservação da estabilidade e segurança sociais, razão pela qual, “a priori”, não está comprometida nem com a verdade e nem com a justiça da decisão.

Essa importância de ordem prática e social, em princípio, leva à conclusão incontestada de que, uma vez ultrapassado o prazo para a propositura da ação rescisória, a imutabilidade da situação jurídica contemplada na sentença de mérito persista independentemente da gravidade do vício (eficácia sanatória). Revelando-se um elemento essencial, incontroverso e inabalável do Estado Democrático de Direito, a coisa soberanamente julgada não admite nenhuma ponderação ou relativização.

A coisa julgada apenas é passível de desestabilização em hipóteses excepcionais e no prazo determinado pelo legislador, quando caracterizado vício considerado grave. O Código de Processo Civil prevê de forma expressa, em seu art. 966, causas específicas para a propositura de ação rescisória, cujo emprego é verdadeira exceção no sistema jurídico vigente.

Nada obstante, são intensos os debates sobre a possibilidade das decisões acobertadas pela coisa julgada material serem objeto de rediscussão em virtude de algum motivo ou interesse juridicamente relevante. No dia a dia, nem sempre o escopo social de pacificar os conflitos com justiça (consequência inexorável do acesso à ordem jurídica justa, também de índole constitucional)

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 256.

resta plenamente atendido. Embora não seja a regra, é possível que se consagre alguma situação flagrantemente injusta, ilegal ou até mesmo inconstitucional, corrompendo-se, com isso, a estabilidade das relações sociais e o próprio valor da segurança jurídica.

Partindo-se da premissa de que nenhum preceito ético ou político possui natureza absoluta frente aos demais valores, ou tenha aptidão para se impor invariavelmente perante outros tantos princípios igualmente (ou mais) relevantes, parcela da doutrina passou a advogar a tese da chamada “relativização da coisa julgada”. A interpretação dos institutos processuais, para essa corrente, deve ser mais fluida para viabilizar uma justiça célere e eficiente, sob pena de o modelo processual adotado desatender ao seu intento último de instrumento a serviço do direito material.⁵

A segurança jurídica, prosseguem, não é um preceito a ser preservado a todo e qualquer custo pela sociedade. O direito atual não aceita um incompreensível “fetichismo” com relação a regras processuais consagradoras de injustiças, imoralidades, ilegalidades e até mesmo inconstitucionalidades. A cláusula do “due process of law”, no seu aspecto substancial, autoriza o afastamento da verdade meramente formal para a obtenção de uma inocultável verdade material.

O tema é dos mais polêmicos e envolve a compatibilização entre valores dos mais relevantes, quais sejam, a segurança jurídica e a justiça das decisões de um modo geral. A consciência arraigada de que a ordem jurídica não mais tolera a sedimentação de injustiças, a pretexto de não se eternizarem os

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 60-65.

conflitos, levou ao fim da sacralização da coisa julgada material. Sua relativização passou a ser postulada sempre que a colidência de direitos se tornar mais aguda pela intensidade da injustiça no caso concreto ou pelo grau de sua incompatibilidade com os princípios informativos e fundamentais do ordenamento jurídico.⁶

De outra banda, é dificultoso e contraditório reconhecer a possibilidade de fatos ou decisões posteriores retroagirem e afetarem a “res iudicata” validamente formada. Estar-se-ia rompendo um ato considerado imutável, mesmo quando violada direta e frontalmente norma ou princípio constitucional.

O legislador infraconstitucional, em meados dos anos 2000, iniciou novo ciclo de reformas do recém revogado Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), com a introdução de mecanismos de vulneração da coisa julgada distintos da ação rescisória e manejáveis no curso da própria execução. Permitiu-se ao executado, por meio de embargos ou impugnação, opor-se à sentença transitada em julgado com base em declaração de inconstitucionalidade ou interpretação incompatível da decisão com o texto constitucional, para provocar a inexigibilidade do título executivo judicial.

Diante de tais inovações, juristas defenderam que, como o julgado se fundou em lei (ou interpretação) declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), tomou por base “lei que não era lei”, o que afastava a ocorrência do trânsito em julgado, desde que “ex tunc” os efeitos da decisão em controle de constitucionalidade. Nesse caso, haveria igualmente uma

⁶ ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da Coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 94.

impossibilidade jurídica do pedido – e a carência da ação tornaria inexistente a própria sentença, não exigível como título executivo.⁷

Outros procuraram amenizar a eficácia dessas inovações, sustentando que a declaração de inexigibilidade do título executivo por inconstitucionalidade somente poderia ocorrer quando a decisão do Supremo Tribunal Federal fosse anterior ao trânsito em julgado da sentença, sob pena de ofensa à coisa julgada.⁸

Este trabalho tem por objetivo estudar o redimensionamento da coisa julgada civil proposto pela doutrina, afastando-se, desta maneira, da tormentosa discussão sobre a coisa julgada coletiva. Pretende analisar o modo pelo qual o novo Código de Processo Civil (CPC/2015 – Lei n.º 12.105/2015) disciplina a matéria e os meios para a descon sideração da coisa julgada inconstitucional, inclusive os não previstos expressamente em lei.

⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, v. 2, p. 153.

⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 1298-1299.

1. ESFORÇO HISTÓRICO

A coisa julgada é um dos mais intrigantes temas da ciência processual, instigando os mais espinhosos e complexos debates da teoria geral do processo.⁹

Nem mesmo o nome do instituto é totalmente estranho às discussões acadêmicas, predominando, no direito brasileiro, a expressão “coisa julgada” frente a “caso julgado”. Alguns poucos autores optam pela segunda, como Sérgio Luiz Monteiro Salles¹⁰ e Maria Helena Diniz.¹¹ O art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) faz uso da terminologia: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

O termo “coisa” se liga à ideia de “res” no direito romano. Portanto, a locução coisa julgada tem o significado de “bem julgado”. Quer isso dizer que, com o resultado do processo, atribui-se um “bem jurídico” ao vencedor na parte dispositiva da sentença.¹² Por vezes, o seu emprego era impróprio no Direito Romano, para designar a própria sentença; porém, em uma acepção

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, v. 59. São Paulo: RT, 1970, p. 9.

¹⁰ SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. Evolução do instituto do caso julgado: do processo romano ao processo comum. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, v. 3, n. 3. São Paulo, 1989, p. 173.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217-223.

¹² ALVIM, Arruda. Coisa julgada: limites e impossibilidade de descon sideração. *Revista de Processo on-line*, v. 236. São Paulo: RT, 2014, p. 5-7.

técnica, sentença e coisa julgada sempre exprimiram ideias diferentes.¹³

A adequada compreensão sobre os delineamentos da coisa julgada, os seus conceitos e o que lhe é específico determina, antes de mais nada, o exame prévio de sua evolução histórica.

1.1. O surgimento da coisa julgada no direito romano

A história do direito romano compreende 22 (vinte e dois) séculos, do século VII a.C. até o século VI d.C., no tempo de Justiniano, prolongada até meados do século XV, em pleno Império Bizantino. Costuma-se segmentá-la em período arcaico, período clássico e período tardio (pós-clássico). No arcaico, que se inicia com a fundação de Roma (753 a.C.) e perdura até o segundo século antes de Cristo, o direito era extremamente primitivo e a sociedade predominantemente rural, baseada em uma solidariedade entre os clãs. O período clássico (150 a.C. a 284 d.C.) teve seu começo com a República tardia e término com o Principado; a sociedade era evoluída, individualista e a ciência jurídica se tornou coerente e racional. O período tardio, pós-clássico, ou do Baixo Império, foi caracterizado por fortes crises de ordem política, econômica e religiosa (crescimento do cristianismo), marcado pelo absolutismo imperial, durando do século III d.C. até o final do Império.¹⁴

¹³ GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1922, p. 8-9.

¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 42; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. trad. António Manuel Hespanha e L. Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 80-81.

No início, os primitivos romanos faziam justiça com as próprias mãos, defendendo o direito pelo uso da força (autotutela). Dessa fase de vingança privada, passaram por outras (arbitramento facultativo e o arbitramento obrigatório), até que, em um mais alto estágio de progresso, o Estado tomou a seu cargo a tarefa de resolver os litígios entre particulares. Mesmo assim, permaneceram vários resquícios da autotutela, *v.g.*, o do proprietário enxotar animais alheios de sua propriedade, repelir pessoas que lhe invadiam os domínios, vindicar a coisa das mãos de um detentor que dela se apoderou.¹⁵

O surgimento da coisa julgada, assim como outros institutos do atual direito processual civil, remonta precisamente ao direito romano, na medida em que foi se publicizando, como significado da expressão de exigência da certeza e da segurança no gozo dos bens da vida.¹⁶ Não se pode ignorar, contudo, que o Código de Hammurabi, datado de 1753 a.C., fazia menção a instituto muito próximo da atual coisa julgada formal no item VI, § 5º.¹⁷

Nos primeiros tempos, a justiça civil era distribuída pelos próprios reis, que julgavam as divergências entre os particulares, modelo este que vigorou até mais ou menos a implantação da República. Até o final do período clássico, a

¹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 289.

¹⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 275.

¹⁷ O dispositivo preceituava que “se um juiz julgou uma causa, pronunciando sentença (e) depositado o documento selado, se, em continuação, muda a sua decisão, se ficar provado que o juiz mudou a sentença que havia ditado, pagará até doze vezes a quantia que motivou a causa. Ademais, publicamente, será obrigado a retirar-se de seu assento de justiça (e) não voltará mais. Nunca mais poderá sentar-se com os Juízes em um processo” (NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. trad. Antonio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016).

organização judiciária romana ficou marcada por uma divisão da instância (ou do processo) em duas fases: “ius” e “iudicium”.¹⁸

Em Roma, especialmente no período clássico, “direito” e “ação” eram conceitos estritamente conexos; o romano concebia e enunciava aquele mais sob o aspecto processual do que o material. As ações eram típicas (a cada direito correspondia uma ação específica), razão pela qual o direito romano era antes um sistema de ações do que um sistema de direitos subjetivos.¹⁹

Costuma-se delimitar 3 (três) grandes períodos evolutivos do processo civil romano, cada qual com o seu sistema processual típico, o que se sucedeu ao longo de 12 (doze) séculos: o sistema das ações da lei (“*legis actiones*”); o sistema formulário (período “*per formulas*”); e o sistema da cognição extraordinária ou processo extraordinário (“*cognitio extra ordinem*”). Essa divisão é meramente convencional; dentro de cada um desses períodos, encontram-se fases ou sistemas particulares que coexistiram durante anos, ao passo que se gestavam e adquiriam maturidade outros modelos mais evoluídos.²⁰

O sistema das ações da lei foi o utilizado no direito pré-clássico; o formulário, no direito clássico; e o extraordinário, no direito pós-clássico. As

¹⁸ “As questões civis são apresentadas, primeiro, *in iure*, no tribunal, adiante do magistrado, depois *apud iudicem*, diante dum particular, escolhido pelos litigantes para julgar o processo, ou seja, *in iure* e *in iudicio*. É a *ordo iudiciorum privatorum*, ordem dos processos privados ou marcha do processo civil”. Esse modelo “tinha dupla vantagem: apressava-se a solução das pendências, aliviando o trabalho dos magistrados e restringindo o poder absoluto de que se achavam investidos.” (CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de direito romano*, cit., p. 289-290).

¹⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 182.

²⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, v. 1, p. 44-45.

transformações foram lentas, paulatinas e graduais, visto que o romano era infenso às modificações abruptas. Surgido o processo formulário, por exemplo, o sistema das ações da lei continuou a vigorar ao seu lado, mas com o tempo caiu em desuso.²¹

As fontes sobre o primeiro período histórico são muito escassas, resumindo-se, quase totalmente, às menções constantes nas Institutas de Gaio e na Lei das XII Tábuas. As ações da lei (“legis actiones”) eram processos civis legais reservados, via de regra, aos cidadãos romanos, chefes de família, para o reconhecimento de um direito ou para a execução de um julgamento.²² Nesse sistema, que vai da fundação de Roma até o ano de 149 a. C., as partes somente podiam manipular as “legis actiones”, em número de 5 (cinco).²³ Havia verdadeira identificação da ação com a lei. Desenvolvia-se o processo oralmente, sem advogados.²⁴

A fase foi marcada por um formalismo rigoroso, no qual a preterição de uma única palavra exigida no momento da propositura da ação resultava na sua inadmissibilidade imediata. Isso se justificava pelo fato de a distribuição da justiça estar fortemente impregnada de um sentimento religioso oriundo de tempos ainda mais remotos, quando as disputas eram decididas por meio da manifestação da vontade divina (fatos naturais como a direção do voo de

²¹ ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*, cit., p. 182-183.

²² CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de direito romano*, cit., p. 292.

²³ São elas: a “legis actio per sacramentum”, a “judicis postulatio”, a “conditio”, a “manus injectio” e a “pignoris capio” (JUSTO, A. Santos. *Breviário de Direito Romano Privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 140-143).

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 13.

um pássaro, a posição das entranhas de animais sacrificados etc.).²⁵

O momento histórico tinha como característica a existência de um procedimento bipartido. Na fase “in iure”, desenvolvida perante o pretor e que se extinguia com a “litis contestatio”,²⁶ aferia-se os requisitos de admissibilidade do processo, as partes escolhiam o “iudex” (juiz popular) e se fixavam os termos da controvérsia. A fase “apud iudicem” prosseguia perante o “iudex”, um cidadão romano que exercia a função de árbitro particular, sem vinculação com o Estado, incumbido de instruir e julgar a causa nos limites definidos na “litis contestatio”. Como o magistrado era desvinculado do poder público, pois investido pelas partes e não por ato estatal, a sua sentença podia ser imotivada e era sempre irrecurável.²⁷

Importante consequência desse grande formalismo dizia respeito à imperiosa necessidade do comparecimento pessoal das partes na etapa “in iure”,

²⁵ SARAIVA, Gastão Grossê. Histórico do processo, até o atual código de processo civil. Fundamentos sociológicos do direito processual. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 471 e ss.

²⁶ A litiscontestação, instituto originário do direito romano e definido como o contrato por meio do qual as partes aceitam de comum acordo a fórmula que tenha sido deferida pelo magistrado, prende-se à própria noção do processo como um contrato ou quase-contrato. Essa concepção contratualista do processo, como se verá, foi bastante atenuada no evoluir do direito romano, através de uma gradual percepção de que o processo era instrumento eminentemente público, motivo pelo qual independia da vontade das partes. Nada obstante, em virtude das revoluções liberais do século XIX, ganhou novo vigor a noção contratualista, provavelmente em virtude do prestígio místico ao qual foi elevada a vontade e, como consequência, o contrato. Trata-se de instituto trasladado do direito romano, recebida no país através da legislação portuguesa (Ordenações do Reino). Em uma fase ainda inicial da ciência processual no Brasil, insistia-se na visão do processo como um quase-contrato (posição de Teixeira de Freitas). No entanto, assim como sucedeu no direito romano, com o decorrer da evolução do instituto, houve uma tendência acentuada em esvaziar o instituto, despindo-o de efeitos, que acabaram sendo trasladados para a citação e para a propositura da ação (ALVIM, Arruda. Litiscontestação e litispendência: dois institutos e duas perspectivas do processo. *Revista dos Tribunais*, v. 439, 1972).

²⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 41-49.

não existindo as hoje conhecidas figuras da contumácia do réu ou sua revelia.²⁸ Na fase “apud iudicem”, a ausência de qualquer uma das partes à audiência designada implicava na prolação de sentença favorável àquele que estivesse presente.²⁹

Logo após a colheita da prova, praticamente toda oral e produzida concentradamente, seguia-se o proferimento da sentença, praticamente o único ato decisório do processo por “legis actiones”. A coisa julgada representava uma espécie de efeito preclusivo que impedia a parte de rediscutir a causa, independentemente da sentença na fase “apud iudicem”, quando havia o real julgamento da demanda. Em outros termos, era um efeito imediato da “litis contestatio”, que obstava a propositura de uma nova “legis actio” sobre a mesma “res in iudicium deducta”.³⁰

Essa noção de coisa julgada, acredita-se, era anterior à própria Lei das XII Tábuas, consubstanciada na regra “bis de eadem re ne sit actio”, posteriormente transformada para “bis de eadem re ne sit iudicium”, proibitória de uma segunda intervenção do Estado (ou ação) sobre a mesma pretensão já deduzida, por imposição da doutrina da consumação da “actio”: a “litis contestatio” obstava a rediscussão da questão, a reiteração de uma mesma demanda.³¹

²⁸ AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: Resenha Universitária, 1994, p. 101.

²⁹ Tábua I, Lei 10, da Lei das XII Tábuas.

³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, 198-200.

³¹ ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Livro do Vermelho, 1936, p. 15-19. Como visto, trata-se de concepção existente desde o Código de Hammurabi, que de algum modo chegou a Roma de maneira bastante íntegra (NIEVA-FENOLL, Jordi, *Coisa julgada*, cit., p. 34-35).

O reconhecimento da repetição da ação ocorria de ofício, pelo pretor, ainda na fase “*in iure*”, no caso de uma precedente “*litis contestatio*”. Negava-se a segunda “*legis actio*” sem submetê-la ao “*iudex*” caso o direito fosse idêntico àquele que já fora objeto de um processo precedente; o pretor recusava a sua própria intervenção na demanda repetida. Celso Neves ilustra que o problema de se saber a que fato

se relacionava a velha regra preocupou os juristas romanos que fixaram na *litis contestatio* o momento processual de sua eficácia, asseverando que um direito não mais podia ser submetido a novo juízo desde que já deduzido em processo anterior, embora ainda não julgado.

COGLIOLO vê, para esse entendimento, várias razões, acentuando a distinção existente, já no período das *legis actiones*, entre o procedimento *in iure* e o procedimento *in iudicio*, para assinalar que somente àquele se refere a *legis actio*, atinente à atividade do Estado, em contraposição à atividade específica do *iudex*. Daí a vinculação da regra à *litis contestatio* que define o termo final da *legis actio*, ou seja, do procedimento que implica a autoridade do Estado e não se repete. Com a atuação do poder público expressa no procedimento *in iure* e consumada pela *litis contestatio* – que define, objetiva e subjetivamente, a controvérsia – cessava a função estatal de que dependia a atividade ulterior do juiz, de caráter privado e limitada à alternativa um sim ou um não, a um *iustum vel iniustum sacramentum*. A decisão do *iudex*, como expressão final da sua atividade privada, dependia, pois, de atividade estatal anterior que se exauria com a *litis contestatio*. Compreensível, portanto, que a esta se relacionasse o seu efeito consumptivo, expresso pela regra obstativa de nova *legis actio*.³²

O sistema das ações da lei, de rigoroso e primitivo formalismo, era demasiado arcaico, refletindo aspectos de mentalidade rude e grosseira, incompatível com o subsequente desenvolvimento do direito romano. Somado a isso, o papel secundário do magistrado, de mero assistente do ritual praticado “*in iure*”, pouco a pouco acarretou um desprestígio das “*legis actiones*”, substituídas

³² NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971, p. 11.

por um modelo processual diverso e mais evoluído.³³ O marco importante desta evolução é representado pela “lex Aebutia” (aproximadamente no ano 130 a.C.), que autorizou os cidadãos romanos a utilizarem o novo processo sem a necessidade de recorrerem ao velho sistema das ações legais, que assim foi caindo em desuso até ser totalmente substituído.³⁴

A segunda fase, do direito formulário, representou uma transição do processo privado e extremamente formalista (justiça privada) para um de natureza pública e mais flexível (justiça pública); a sentença, embora proferida por juízes privados escolhidos pelas partes (árbitros), tinha a sua observância imposta pelo Estado às partes (execução). Adotou-se uma base escrita, ainda que vários atos continuassem a ser orais. Aboliram-se as primitivas “legis actiones”, visto a sua insuficiência perante novas e mais complexas relações jurídicas. Surgiram a adjudicação, as discussões relativas à competência, a intervenção de advogados, bem como a incidência dos princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes. Todavia, manteve-se o modelo bifásico então existente. As partes compareciam “iu iure” para exporem as suas pretensões ao magistrado. Este, porém, não assistia mais passivamente ao desenvolvimento da demanda; passou a redigir a fórmula, intervir e participar do processo. Na segunda fase, a controvérsia era resolvida por sentença.³⁵

De maneira geral, foi extinto todo o formalismo rígido do sistema das ações da lei; não se pronunciavam mais palavras imutáveis, não se faziam gestos rituais. No entanto, a fórmula (modelo em conformidade com os esquemas

³³ CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de direito romano*, cit., p. 298.

³⁴ JUSTO, A. Santos, *Breviário de Direito Romano Privado*, cit., p. 144.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de direito romano*, cit., p. 300.

jurisdicionais previstos) foi o traço marcante desta fase, consistente em um documento escrito no qual se fixava o ponto litigioso e se outorgava poder ao juiz popular, para que este condenasse ou absolvesse o réu, conforme provada, ou não, a pretensão do autor. Em outras palavras, consignava a ação proposta (concedia a ação), a lei aplicável e a determinação ao árbitro para condenar ou absolver o réu. Era um verdadeiro programa processual a ser realizado na fase “apud iudicem”.³⁶

A “litis contestatio” passou a absorver e extinguir (isto é, substituir) a relação jurídica de direito material controvertida (efeito novatório), somando-se ao efeito preclusivo da ação já existente no sistema das “legis actiones”.³⁷ Em suma, eliminava o direito anterior do autor e dava início a um novo direito, o direito de condenar o réu a pagar uma soma em dinheiro.³⁸

As decisões do pretor eram irrecorríveis, não havendo notícia sobre a possibilidade de sua revisão “ex officio” ou mediante provocação dos interessados. Depois de redigida a fórmula, proibía-se qualquer alteração, porque já extinta a fase “in iure”. A autoridade de coisa julgada ficou compreendida como o efeito imediato da sentença condenatória, ou seja, o próprio resultado (estado jurídico) advindo da sentença, visto que não havia meios recursais; era o próprio e único efeito do julgamento. Todavia, permitia-se a alegação da nulidade da sentença, não sujeita a prazo algum, quando constatado vício relativo à incompetência do magistrado, incapacidade do juiz, prova falsa etc.³⁹

³⁶ ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*, cit., p. 207.

³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 79, 82.

³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de direito romano*, cit., p. 301.

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de, *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 102-103.

Com o contínuo aumento e a crescente complexidade das relações jurídicas, em muitos casos, ficou quase impossível se apurar a identidade dos litígios. Nessas situações, o pretor transferia ao “iudex” a solução desta questão prejudicial ao direito de ação, por meio de uma “sponsio praeiudicialis”, elo evolutivo entre os sistemas das “legis actiones” e o formular em matéria de coisa julgada.⁴⁰

No processo formular, permaneceu a lógica do sistema anterior, ou seja, a “litis contestatio” consumava o direito de ação, impedindo-se nova ação com base na regra “bis de eadem re ne sit actio”. Outro ponto relevante, justamente para propiciar uma melhor incidência dessa regra, foi a criação da teoria do “tria eadem” (“partium”, “petendi” e “petitum”), fonte inspiradora dos atuais elementos da ação (parte, causa de pedir e pedido).⁴¹

A questão prévia da repetição de demandas, quando transferida a matéria ao “iudex”, passou a ser decidida por meio de uma “exceptio” (denominada “exceptio rei in iudicium deductae”). Examinava-se, prejudicialmente, se a “res deducta” já não havia ocorrido em razão de uma precedente “litis contestatio”. O oferecimento da exceção era admissível tanto nos casos de “litis contestatio”, quanto nas hipóteses de prévio julgamento da causa (“exceptio rei iudicatae”).⁴²

Até o período clássico, o processo civil se desenvolvia por meio

⁴⁰ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 13.

⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)*. São Paulo: RT, 2001, p. 101-108.

⁴² NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 14-16.

de duas fases bem nítidas, pela divisão da instância em “in iure” e “apud iudicem” - a “ordo iudiciorum privatorum”. Entretanto, aos poucos, o sistema romano foi perdendo seu caráter arbitral, pelo desaparecimento da distinção entre o “ius” e o “iudicium”, ao mesmo tempo em que o próprio magistrado julgava o processo, na qualidade de representante de autoridade pública, liberto quase totalmente do formalismo primitivo e das condições particulares de lugar e tempo.⁴³ Denomina-se esse período de “cognitio extra ordinem” ou “cognitio extraordinaria” porque os julgadores se afastaram das regras impostas pela antiga “ordo”; o sistema era liberado da antiga ordem, ou seja, processo extraordinário, processo “extra ordinem”.⁴⁴

A fase da cognição extraordinária, mais próxima do processo moderno, perdurou entre o ano 200 d.C. até a invasão dos bárbaros (final do Império Romano). O Imperador, por ser mais conveniente concentrar nas mãos do Estado a distribuição da justiça, gradativamente começou a abolir a figura do “iudex”, atribuindo unicamente à uma autoridade estatal a competência para solucionar as causas. Teve início uma forte ingerência do Estado-juiz no processo, do começo do litígio até o seu final.⁴⁵

Os formalismos foram reduzidos de modo mais acentuado, levando a uma grande simplificação no processo, que assumiu a forma predominantemente escrita. A fórmula perdeu a sua razão de ser porque a mesma autoridade definia os limites do litígio, realizava o juízo de admissibilidade da demanda e proferia o julgamento.

⁴³ JUSTO, A. Santos, *Breviário de Direito Romano Privado*, cit., p. 140.

⁴⁴ CRETELLA JÚNIOR, José, *Curso de direito romano*, cit., p. 307.

⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Jurisdição e poder (contribuição para a história dos recursos cíveis)*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 13 e ss.

Surgiram os juízes com plena competência para conhecerem integralmente os conflitos, extinta a tradicional divisão “in jure” e “in judicio”, ou seja, a função jurisdicional se tornou privativa dos agentes do Estado, levando ao desaparecimento dos árbitros privados. O momento é caracterizado pela definitiva publicização do processo, saindo de cena a importância da figura da “litis contestatio” (seus efeitos, para fins da identidade de causas, foram transferidos ao instante da propositura da ação; os demais, de extinção da relação de direito material controvertida, concentraram-se na coisa julgada), porque perdeu por completo a sua finalidade: as partes se sujeitavam à sentença judicial, não em razão de um acordo de vontades, mas em virtude da autoridade do magistrado escolhido pelo Imperador.⁴⁶

É seguro afirmar que a principal inovação do processo extraordinário foi a eliminação da divisão da instância. Em decorrência disso,

- I – o processo se desvincula do direito privado, passando a ser regido pelo direito público, pois nele não mais se verifica o arbitramento que ocorria no processo formulário, em que o *iudex* era um particular escolhido, em regra, pelas partes, para dirimir o conflito de interesses;
- II – desaparece a fórmula como instituto jurídico de natureza processual, uma vez que sua razão de ser resultava da própria estrutura do processo formulário;
- III – há a possibilidade de recurso contra a sentença, porquanto quem a profere é um funcionário do Estado hierarquicamente subordinado a superiores, que podem rever o julgamento dele; e
- IV – sendo o juiz representante do Estado, sua sentença pode ser executada com o emprego de força pública (*manu militari*).⁴⁷

A sentença devia ser motivada, escrita e lida publicamente na

⁴⁶ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 205-206.

⁴⁷ ALVES, José Carlos Moreira, *Direito romano*, cit., p. 243.

presença dos litigantes. O magistrado estava vinculado à lei; não estava autorizado a criar ações para tutelar situações ainda não previstas pelo direito objetivo e estava obrigado a julgar as questões com base no direito positivado. Consequentemente, surgiu um novo conceito de sentença, agora como um ato de aplicação da lei ao caso concreto. Uma vez proferida, o vencido podia apelar para magistrado hierarquicamente superior ou, caso se conformasse, cumpri-la espontaneamente. Inaugurou-se um verdadeiro sistema recursal. A par disso, as causas de nulidade da sentença ficaram mais numerosas.⁴⁸

Entendida a sentença como um ato do Estado romano – comando imperativo e vinculante de um órgão estatal –, as decisões gozavam do poder de império, passíveis de execução com o emprego da força pública. Com o fim da duplicidade de fases da instância e o surgimento dos recursos, ficou nítida a distinção entre a sentença e a coisa julgada. A regra “bis de eadem” deixou de incidir na “litis contestatio” para se fixar na própria sentença, dotada de autoridade estatal.⁴⁹ A coisa julgada produzia um efeito negativo (impossibilidade de se instaurar um novo processo sobre o mesmo objeto) e um efeito positivo (o conteúdo da sentença vinculava as partes, não atingindo terceiros, senão em situações excepcionais).⁵⁰

Neste período evolutivo, o cerne da coisa julgada tomou uma forma mais aproximada daquilo que é aplicado atualmente. A sentença já era compreendida como um pronunciamento de um órgão jurisdicional, ao passo que a coisa julgada, diversamente, era vista como uma força legal derivada da

⁴⁸ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000, v. 1, p. 97-98.

⁴⁹ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 28.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 206-208.

sentença tornada imutável. Sobre o assunto, cabe colacionar breve preleção de Celso Neves:

A res judicata liga-se, assim, na concepção romana, à autoridade estatal, de início vinculada à *litis contestatio*, enquanto fecho do procedimento *in iure*; depois, à *sententia*, primeiro como ato pelo qual o se soluciona a controvérsia, subjetiva e objetivamente fixada na fórmula e, por último, como via de entrega da prestação jurisdicional, quando subordinada ao monopólio do Estado, num caminhar que vai das *legis actiones* à *extraordinaria cognitio*, até dar na codificação de Justiniano.⁵¹

Em resumo, com o transcorrer do tempo, o momento no qual a regra proibitória de nova demanda era aplicável acabou alterado: deixou de estar vinculado à “*litis contestatio*” para, instituído o monopólio da jurisdição pelo Estado, deslocar-se para a prolação da sentença.

1.2. Direito germânico

Com a queda do Império Romano, sobreveio uma dominação militar e política dos germânicos (568 d.C. a 1100 d.C.), também chamados bárbaros, que impuseram os seus costumes e um direito muito mais rudimentar e primitivo em relação ao modelo então vigente. O direito germânico era essencialmente consuetudinário, razão pela qual, em vez de um verdadeiro direito, havia uma variedade de costumes mais ou menos diferentes, vivendo cada povo segundo o seu próprio direito tradicional.⁵²

⁵¹ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 45.

⁵² GILISSEN, John, *Introdução histórica ao direito*, cit., p. 162-163.

Mesmo não existindo uma uniformidade de critérios, pois cada povo impunha seus hábitos próprios, de maneira geral, disseminou-se um fanatismo religioso e absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízes de Deus”, os “duelos judiciais” e as “ordálias”, o que aproximava os julgamentos a autênticos jogos de azar ou cenas de bruxaria. O processo voltou a ser oral e extremamente rígido, com meios de prova restritos às hipóteses legais e previamente tarifados pelo direito objetivo. Esse sistema perdurou por vários séculos, até uma fase bem adiantada da Idade Média.⁵³

O titular da jurisdição era o povo, ou melhor, as assembleias populares dos homens livres, chamadas “Ding”, reunidas sob a presidência do conde feudal (para causas mais complexas) ou de um delegado subordinado àquele (para temas menos relevantes). As sentenças proferidas pelas assembleias obrigavam não só as partes, mas todos aqueles que dela participavam, pois não existia nenhum poder acima do povo; eram por isso irrecorríveis. Esse modelo processual arcaico e de fundo místico-religioso, com o tempo e em várias regiões, por sua contínua prática pelos vencedores, foi substituindo o processo romano imperial, que resistia ao desaparecimento, a ponto de se manter invulnerável em Roma e Ravena.⁵⁴

O processo se desenrolava em duas fases principais, a probatória e a decisória. O procedimento se desenvolvia intercalado por um conjunto de sentenças, as quais resolviam questões processuais e substanciais na medida em que surgissem. A sentença probatória, que colocava termo à primeira fase, tinha por escopo regular o ônus da prova, no geral atribuído ao réu. O único modo de

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 14-15.

⁵⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1, p. 45.

questionamento dessa sentença era pela submissão da parte à prova de suas alegações, sem qualquer reexame material do ato proferido pela autoridade judicante, sob pena da imutabilidade do decidido.⁵⁵

No processo germânico, verificou-se um enfraquecimento da ideia de Estado e da lei como expressão da sua vontade. A finalidade central da atividade jurisdicional consistia em dirimir as contendas, obter a pacificação do conflito. Considerando-se que os julgamentos ocorriam em assembleias populares, as quais proclamavam a vitória ou a derrota do autor, a função do juiz se resumia a declarar os pontos controvertidos e os meios para prová-los. De resto, era mero espectador da experiência probatória e certificava mecanicamente o resultado da causa. O conteúdo da sentença unicamente dispunha sobre a prova eventualmente produzida, revelando-se uma mera decisão potencial da causa. Deste modo, não se falava em coisa julgada.⁵⁶

1.3. Processo comum

A Igreja Católica, paralelamente ao direito germânico, manteve preservada as instituições do direito romano, adaptando-as ao direito canônico. O surgimento das Universidades, em especial a de Bolonha, na Itália, no século XI da Era Cristã, aumentou o gosto pelo estudo do direito clássico e levou ao surgimento dos glosadores, que se dedicavam a cotejar as instituições bárbaras com as romanas. A fusão de normas e institutos do direito romano, do direito

⁵⁵ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 21-22.

⁵⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira, *Teoria geral do processo*, cit., p. 20-21.

germânico e do direito canônico deram os contornos do chamado processo comum, que vigorou do século XI ao XVI.⁵⁷

A expressão “direito comum” não é uniforme na doutrina: ora é entendida como um sistema de fundo romano que formou a base da experiência jurídica europeia até finais do século XIII, ora é vista em sentido mais amplo, abrangendo também outros sistemas integradores, como o canônico, o germânico e o feudal. Prevalece na doutrina a segunda corrente, frente à grande importância da Igreja na Idade Média, bem como à prática jurídica dos germânicos fortemente arraigada por toda a Europa.⁵⁸

Além do mais, cada região foi ocupada por um povo distinto, cada qual com um direito próprio. Desse modo, o direito dos dominadores foi imposto de maneira não uniforme pela Europa, em razão dos diferentes costumes dos povos germânicos e das características específicas da região dominada. Na atual Itália, v. g., o direito comum utilizado não foi o romano-canônico ou o romano-germânico, mas sim um direito genuinamente italiano. As Universidades criaram uma verdadeira ciência do direito independente dos numerosos sistemas jurídicos em vigor nas diferentes regiões da Europa. Baseada no estudo do direito romano, mais especialmente da codificação da época de Justiniano, batizada de “*Corpus iuris civilis*”, a interpretação dos textos romanos era influenciada pelos ideais da época e pelas instituições da Baixa Idade Média. Elaborou-se um direito teórico e erudito, muito mais próximo do romano que dos direitos positivos locais daquela época, com algumas vantagens:

⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1, p. 68.

⁵⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 253-254.

- era um *direito escrito*, enquanto os direitos das diferentes regiões da Europa eram, ainda, na sua maior parte, consuetudinários, isto é, não escritos, com todas as consequências que derivam da incerteza e da insegurança do costume;
- era *comum* a todos os mestres (com reserva de algumas variantes na interpretação; aparecia assim, e foi aliás reconhecido finalmente, como o direito comum (*ius commune*) da Europa continental;
- era muito *mais completo* que os direitos locais, compreendendo numerosas instituições que a sociedade feudal não conhecia (ou que já não conhecia) e que as necessidades do desenvolvimento económico tornavam úteis; o direito erudito pôde assim desempenhar a função de direito supletivo para colmatar as lacunas da leis e costumes locais;
- era *mais evoluído*, porque tinha sido elaborado com base em textos jurídicos que reflectiam a vida duma sociedade muito desenvolvida, na qual a maior parte dos vestígios das sociedades arcaicas tinham desaparecido; aparecia assim como o direito útil ao progresso económico e social, em relação às instituições tradicionais da Idade Média.⁵⁹

No campo do direito processual, foi marcado pela adoção da forma escrita, somado a um procedimento extremamente demorado e excessivamente formalista. Manteve-se a tortura como meio para a obtenção da verdade e prevaleceu o sistema da prova tarifada. A sentença, por influência do direito germânico, representava uma definição do juiz que colocava fim à lide. As sentenças definitivas julgavam as questões principais, ao passo que as sentenças interlocutórias resolviam as questões incidentes, ambas passíveis de apelação e de transitarem em julgado. A coisa julgada deixou de ser compreendida como mera exigência prática de certeza e de segurança; representava uma presunção de verdade daquilo que o juiz declarara na sentença, disseminando-se a máxima “*res iudicata facit de albo nigro, de quadrata rotunda redunta*” (a coisa julgada faz do branco, preto; do quadrado, redondo).⁶⁰ Era corrente entendê-la um fenómeno

⁵⁹ GILISSEN, John, *Introdução histórica ao direito*, cit., p. 203.

⁶⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira, *Teoria geral do processo*, cit., p. 275-276.

existente somente após o trânsito em julgado da sentença, tanto das definitivas quanto das interlocutórias.⁶¹

Pela teoria da coisa julgada como “presunção da verdade”, a sentença transitada em julgado é absolutamente verdadeira quanto aos fatos e ao direito nela contemplados. Daí o porquê da afirmação medieval de a coisa julgada ser capaz de fazer do preto, branco, e do quadrado, redondo.⁶²

Esse entendimento prevaleceu na Idade Média e perdurou por séculos, sendo aplicado no Brasil até meados do século XIX.

1.4. O processo civil na Península Ibérica e em Portugal

A Península Ibérica, de maior interesse para este estudo em razão da notória influência que exerceu sobre o Brasil, foi dominada pelos romanos durante 6 (seis) séculos, a partir de 200 a.C., tendo lhes herdado a língua e os costumes. Suevos, alanos e vândalos a invadiram no século V, subjugada pouco depois, no século VI, pelos visigodos. Os dominadores mantiveram a personalidade do direito, ou seja, a população local continuava sujeita às suas próprias leis. Em 506, Alarico, rei visigodo, editou a primeira lei conhecida após a invasão bárbara, chamada “Breviarum Alaricianum” ou “Aniani”, para uso dos vencidos, composta por um extrato das leis contidas nos Códigos Gregoriano, Hermogeniano e Tudosiano, de algumas novelas, das Institutas de Gaio e das

⁶¹ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 215-220.

⁶² ESTELLITA, Guilherme, *Da coisa julgada*, cit., p. 15-25.

sentenças de Paulo.⁶³

Em 693, baixou-se a lei “Forum Juditium” ou “Fuero Juzgo” (também denominada Código Visigótico), revocatória da anterior e aplicável a todos os povos da Ibéria (invasores e invadidos), que tentou congregar o direito romano e o germânico, com os devidos abrandamentos dos costumes do país. Pouco depois, os árabes invadiram a Península Ibérica (ano 714), lá ficando até o século XV (ano 1492). Do ponto de vista jurídico, a invasão árabe pouco representou, visto que os dominados continuaram regidos pelo “Fuero Juzgo”. No Livro II, Título I, capítulo relativo aos juízes e sobre o que julgam, assinalava-se a autoridade das sentenças e a vedação do “bis in idem”. O caso julgado não comportava novo debate.⁶⁴

Em 1139, destacou-se na Península Ibérica o Condado Portucalense, base política e geográfica do que veio a ser Portugal. Instituiu-se rapidamente um novo direito, baseado nas cartas do rei ou de outros senhores, chamadas “cartas de foro”. Nas justiças eclesiásticas, cada vez mais influentes, aplicava-se o direito canônico. No século XIII, o rei de Portugal, D. Afonso III, educado em Paris, procurou reorganizar a justiça e o direito português, assim como fortalecer o poder real. Seu sucessor, D. Diniz, fundou em 1380 a Universidade de Lisboa, onde se ensinava direito romano, de lá saindo famosos juristas.⁶⁵

A introdução do direito romano-canônico em Portugal se deu,

⁶³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 68-69.

⁶⁴ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 50-52.

⁶⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 50.

sobretudo, pela tradução da Lei das Sete Partidas, por ordem de Afonso X, de Castela, cuja origem romana iria influenciar toda a legislação portuguesa, a qual começava a disciplinar efetivamente o direito e o processo. Entretanto, a lei não vigorou em território português.⁶⁶

Esse movimento de recepção do direito romano-canônico culminou na edição das primeiras leis régias, que levaram à promulgação, em 1446, do primeiro Código português, as Ordenações Afonsinas, cujo terceiro livro era direcionado ao processo civil. As Ordenações eram compilações do direito comum, com reminiscências do direito costumeiro da Alta Idade Média, motivo pelo qual as normas de direito romano-canônico recepcionadas não eram aplicadas em sua pureza.⁶⁷

Seguiram-se as Ordenações Manuelinas, de 1521, durante o reinado de D. Manoel, com o mesmo espírito das anteriores, que continuava a reger o processo civil no livro terceiro. Subindo ao trono Filipe II, da Espanha (Filipe I, de Portugal), iniciou-se um movimento de atualização das codificações anteriores, obra só completada no reinado de Felipe III, da Espanha (Felipe II, de Portugal), promulgada em 11 de janeiro de 1603. São as chamadas Ordenações Filipinas ou Ordenações do Reino, cujo terceiro livro era destinado a um processo civil de fundo romano-canônico.⁶⁸

No plano processual, a sistematização consagrada pelas Ordenações Afonsinas serviu de base para todas as seguintes, sem nenhuma

⁶⁶ CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992, p. 339-341.

⁶⁷ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 109-110.

⁶⁸ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 50-51.

alteração substancial. As Ordenações Filipinas foram mais um trabalho de atualização das Ordenações Manuelinas, reduzindo-se ao mínimo o número de inovações. O processo civil era dominado pelo princípio dispositivo e movimentado apenas pelo impulso das partes. O procedimento apresentava estrutura muito mais avançada para aquela época, com rígida divisão em fase postulatória (libelo, contrariedade, réplica e tréplica), fase instrutória, fase decisória e fase executória. Ao lado do ordinário, criaram-se os procedimentos sumário (com rito mais abreviado) e os especiais (v.g., ações possessórias, despejo, cominatórias, executivos-fiscais).⁶⁹

A coisa julgada foi superficialmente regulamentada pelas Ordenações Afonsinas, vigentes em Portugal quando do descobrimento do Brasil, fortemente influenciadas pelas diretrizes do direito romano-canônico. Seus contornos gerais foram mantidos pelas Ordenações Manuelinas (1515) e Filipinas (1603).⁷⁰

As Ordenações Afonsinas, no Livro III, Título LXXVIII, na primeira parte, preconizavam, sobre a sentença, que “he nenhuuma, e de nenhuum valor, e nom fe requiere fer della apelado, nem pode já mais em alguum tempo paffar em coufa julgada”. As Manuelinas, no Livro III, Título LX, primeira parte, dispunham “quando a fentença he per Direito ninhuûa, nunca já mais em tempo alguû paffa em coufa julgada”. Nessa mesma esteira, as Ordenações Filpinas propugnavam, no Livro III, Título LXXV, parte inicial, que “a sentença, que he por Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada”.

⁶⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *História do direito português*, cit., p. 290-291.

⁷⁰ COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença: gênese e genealogia*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 140 e ss.

Nas Ordenações de Portugal, nunca houve uma definição específica a respeito da coisa julgada. Apenas se fazia referência à sentença que era “nenhuma” e, como tal, absolutamente incapaz de produzir coisa julgada.

1.5. A legislação do Brasil imperial

Enquanto colônia de Portugal, posteriormente reino unido ao de Portugal e Algarves, o Brasil era inteiramente regulado pelas leis portuguesas, ou seja, pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Proclamada a independência em 1822, o Brasil se desvinculou politicamente de Portugal. Todavia, por determinação do Decreto de 20 de outubro de 1823, da Assembleia Geral Constituinte, as leis então vigentes, no que não contrariassem a soberania nacional e o novo regime instaurado, continuavam em vigor. Desse modo, o processo civil obedecia ao disposto pelas Ordenações Filipinas e por outras leis que as haviam alterado em algum ponto específico.⁷¹

A Carta Constitucional do Império, outorgada por Dom Pedro I em 1824, não fazia qualquer referência à coisa julgada. Com o transcorrer do tempo, as Ordenações Filipinas passaram a ser derogadas parcialmente. No campo do direito processual, a mais importante lei editada foi o chamado Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, subsequentemente ao Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), que dispunha sobre a regulação do processo em matéria comercial. Entretanto, não dispensava a aplicação subsidiária do processo civil (previsto nas Ordenações Filipinas), como

⁷¹ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 69.

determinava seu art. 743.⁷²

A teoria da presunção da verdade se fez presente explicitamente no art. 185 do Regulamento 737, pelo qual “são presunções legais absolutas os factos, ou actos que a lei expressamente estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrario, como a coisa julgada”.

De maneira geral, entendeu-se que, em função da linguagem clara e precisa, da simplificação dos atos processuais, da redução dos prazos e melhor disciplina dos recursos, o Regulamento 737 marcou uma fase de progresso do direito processual brasileiro. Na ótica de José Frederico Marques, são imerecidos os elogios, porque o citado Regulamento

não passa de estatuto processual moldado nas instituições medievais do direito comum, apesar de redigido com clareza e limpidez. Também as formas procedimentais do direito filipino foram simplificadas, mantida embora a estrutura arcaica do processo comum.

Temos para nós que o famoso e decantado regulamento nº 737 é um atestado da falta de cultura, no campo do direito processual, da época que foi elaborado. Nem de outra forma se explica o apego demonstrado ao obsoleto procedimento do direito intermédio.⁷³

Como se nota, a legislação dividiu os processualistas, considerado ora

“um atestado da falta de cultura jurídica, no campo do direito processual, da época em que foi elaborado”; e foi elogiado como “o mais alto e mais notável monumento legislativo do Brasil, porventura o mais notável código de processo até hoje publicado na América”. Na realidade, examinado serenamente em sua própria perspectiva histórica, o Regulamento 737 é notável do

⁷² BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 19.

⁷³ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 113-114.

ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento.⁷⁴

As causas não comerciais permaneceram regidas pelas Ordenações, com as várias alterações de leis posteriores à Independência. Tempos depois, constatou-se a necessidade de reunir toda essa legislação esparsa em um único corpo, apto a abranger a totalidade da legislação processual civil. Sobreveio então a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, denominada Consolidação das Leis do Processo Civil ou Consolidação Ribas, elaborada pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, a qual adquiriu força de lei pela Resolução imperial de 28 de dezembro de 1876.⁷⁵

Essa consolidação, em seu art. 497, § 2º, enunciava, como efeito da sentença, “fazer certo o direito entre as partes”, mantendo a tradição brasileira, até aquele instante, em adotar a teoria da ficção da verdade da coisa julgada, sob o argumento de que, uma vez transitada em julgado a sentença, as eventuais injustiças poderiam ser amenizadas ou desfeitas por intermédio do sistema recursal e dos vários graus de jurisdição.⁷⁶

A vigência da Consolidação foi muito curta. O Regulamento 737 logo se tornou aplicável a todas as causas, fossem elas civis ou comerciais, por ocasião do Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890. Com isso, reunificou-se o sistema processual, bipartido em processo civil e processo comercial durante o Império. Contudo, nada representou uma verdadeira ruptura com o regime das

⁷⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 113.

⁷⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 52.

⁷⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1915, p. 275-276.

Ordenações. Mesmo com esses novos textos legais, não houve revogação completa das Ordenações Filipinas, que continuava aplicável à algumas situações processuais específicas (vários processos especiais e os de jurisdição voluntária).⁷⁷

1.6. O processo civil na República

Do mesmo modo que a anterior, a Constituição Federal de 1891 não abordou diretamente a coisa julgada, embora tenha previsto, em seu art. 61, que as questões relativas ao “habeas corpus” e ao espólio de estrangeiro não transitariam em julgado. Logo, as demais estariam cobertas pelo manto protetor da coisa julgada.

Estabeleceu a forma federativa de Estado, a dualidade de justiça (da União e dos Estados) e de processos (arts. 34, nº 23, e 65, nº 2). Cada Estado ficou autorizado a organizar a sua própria justiça e a legislar sobre processo. Até que essa competência fosse exercida, permanecia em vigor a legislação do Império. A Justiça Federal e o seu processo foram regulados pela Consolidação das leis referentes à Justiça Federal, aprovada pelo Decreto nº 3.084/1898.⁷⁸

O primeiro diploma legal da República, em âmbito nacional, a tratar da coisa julgada foi a Lei nº 3.071/1916 - Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) -,

⁷⁷ COSTA, Moacyr Lobo da, *A revogação da sentença*, cit., p. 245.

⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 20.

verdadeira norma de sobredireito, em seu art. 3º. A previsão do instituto em uma norma de direito material se justificava pelo fato de, segundo o sistema francês então incorporado pelo Brasil, a coisa julgada ser matéria afeita ao direito civil. Dessa maneira, os processualistas se mostravam arredios à discussão, panorama que só foi alterado após a emancipação do direito processual.⁷⁹

Os Códigos Estaduais foram aparecendo em meados de 1915, o primeiro deles na Bahia.⁸⁰ Não representaram relevante salto evolutivo em relação à legislação processual então vigente, pois baseados no direito tradicional, especialmente o Regulamento nº 737, de 1850, com as linhas gerais das Ordenações Filipinas, de origem romano-canônica.⁸¹

Exceção feita aos Códigos de São Paulo e da Bahia, que reproduziram um pensamento renovador introduzido no primeiro Código de Processo Civil nacional, em 1939, os demais foram redigidos, em sua grande maioria, com discutível rigor científico e terminológico.⁸²

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a contemplar expressamente que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 113, § 3º), nos mesmos contornos da atual. Restabeleceu o sistema da unidade processual para todo o país, atribuindo à União, e supletivamente aos Estados, a competência para legislar sobre direito

⁷⁹ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 235-237.

⁸⁰ A primeira codificação estadual ocorreu no Pará, sem, contudo, ser um código (ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 70).

⁸¹ LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976, p. 44.

⁸² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 114.

processual civil e penal. Nesse panorama, justificou-se a criação de uma comissão para a elaboração de um Código de Processo Civil brasileiro.⁸³

Em 1937, Vargas comandou golpe de Estado que levou à outorga de nova Carta Constitucional, inspirada no modelo fascista com traço fortemente autoritário, suprimindo quase todos os direitos e garantias fundamentais, inclusive a proteção conferida à coisa julgada. Manteve-se a unidade do direito processual e da justiça comum. Em face de divergências na comissão encarregada de preparar um anteprojeto de Código de Processo Civil, o advogado Pedro Batista Martins apresentou trabalho de sua lavra, que depois de revisto por Francisco Campos, Guilherme Estellita e Abgar Renault, transformou-se no Código de Processo Civil de 1939 (CPC/1939), graças ao Decreto nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.⁸⁴

A partir de então, o desenvolvimento da ciência processual tomou grande impulso no Brasil. A par disso, no início do século XX, aprofundou-se o estudo sobre a coisa julgada, destacando-se a publicação da teoria de Chiovenda, formulada em 1905, seguida das elaborações de Hellwig e Liebman, que influenciaram consideravelmente as letras jurídicas brasileiras.⁸⁵

Embora não seja tarefa da lei definir institutos jurídicos, pois um Código não é livro de doutrina, várias codificações nacionais, a partir do século XX, abraçaram um conceito legal de coisa julgada, em virtude da sua grande

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 21.

⁸⁴ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 56.

⁸⁵ DELLORE, Luiz. *Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 9.

importância ao Direito.⁸⁶ A primeira tentativa remonta à Introdução do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/1916)⁸⁷, criticada pela sua manifesta deficiência.⁸⁸ Acabou revogada pela atual Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/1942), renomeada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que só em 1957 veio a defini-la em seu art. 6º, § 3º.⁸⁹ A abstenção inicial do legislador de 1942, segundo a comissão elaboradora do anteprojeto, foi motivada pela compreensão de que à lei processual tocaria apenas a regulamentação do assunto (remete-se aqui à discussão sobre a natureza jurídica da coisa julgada).⁹⁰

A concepção civilista adotada sofreu severas críticas da doutrina graças à sua flagrante insuficiência, a qual só atendia ao aspecto formal da coisa julgada. Conquanto a existência de uma decisão irrecorrível ou não recorrida seja uma condição indispensável, não é esse o traço característico principal do fenômeno da coisa julgada; sua essência advém da autoridade, da força, da eficácia atribuída à decisão judicial. A inadmissibilidade de recursos é apenas um requisito à aquisição daquele poder. Já naquela época se fazia muito clara a distinção entre coisa julgada material e coisa julgada formal, lecionando Jorge Lafayette Pinto Guimarães que duas são as

⁸⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 142.

⁸⁷ Art. 3º, § 3º. “Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial, de que já não caiba recurso”.

⁸⁸ GUSMÃO, Manoel Aureliano de, *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*, cit., p. 18-19.

⁸⁹ Art. 6º, § 3º. “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”, na redação dada pela Lei nº 3.238/1957.

⁹⁰ ESPINOLA, Eduardo. *A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro: (Dec.-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos*. 2. ed. atual. Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 1, p. 281.

características da coisa julgada: a imutabilidade e a irrecorribilidade. Daí a diferenciação que se faz entre coisa julgada material e coisa julgada formal, pois enquanto esta consistiria na simples irrecorribilidade, ou, na expressão empregada por Eduardo Couture, na não impugnabilidade, a segunda acrescenta à irrecorribilidade, que tem como pressuposto, a imutabilidade.⁹¹

As insatisfações também foram externadas por José Carlos Barbosa Moreira, porque denominar

coisa julgada à própria sentença, desde que inatacável através de recurso, será, na melhor hipótese, empregar linguagem figurada para indicar o momento em que a coisa julgada se forma. A expressão, demasiado simplificadora, permite-nos saber quando começa a existir coisa julgada; nada nos informa, porém, sobre a essência do fenômeno e sobre o modo como ele atua para desempenhar sua função específica. Detém-se a regra legal no aspecto cronológico e deixa totalmente na sombra o aspecto ontológico da coisa julgada.⁹²

No plano processual, a coisa julgada não recebeu definição específica no CPC/1939 em seus arts. 287, 288 e 289, seguindo a formulação italiana do então vigente “Codice di Procedura Civile”, que se restringia a disciplinar o momento de formação da “res iudicata” e a área subjetiva por ela coberta.⁹³ Graças a isso, foram muitos os desencontros interpretativos sobre a legislação da época, em virtude da equivocada e mutilada tradução do art. 290 do Projeto de Código de Processo Civil italiano de 1926, com ásperas discussões

⁹¹ GUIMARÃES, Jorge Lafayette Pinto. *Coisa julgada*. In: CARVALHO SANTOS, J. M. de (Org). Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi, [193-?], v. 9, p. 281.

⁹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Ainda e sempre a coisa julgada, cit., 9-10; ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil: arts. 444 a 475*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 189-190.

⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Ainda e sempre a coisa julgada, cit., p. 11.

sobre a existência de sentenças parciais e as dúvidas sobre a extensão da eficácia objetiva da coisa julgada material, isto é, se a motivação da sentença estaria por ela acobertada.⁹⁴

O vácuo da lei processual só veio a ser suprido com a edição do CPC/1973, o qual dispunha no art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Em seguida, preceituava que “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (art. 468).

Já o CPC/2015, em seu art. 502, fixa que “denomina-se coisa julgada a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.⁹⁵

1.7. A coisa julgada na perspectiva constitucional brasileira

As normas jurídicas não possuem todas a mesma relevância.

⁹⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 2, p. 126-131.

⁹⁵ “O mérito nada mais é que o julgamento do pedido, com a verificação da total ou parcial existência do direito do autor ou mesmo da sua completa inexistência. No primeiro caso, a demanda é procedente; no segundo, é parcialmente procedente (ou parcialmente improcedente); no terceiro, é integralmente improcedente. O julgamento do pedido nada mais é que a apreciação da pretensão processual veiculada na demanda e instrumentalizada na petição inicial. Sobre ela o órgão jurisdicional se manifesta caso obviamente presentes os pressupostos de admissibilidade ao julgamento do mérito.” (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 on-line*, v. 141. São Paulo: RT, 2006, p. 4).

Algumas veiculam simples regras, ao passo que outras estatuem verdadeiros princípios. Por isso algumas normas constitucionais são mais diretrizes; outras menos.⁹⁶ Os princípios constitucionais são as linhas mestras de todo o ordenamento, apontando os rumos a serem seguidos pela sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelo Estado. Expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, motivo pelo qual não podem ser contrariados; devem ser prestigiados até as últimas consequências.⁹⁷

Como salientado por Eros Roberto Grau, a ideia de direito expressa um processo de contínua evolução. A teoria jurídica se volta

aos *princípios jurídicos*, salientando a sua importância, seja porque o modo formal de aplicação do direito (*direito formal*) não satisfaz socialmente, seja porque o *direito moderno* (*direito posto pelo Estado*) não viabiliza, por si só, a fluência das relações sociais e o dinamismo da circulação mercantil, carente de formas renovadas de legitimação. E a verificação de que os *princípios são norma jurídica*, ao lado das regras – o que converte *norma jurídica* em *gênero*, do qual são *espécies os princípios e as regras jurídicas* –, abre novas vias de indagação, riquíssimas, para os que se dedicam à teoria do direito.⁹⁸

Como a Constituição é a norma fundamental da qual todas as demais encontram sua validade no sistema jurídico,⁹⁹ é forçoso reconhecer

⁹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 48 e ss.

⁹⁷ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 34-35.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109-110.

⁹⁹ “Mas a criação da Constituição realiza-se por aplicação da norma fundamental. Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e, em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através das decisões judiciais e das resoluções administrativas. Somente a execução do ato coercitivo estatuído por estas normas individuais – o último ato do processo de produção jurídica – se opera em aplicação das

vigência ao princípio da supremacia das normas constitucionais, também denominado princípio da constitucionalidade, que exige “a conformidade de todas as normas e atos administrativos e atos judiciais, às disposições *substanciais* ou *formais* da Constituição”.¹⁰⁰

Um eventual desajustamento entre a norma inferior e a Constituição (seja ele material ou formal), mediante declaração de inconstitucionalidade, acarreta a nulidade da norma inconstitucional.¹⁰¹ Por vezes, o desajustamento entre essas normas poderá ser mais sutil, referindo-se a alguma dúvida sobre a adequada interpretação de norma constitucional, seja ele princípio ou regra. Os princípios constitucionais são, na lição de Luís Roberto Barroso, o ponto de partida do intérprete que espelham toda a ideologia da Constituição,

são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.¹⁰²

Nota-se que é destacada a função dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, pois são verdadeiros guias para a correta interpretação das

normas individuais que a determinam sem que seja, ela própria, criação de uma norma. A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercivo estatuído por uma norma” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 261).

¹⁰⁰ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1991, v. 1, p. 267.

¹⁰¹ BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 43.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

demais normas jurídicas. Entre eles, deve ser realçada a importância do princípio da segurança jurídica, tendente ao alcance de uma desejada estabilidade social, que se desdobra em dois elementos intimamente associados, quais sejam, a segurança jurídica e a proteção da confiança. O primeiro está ligado a uma ideia objetiva, conectada com elementos objetivos da ordem jurídica, *v.g.*, a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito; o segundo se prende a componentes subjetivos da segurança, *v.g.*, a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.¹⁰³

A segurança jurídica chega a ser idealizada como a primazia objetiva do Direito, que não obriga só por conseguir se impor eficazmente no meio social. Mais que isso, obriga quando, conseguindo se impor eficazmente, serve para garantir a segurança e a ordem. O fundamento da obrigatoriedade do direito positivo reside na segurança que apenas ele pode estabelecer entre as diferentes concepções jurídicas em confronto. Se a justiça é encarada como a segunda grande preocupação da ciência jurídica, a primeira é justamente a segurança, a paz e a ordem social.¹⁰⁴

De modo geral, abrange os seguintes aspectos: a) instituições estatais dotadas de poder e garantias, bem como sujeitas ao princípio da legalidade; b) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão ser regidos pela boa-fé e pela razoabilidade; c) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação a fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; c) a

¹⁰³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007, p. 116-31.

¹⁰⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997, p. 180.

previsibilidade dos comportamentos (a serem seguidos e suportados); d) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.¹⁰⁵ A ordem jurídica tem por missão e responsabilidade

definir situações e gerar clima de confiança e tranquilidade das pessoas e grupos quanto a seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio. Tal é o valor da *segurança jurídica*, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado.¹⁰⁶

Na ótica estritamente constitucional, suprimindo as lacunas das Constituições de 1824 e 1891, que apenas vedavam a prescrição e a aplicação de leis retroativas (art. 179, II e III, e art. 11, respectivamente), a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar expressamente do tema em seu art. 113, nº 03: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A Carta Constitucional de 1937, outorgada em pleno Estado Novo, suprimiu a proteção dada à coisa julgada, assim como vários outros direitos e garantias fundamentais. À propósito, diversas leis com caráter retroativo foram editadas nesta época, *v.g.*, o Decreto-lei nº 58/1937, o Decreto nº 1.027/1939, o Decreto-Lei nº 5.384/1943, inaugurando um período de acentuada desordem jurídica que transcendia os direitos materiais, chegando a atingir os processos em andamento, como dispunha o Decreto-lei nº 4.529/1942, que dispunha sobre a prescrição para a anulação de casamento.¹⁰⁷

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*, v. 21. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 189.

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 237.

¹⁰⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Coisa julgada e Constituição: os efeitos da lei nova, da mudança de interpretação dos tribunais e das emendas constitucionais sobre a coisa julgada. *Revista do Curso de Mestrado de Direito da UFC*, v. 16. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1997, p.

A Constituição de 1946, de cunho democrático, resgatou a proteção da coisa julgada no art. 141, com redação idêntica à Constituição de 1934 neste particular.

Com a instauração do regime militar no país, a Carta de 1967, no seu art. 149, inciso IX, retirou a expressão “a lei não prejudicará”, tradicionalmente presente nos dispositivos constitucionais, para dispor que era assegurado o “respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”. A Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/1969, que entrou em vigor após o recrudescimento do regime de exceção, adotou, no art. 153, § 3º, redação idêntica às Constituições de 1934 e 1946.

A Constituição de 1988, no rol dos direitos e garantias fundamentais, conferindo estabilidade às relações jurídicas consolidadas, estatui no art. 5º, inciso XXXVI, que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos seguintes termos:
XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A atual Constituição reproduz norma tradicional do direito brasileiro, presente desde 1934, com exceção à Carta de 1937. A tutela constitucional recai sobre a coisa julgada material, pois objetiva conferir estabilidade jurídica à prestação jurisdicional definitivamente outorgada às

partes.¹⁰⁸ A formal se beneficia apenas indiretamente da proteção, visto que é pressuposto daquela.¹⁰⁹

A “res iudicata” confere imutabilidade à sentença e a seus efeitos, destinada a atribuir estabilidade às relações jurídicas intersubjetivas e segurança ao direito objetivo.¹¹⁰ Não se trata de um

instituto confinado ao direito processual. Ela tem, acima de tudo, o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional. Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles. As normas e técnicas do processo limitam-se a reger os modelos como a coisa julgada se produz e os instrumentos pelos quais é protegida a estabilidade dessas relações – mas a função dessas normas e técnicas não vai além disso. Nesse sentido é que prestigioso doutrinador afirmou ser a coisa julgada material *o direito do vencedor a obter dos órgãos jurisdicionais a observância do que tiver sido julgado* (Hellwig).¹¹¹

A segurança, insculpida como valor e direito no preâmbulo e no art. 5º, “caput”, da Constituição, não contempla unicamente a proteção da vida,

¹⁰⁸ Somente as sentenças de mérito são acobertadas pela autoridade da coisa julgada; as de extinção sem resolução do mérito são atingidas apenas pela preclusão - coisa julgada formal (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 52). Em sentido contrário: a proteção constitucional é mais abrangente e se estende à coisa julgada formal (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1968, p. 95).

¹⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 436.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 65.

¹¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 222.

da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a própria segurança jurídica, consistente em um mínimo de previsibilidade que o Estado deve oferecer a qualquer cidadão, vinculado à criação de relações jurídicas válidas e eficazes. Ao exercer a função jurisdicional, o Estado revela e impõe às partes a norma a ser respeitada, não lhe sendo lícito desfazê-la em prejuízo das relações jurídicas já constituídas. Por isso, a proteção da coisa julgada é a materialização, sob a forma de uma regra explícita,

do princípio da segurança jurídica, em cujo âmbito se resguardam a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade das condutas e a certeza jurídica que se estabelece acerca de situações anteriormente controvertidas. De fato, o fim da situação litigiosa e o restabelecimento da paz social são valores relevantes para a sociedade e para o Estado, e em seu nome se impede a reabertura da discussão, mesmo diante da alegada injustiça da decisão. Daí por que, no Brasil, a coisa julgada, de longa data, deixou de ser apenas um instituto de direito processual para adquirir status constitucional.¹¹²

Necessária a perquirição sobre o patamar constitucional do instituto, isto é, se direito fundamental ou garantia de direitos fundamentais. Conforme lição de Leonardo Greco, com a qual se concorda, a coisa julgada é

uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no “caput” do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.¹¹³

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 269-270.

¹¹³ GRECO, Leonardo. Eficácia da decisão “erga omnes” de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 251.

Tem a coisa julgada, pois, natureza instrumental, representando verdadeira garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica.¹¹⁴

O texto constitucional tem por finalidade oferecer estabilidade às relações jurídico-sociais a partir de determinado ponto, colocando um basta ao conflito para gerar um acerto definitivo das relações jurídicas. O instituto da coisa julgada possui assento constitucional e seu eventual desrespeito representa verdadeira afronta a uma garantia constitucional. Por isso, é passível de impugnação tal qual a desconsideração de qualquer das garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal, quer expressas, quer implícitas. Além de estabelecer verdadeira blindagem da decisão jurisdicional contra alterações legislativas futuras, esta impossibilidade também se impõe às próprias decisões jurisdicionais ou atos do Executivo. Portanto, a autoridade da coisa julgada

não pode ser interpretada de forma restritiva, resultando imune apenas contra atos futuros do Poder Legislativo, vez que seu propósito é outorgar estabilidade às relações jurídicas e (indaga-se!) de que valeria ser a relação jurídica estável apenas contra a lei, não o sendo contra atos do Poder Executivo ou do próprio Poder Judiciário?¹¹⁵

Não se pode ter dúvidas sobre o amplo espectro de atuação e incidência do instituto, que imuniza a relação jurídica já consolidada por decisão

¹¹⁴ “A distinção entre *direitos* e *garantias fundamentais*, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31). De todo modo, a diferenciação “não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169).

¹¹⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 59-60.

judicial transitada em julgado contra qualquer alteração futura, seja ela proveniente quer de lei nova, quer de outra decisão judicial ou administrativa. Nessa linha, Araken de Assis assevera que, à margem de quaisquer considerações acerca

do desenvolvimento histórico do direito intertemporal, e do seu regime concreto entre nós, três aspectos se evidenciam no inciso sob foco. Em primeiro lugar, a proibição se dirige ao legislador, ante a explícita menção inicial à figura da “lei”, notório e conspícuo produto do processo legislativo, nele apontada como o potencial valor deliçescente. Ademais, o bem jurídico tutelado consiste na segurança jurídica: na ausência desse veto, o legislador assumiria funções onipotentes, quiçá sucumbindo à influência de fatores conjunturais para subtrair dos particulares seus direitos, inclusive aqueles reconhecidos por pronunciamento judiciário. E, finalmente, incumbe à lei infraconstitucional definir objeto da garantia.¹¹⁶

A coisa julgada é inerente ao Estado Constitucional, não só assegurada de forma expressa pela Constituição, mas como consequente lógico e necessário do Estado de Direito, encontrando sua base nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. No plano objetivo, a segurança jurídica recai sobre a ordem jurídica objetivamente considerada, preocupada com a irretroatividade e a previsibilidade dos atos estatais (art. 5º, XXXVI, da CF/88).¹¹⁷ Em uma perspectiva subjetiva, é vista a partir do ângulo dos cidadãos em face dos atos do Poder Público, aqui surgindo o princípio da proteção da confiança pelos atos oriundos do Estado; uma vez produzida a coisa julgada material, o ato judicial de solução do litígio merece plena confiança, não podendo ser alterado. Em resumo, a coisa julgada serve à realização do princípio da segurança jurídica, já

¹¹⁶ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 352-353.

¹¹⁷ No mesmo sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, p. 276.

que sem ela não há ordem jurídica e possibilidade de o cidadão confiar nas decisões do Judiciário, inviabilizando-se o Estado de Direito.¹¹⁸

A circunstância de a norma ter se referido ao legislador obviamente não significa dizer que pretendeu liberar o administrador e o juiz para a desrespeitarem. A coisa julgada

expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais, vistas como atos de positivação do poder, motivo pelo qual, se há sentido em garantir a sua imodificabilidade diante do Legislativo, é mais evidente ainda a imprescindibilidade de se tutelar a sua irretroatividade em relação ao Judiciário. Se a decisão judicial, embora inviolável pelo Legislativo, pudesse ser livremente negada exatamente por aquele que a produziu, não existiria a segurança jurídica indispensável ao Estado de Direito.

O art. 5º, XXXVI, quando disse que “a lei não prejudicará a coisa julgada”, não quis dizer apenas que a lei não pode modificar a situação definida pela decisão que proferiu coisa julgada, mas sim que nenhuma lei infraconstitucional pode negar ou desproteger a coisa julgada. Qualquer lei que diga que uma decisão, proferida em processo em que todos os argumentos e provas puderam ser apresentados, pode ser revista pelo Poder Judiciário, não acatada pelo Poder Executivo, ou alterada ou modificada pelo Poder Legislativo, é uma lei inconstitucional.¹¹⁹

Desse modo, ainda que na fórmula constitucional da coisa julgada esteja dito apenas que “a lei não prejudicará”, é notório que

o constituinte *minus dixit quam volet*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o legislador carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os *juízes* são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o

¹¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 65-68.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 69.

caso e as partes não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida.¹²⁰

Maria Helena Diniz instrui que a “res judicata” é um princípio jurídico-positivo que demonstra

o fato de ser a decisão final uma norma individual, cuja validade não poderá ser abolida por uma norma derogante nem por outra sentença judicial [...], podendo ser apenas desconstituída mediante ação rescisória interposta dentro do biênio decadencial, desde que configurada uma das causas legais arroladas taxativamente no Código de Processo Civil. [...].

A lei superveniente não poderá alcançar a coisa julgada, nem o órgão judicante poderá decidir novamente o que estiver decidido como forma imutável de sentença, a fim de que se resguarde a segurança das relações jurídicas. A *auctoritas rei judicatae* justifica-se no atendimento ao interesse público de estabilidade jurídico-social, cedendo somente ao ataque de decisões anuláveis. Se se admitisse que lei nova viesse a atingir o caso julgado, ter-se-ia anarquia, a lesão de direitos e o descrédito da justiça.¹²¹

Eduardo Talamini¹²² reforça o caráter amplo desse direito ao rechaçar solução interpretativa que o restrinja a um mecanismo meramente instrumental de irretroatividade das leis, devendo-se aplicar a máxima de hermenêutica pela qual as normas sobre direitos e garantias fundamentais merecem interpretação extensiva. Basta comparar a disposição com outras contidas no próprio art. 5º da Constituição: o inciso XXXV prevê apenas que a “lei não excluirá” o acesso à justiça (mas ninguém duvida que o direito ali consagrado vai muito além disso, impondo a qualquer aplicador do direito o respeito a todas as derivações da inafastabilidade da tutela jurisdicional); o

¹²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 241-242.

¹²¹ DINIZ, Maria Helena, *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*, cit., p. 218.

¹²² TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 50-51.

“caput” do art. 5º refere-se apenas à igualdade “perante a lei”, porém se reconhece facilmente a incidência do princípio da isonomia em todo e qualquer momento de aplicação do direito. Tal como sucede nesses casos, a coisa julgada não é mencionada como simples limite, baliza, unicamente da atividade legislativa, pois a sua referência no texto da Constituição implica outras tantas consequências.

A afirmação de que não é dado à lei alguma suprimir a coisa julgada implica também reconhecer que o aplicador da lei não pode, ele mesmo, desrespeitar a coisa julgada. Com efeito, não faria sentido limitar a atividade do legislador para o fim de proteger a coisa julgada e, ao mesmo tempo, deixar o aplicador da lei livre para agir como bem entendesse. Trata-se de conjugar o art. 5º, XXXVI, da CF/88, com o princípio constitucional da legalidade. Dessa maneira, ficaria definitivamente afastada a noção de que o dispositivo estudado trata unicamente de irretroatividade das leis.¹²³ Por oportuno mencionar, Robert Alexy, calcado na doutrina e jurisprudência alemãs, reafirma que “nenhum tribunal pode tomar por base para a sua decisão uma regra que ‘nem sequer o legislador poderia ordenar’”.¹²⁴

Nelson Nery Junior¹²⁵ explica que a segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação e elemento de existência do Estado Democrático de Direito (art. 1º, “caput”, da CF/88). O constituinte originário, entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, seguindo a maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo, o justo possível,

¹²³ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 52-53.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário. Jursidição constitucional e jurisdição especializada*. Trad. L. A. Heck. São Paulo: RT, 2003, p. 57.

¹²⁵ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 68.

consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material.¹²⁶ Descumprir-se a coisa julgada material é negar o próprio Estado Democrático de Direito, fundamento da república brasileira.

A coisa julgada, continua o autor, não pode ser modificada nem “por emenda constitucional (CF 1.º caput e 60 § 4.º I e IV), nem pela lei (CF 5.º XXXVI). *A fortiori*, não poderia ser modificada por outra decisão do Poder Judiciário”, salvo nas hipóteses excepcionais que autorizam a propositura da ação rescisória em face da extrema gravidade de que pode se revestir a sentença.¹²⁷

Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina elucidam que a interpretação da Constituição Federal, por si só, dispensaria menção expressa à proteção da coisa julgada, por se tratar de ideia correlata ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF/1988), que impõe a existência de instituto cabaz de atribuir estabilidade e indiscutibilidade às decisões judiciais.¹²⁸

De outro lado, há quem veja o instituto fora do direito

¹²⁶ “O fundamento político da coisa julgada descansa na necessidade de paz social e segurança jurídica. O Estado tem interesse em que se faça Justiça e, por isso, confere aos litigantes uma gama de recursos, por meio dos quais se procura o aprimoramento da decisão. Há um momento em que urge uma definição, pondo fim ao litígio. Para tanto, a lei, a partir do trânsito em julgado, confere à decisão caráter de imutabilidade” (FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Alguns aspectos da coisa julgada material no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, v. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 71).

¹²⁷ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 51-52.

¹²⁸ “É irrelevante a menção expressa, na Constituição Federal, acerca da coisa julgada – muito embora a Constituição Federal brasileira o faça, no art. 5º, inc. XXXVI, no sentido de não se permitir à lei retroagir para atingir a coisa julgada – porquanto esta é umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito (WAMBIER, Teresa Alvim Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 22). Neste mesmo sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. “Coisa julgada inconstitucional”: uma homenagem a Araken de Assis. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Boneti. *Execução civil e temas afins - do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis*. São Paulo: RT, 2014, p. 145.

constitucional, pois a Constituição do Brasil de 1988, ao contrário da portuguesa, não se preocupou em dispensar tratamento à coisa julgada em si. Apenas proclamou a sua imunidade em relação aos efeitos da lei nova, instituindo regra de direito intertemporal.¹²⁹ A preocupação do legislador constituinte

foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa de normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados. Trata-se, pois, de tema de direito intertemporal em que se consagra o princípio da irretroatividade da lei nova.¹³⁰

O dispositivo se dirigiria unicamente ao legislador ordinário, sendo norma de sobredireito destinada a disciplinar a edição de outras normas jurídicas pelo legislador: proíbe-se ao Poder Legislativo “prejudicar” a coisa julgada via edição de leis e tudo o mais no instituto seria matéria da legislação ordinária.¹³¹ Daí que

a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo Civil (art. 457), pelo que

¹²⁹ NASCIMENTO, Carlos Valder do; PEREIRA JÚNIOR, Lourival. Natureza da coisa julgada: uma abordagem filosófica. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 105-145.

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de (Org.). *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 172-173.

¹³¹ Segundo Paulo Roberto de Oliveira Lima, a regra constitucional se dirige ao legislador ordinário, é verdadeira norma de sobredireito que “disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao Poder legiferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre ‘coisa julgada’ que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária. Para ele, mais adiante, “a proteção constitucional da coisa julgada não é mais do que uma das muitas faces do princípio da irretroatividade da lei” (*Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 84-86).

de modo algum pode estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior.¹³²

Importante consignar que o Supremo Tribunal Federal, por reiteradas ocasiões, consagrou a natureza de garantia da norma inserta no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, acolhendo o entendimento majoritário sobre a matéria.¹³³

No plano do direito comparado, a proteção à coisa julgada, mesmo em países onde não seja prevista expressamente no texto constitucional, é encarada como consequência do direito à tutela jurisdicional efetiva. Entende-se que a resposta do Judiciário, para ser eficaz socialmente, não pode ficar eternamente à mercê de modificações, revisões e reversões.¹³⁴

Na Espanha, a intangibilidade da coisa julgada tem lugar como corolário dos princípios da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva.¹³⁵ Sob este prisma que o Tribunal Constitucional Espanhol reafirmou a importância da coisa julgada dentre o catálogo dos direitos fundamentais (sentenças STC 119/1988, STC 189/1990, STC 231/1991, STC 142/1992, STC 34/1993, STC 43/1998 e STC 112/1999).¹³⁶

¹³² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, cit., p. 174-175.

¹³³ Por todos: STF, 2ª Turma, Ag-Rg-RE 592.912, rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/2012, p. 22/11/2012.

¹³⁴ GRECO, Leonardo, Eficácia da decisão “erga omnes” de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior, cit., p. 255.

¹³⁵ RINCÓN, Jorge Carreras del. *Comentarios a la doctrina procesal civil del tribunal constitucional y del tribunal supremo*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 411; JUNOY, Joan Picó y. *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997, p. 69.

¹³⁶ AROCA, Juan Montero e MATÍES, José Flors. *Amparo constitucional y proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 86.

A Constituição de Portugal, no seu art. 29, item 5, prevê que “ninguém poderá ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. Apesar de só se fazer referência ao processo criminal, afirma-se que a coisa julgada é decorrência direta do princípio da segurança jurídica, aplicável, pois, a qualquer espécie de processo judicial.¹³⁷ Paulo Otero arrazoa que a

intangibilidade do caso julgado resulta ainda do princípio constitucional do Estado de Direito Democrático (artigo 2º), enquanto pressuposto de garantia de valores da segurança e da certeza da ordem jurídica. Admitir a modificabilidade do caso julgado, fosse por via judicial ou legislativa, significaria sempre colocar em causa as idéias de estabilidade, de segurança e mesmo de tutela de confiança dos cidadãos.¹³⁸

De conteúdo próximo, a Constituição da Itália, promulgada em 27 de dezembro de 1947, estatui, em seu art. 25, que ninguém pode ser punido senão “por aplicação de uma lei que tenha entrado em vigor antes de cometido o facto. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança, salvo nos casos previstos pela lei”.

A Constituição da República Federal da Alemanha, no seu art. 103, item 3, preceitua que “ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo ato com base no direito penal comum”. Embora não faça referência expressa à coisa julgada, seu fundamento constitucional está ligado ao princípio do Estado de Direito, o qual tem como componente essencial a garantia da certeza do direito, compreendidos o desenvolvimento regular do processo e a estabilidade de sua

¹³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, t. 6, p. 277.

¹³⁸ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 50.

conclusão.¹³⁹ Para arrematar, a Corte Europeia de Direitos Humanos reafirmou que a coisa julgada é um elemento indispensável para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva, conforme decidido nos casos *Brumarescu v. Romênia*, julgado em 28/10/99; *Pullar v. Reino Unido*, julgado em 10/06/96; e *Antonetto v. Itália*, j. em 20/07/2000. Nessa linha, Paolo Biavati e Federico Carpi comentam que ter se conferido aos tribunais jurisdição sobre certas matérias necessariamente implica na concessão não apenas da eficácia obrigatória da sentença, mas também da própria estabilidade do conteúdo do julgado.¹⁴⁰

No Brasil, em que pese o “status” constitucional da coisa julgada, a fixação dos contornos que a moldam e o seu conteúdo são objeto de legislação infraconstitucional, responsável por traçar o perfil dogmático do instituto. Valendo-se de uma ponderação de valores, é possível que não se atribua a certas decisões a aptidão de se tornarem imutáveis e indiscutíveis; em outros casos, pode exigir pressupostos e requisitos menos rigorosos para sua ocorrência.¹⁴¹

Não sendo a coisa julgada fenômeno de razão natural, como se verá adiante, é a lei que lhe confere a existência e lhe fixa a eficácia. Sendo assim, a própria lei poderia privá-la de sua força, como acontece em matéria penal.¹⁴² Na medida em que a coisa julgada é um dado político, cabe à lei disciplinar o campo

¹³⁹ ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl H.; GOTTWALD, Peter. *Zivilprofsrecht*. 15. ed. Munique: Beck, 1993, p. 914-915.

¹⁴⁰ BIAVATI, Paolo; CARPI, Federico. *Diritto procesuale comunitário*. 2. ed. Milano: Giufrè, 2000, p. 240.

¹⁴¹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2, p. 408.

¹⁴² COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 407.

de incidência, as condições de formação, os limites objetivos e subjetivos, os meios de revisão e todos os demais aspectos do instituto, sendo, portanto, “sempre possível a sua (re)modelação infra-constitucional”.¹⁴³

Essa linha de raciocínio foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, o qual reconheceu expressamente que o conceito e os limites da coisa julgada são instituídos pela legislação infraconstitucional.¹⁴⁴ Para a Corte, está sob a proteção constitucional a garantia da intangibilidade da coisa julgada, e não seu conteúdo material.¹⁴⁵ Embora de matriz constitucional, o instituto tem sua conformação delineada pela legislação ordinária, que estabelece seus limites (objetivos e subjetivos) e pode indicar as situações nas quais o instituto cede em relação a outros valores também protegidos pela Constituição.¹⁴⁶

Em síntese, com as vênias aos entendimentos contrários, o modelo constitucional do processo civil contempla a coisa julgada, ainda que confira ao legislador infraconstitucional certa margem de liberdade para a definição dos atos a serem revestidos por ela. A partir do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, fica vedada a possibilidade de a lei retroagir em prejuízo da coisa julgada já consumada, como também lhe é vedada sua supressão total, mesmo com eficácia apenas futura. Por derradeiro, na perspectiva constitucional, só é concebível falar em coisa julgada de sentença definitiva prolatada em cognição exauriente. À luz do devido processo legal (art. 5º, XXXV, da CF/88), a cristalização de situações jurídicas demanda prévia oitiva das partes, amplo debate

¹⁴³ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 52.

¹⁴⁴ STF, 1ª Turma, AgRg-RE 461.286, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 20/06/2006, p. 15/09/2006.

¹⁴⁵ STF, 2ª Turma, AI 287.964, rel. Min. Celso de Mello, j. 26/11/2002, p. 19/12/2002.

¹⁴⁶ STF, 2ª Turma, RE 681.953, rel. Min. Celso de Mello, j. 25/09/2012, p. 09-11-2012.

sobre a lide e adequada instrução probatória, com o exaurimento da atividade jurisdicional.¹⁴⁷

¹⁴⁷ O “parâmetro fundamental para a atribuição da coisa julgada é a presença de cognição exauriente. O instituto – que tem por essência a imutabilidade – é constitucionalmente incompatível com decisão proferida com base em cognição superficial e, por isso mesmo, provisória, sujeita à confirmação. Há uma vinculação constitucional da coisa julgada à cognição exauriente. Ainda que não exista disposição expressa nesse sentido, isso é uma imposição da proporcionalidade e da razoabilidade extraíveis inclusive da cláusula do devido processo legal” (TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 53).

2. PANORAMA GERAL DA COISA JULGADA

2.1. Fundamento político

Os atos e negócios jurídicos em geral podem ser substituídos por outros melhores sem maiores formalidades, quando inconvenientes ou inaptos a tutelarem dada relação jurídica. Nessa ordem de ideias, seria possível à sentença que não satisfaça o imperativo de justiça ser substituída por outra com aquela qualidade. Entretanto, sua natureza especial reclama a presença de um elemento específico: a necessidade de certeza, a qual exige a declaração, de uma vez por todas, sobre qual é a justiça, ou melhor, qual é o direito reconhecido pelo Estado.¹⁴⁸

É necessário se fazer preponderar a definitividade da coisa julgada sobre inquietações de sua eventual injustiça. Não se nega que, com alguma frequência, pode ser extremamente duvidosa a decisão de um processo, sendo natural revê-la sempre que algum dos interessados apontasse o equívoco. Mas assim as demandas poderiam nunca terminar e se repetirem indefinidamente, resultando em um estado de incerteza perpétua. Mediante a ponderação desses dois sérios perigos, a sentença errada e incerteza sobre os direitos, a ordem jurídica optou por adotar o mal menor pela consagração da “res iudicata”.¹⁴⁹

Esse reclamo de certeza jurídica torna impensável a jurisdição sem

¹⁴⁸ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. p. 405.

¹⁴⁹ ARAGÃO, Egas Moniz de, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 189.

a coisa julgada, sob pena de reinar a incerteza, o caos e a desordem na sociedade. Pode-se até dizer que a coisa julgada não tenha uma razão natural, pois esta parece aconselhar exatamente o contrário, ou seja, que o escrúpulo da verdade sempre prepondere sobre o caso equivocadamente julgado, restabelecendo-se o império da justiça. Todavia, ela se fundamenta por um imperativo político, não propriamente jurídico; não possui uma razão natural, mas sim uma exigência prática de segurança.¹⁵⁰

Revestem-se do manto da coisa julgada material os atos em relação aos quais a lei expressamente atribua essa autoridade, ou seja, não se trata de qualidade inerente a todo e qualquer ato jurisdicional. São perfeitamente concebíveis manifestações da função jurisdicional que não se tornem imutáveis, tal como sucede com os despachos e decisões interlocutórias (como regra). A atribuição da autoridade da coisa julgada, nos limites escolhidos pelo legislador, decorre de mera opção política entre dois valores: a segurança, representada pela imutabilidade do pronunciamento, e o ideal de justiça, sempre passível de ser buscado enquanto for permitido o reexame do ato.¹⁵¹

De tal maneira, não há grande dissenso sobre a existência de um fundamento político da “res iudicata”, cujo surgimento se deu por uma razão estritamente prática, para assegurar a desejada estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado.¹⁵² É possível encontrar, desde os tempos de Cícero (oração “pro Sylla”), menção a essa indispensável função estabilizadora de

¹⁵⁰ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. p. 406.

¹⁵¹ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 46-47.

¹⁵² LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 52-53.

direitos.¹⁵³

Considerando-se que a verdadeira finalidade do processo seja realizar justiça, o sistema propicia o reexame do litígio mediante a utilização dos recursos, com o escopo de reduzir ao máximo o número de erros e decisões injustas.¹⁵⁴ Mas não é desejável a persistência na situação alvitrada ilimitadamente, sendo imprescindível para a sociedade a fixação de um limite temporal absoluto aos litígios, um ponto final inarredável à permissibilidade da discussão e das impugnações.¹⁵⁵

A procura da justiça não pode ser interminável, devendo encontrar um limite para além do qual não se possa mais arguir a injustiça da sentença, sob pena de nunca se chegar à certeza do direito e à segurança no gozo dos bens da vida.¹⁵⁶ Nas palavras de José Frederico Marques, a coisa julgada reflete uma “exigência de ordem pública, para que a tutela das relações jurídicas não seja insegura, movediça e aleatória. A autoridade da coisa julgada tem, por isso, um fundamento de natureza jurídica”.¹⁵⁷

Esses imperativos de ordem social justificam que a decisão se torne definitivamente imutável a partir de dado momento, com autoridade de coisa

¹⁵³ “Status Reipublicae maximé judicatis rebus continetur” (Capítulo 22).

¹⁵⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: sentença, coisa julgada e processo nos tribunais e recursos*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3, p. 98.

¹⁵⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de Processo*, v. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 10.

¹⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. atual. Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3, p. 71.

¹⁵⁷ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 345. No mesmo sentido: FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 694.

julgada, visto que é função da atividade jurisdicional estabilizar os conflitos peremptoriamente.

2.2. A busca pelo fundamento jurídico

Os fundamentos jurídicos da coisa julgada sempre ensejaram acalorados debates, culminando na criação de inúmeras teorias eventualmente incorporadas nas leis brasileiras.

Desde o direito romano que a sentença equivocada é causa de inquietações, seja por erro quanto à questão de fato, seja pela má apreciação do direito – e sua respectiva explicação jurídica para sustentá-la. Com isso, surgiram as lições de Pothier (teoria da presunção absoluta) e Savigny (teoria da ficção legal), que buscaram um fundamento externo para a coisa julgada. Em reação a essas teorias, foram elaboradas as correntes materialista (Pagenstecher) e processualista (Hellwig). Mais recentemente, Liebman arrematou que, independentemente da teoria adotada, aos efeitos da sentença se estende a proteção da coisa julgada, para torná-los imutáveis.¹⁵⁸

As principais teorias sobre o fundamento jurídico da coisa julgada são as seguintes:

a) *teoria da consumação da “actio”*: a coisa julgada é sintetizada pela regra da “bis de eadem ne sit actio”, impeditiva da renovação da demanda

¹⁵⁸ MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., p. 11 e ss.

(questão) apresentada perante o pretor, quando consumada a “actio”. Esta vedação surgiu antes da própria Lei das XII Tábuas e, com a “interpretatio iuris civilis” de Gaio, acabou relacionada à “litis contestatio”.¹⁵⁹

A litiscontestação gerava automático efeito obstativo de nova demanda, impedindo-se outra intervenção do Estado sobre o mesmo fato (efeito consuntivo). O pretor estava autorizado a denegar a nova ação, sem submetê-la ao “iudex”, quando constatada a reprodução de idêntica postulação. A nova “legis actio” acabava imediatamente repelida, salvo quando, pela complexidade da causa, o tema ficava relegado ao árbitro privado. Trata-se de concepção muito mais próxima do aspecto político do instituto, pois destituída de fundamentação propriamente jurídica.

b) teoria da presunção absoluta de verdade: criada, no período do direito comum, por juristas da Idade Média orientados pela filosofia escolástica, com fundamento em brocardo de Ulpiano, reproduzido no Digesto 1.5.25.¹⁶⁰ Teve enorme aceitação, sendo que tal prestígio prosseguiu no decorrer da história, “ex vi” do art. 1.351 do Código Civil Napoleônico, o qual foi reproduzido em legislações espanholas e italianas da época.¹⁶¹

O maior responsável pela sua sistematização foi Robert Joseph Pothier,¹⁶² calcado nas regras de direito romano, que desenvolveu os seus estudos

¹⁵⁹ GUSMÃO, Manoel Aureliano de, *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*, cit., p. 8-9.

¹⁶⁰ O brocardo “res iudicata pro veritate accipitur” foi colocado no Digesto, em fórmula mais difundida, qual seja, “res iudicata pro veritate habetur”.

¹⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 72.

¹⁶² POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1978.

de 1740 a 1772. Em seu “Tratado das Obrigações”, ao discorrer a respeito dos variados meios de prova, entre as presunções existentes, destacou a “iuris et de iure” proveniente da coisa julgada. A sentença irrevogável constituía uma verdade absoluta não sujeita a nenhuma prova em sentido contrário, ou seja, continha a mais sublime das presunções legais.¹⁶³

Como a coisa julgada não poderia traduzir a própria verdade, por ser ela absolutamente inatingível, traria consigo uma presunção de verdade, de cunho absoluto, conforme se depreende do mencionado aludido texto de Ulpiano.

Para a filosofia escolástica, a finalidade do processo consistiria em buscar a verdade. Na premissa menor do silogismo, os fatos, está o ponto a reclamar maior atenção do julgador, já que a matéria de fato necessariamente é abrangida pela de direito (premissa maior), para bem se atingir a conclusão da causa (decisão). Uma vez expostos os fatos no julgamento, adquirem “status” de verdade judicial, o que explica a aceitação da teoria do genovês Segismundo Scassia: “res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia fanguinis vincula, & falfum in verum quoad iuris effectum, licet non effentialiter, mutat, & edeo non eft curandum qualiter fe veritas”.¹⁶⁴

Deste modo, passada em julgado a sentença, a “res iudicata” assumia presunção “iuris et de iure” em relação a todo o seu conteúdo, não sendo admitida prova alguma para contestá-la, ainda que os fatos ou o direito não tenham sido devidamente apreciados pelo julgador.¹⁶⁵

¹⁶³ ESTELLITA, Guilherme, *Da cousa julgada*, cit., p. 26-27.

¹⁶⁴ TUCCI, Rogério Lauria, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 100.

¹⁶⁵ ESTELLITA, Guilherme, *Da cousa julgada*, cit., p. 26.

Manteve-se o entendimento romano da coisa julgada vinculada às sentenças de mérito, com seus limites restritos às pessoas, à coisa e à causa nela compreendidas (mesmas partes, pedido e causa de pedir).¹⁶⁶ As sentenças acoimadas por vício de nulidade se dividiam em injustas ou iníquas: apenas as últimas adquiriam força de coisa julgada; aquelas não, salvo se a nulidade fosse sanável. Isto indica certa incoerência na teoria da presunção de verdade absoluta, pois se uma sentença “iníqua” poderia fazer coisa julgada, é porque nem sempre reproduzia a verdade.¹⁶⁷ Em contrapartida, afirmava-se que a verdade era presumida, ainda que não representasse o justo e o verdadeiro (“res iudicata pro veritate accipitur”).¹⁶⁸

Não passou imune a críticas. O processo romano se voltava todo para a sentença, com a formulação da vontade concreta da lei. A coisa julgada – o bem da vida disputado pelos litigantes depois de julgado – encontrava sua autoridade pela suprema exigência da vida social, qual seja, a certeza e segurança no gozo dos bens da vida: “ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronunciarentur” (fr. 6 Dig. De except. Rei iudicatae, 44, 2). De fato, não pensavam os romanos em atribuir ao que o juiz afirma, só porque afirma o juiz, uma presunção de verdade. E o famoso texto “res iudicata pro veritate accipitur” (fr. 25 Dig. De satu hom. 1, 5 e fr. 207 Dig. De reg. Iuris, 50, 17) “significa tão só que o pronunciamento do juiz, que reconhece ou desconhece um bem da vida, a dizer, que recebe ou rejeita a

¹⁶⁶ POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 513.

¹⁶⁷ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 132.

¹⁶⁸ POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 515.

demanda, soa, não, efetivamente, *como* verdade, mas *em lugar* da verdade”.¹⁶⁹

Acabou duramente contestada por representar mera justificação política da coisa julgada, porquanto não há razão jurídica em se afirmar como absoluta uma verdade apenas provável.¹⁷⁰ Aliás, “os fatos, mesmo depois da sentença, continuam sendo o que eram: pese ao antigo aforismo, mesmo depois do passo em coisa julgada, o branco continua sendo branco e o quadrado não se faz redondo”.¹⁷¹

Não obstante, Pothier teve o mérito de ser um dos primeiros autores a influenciar a adoção do sistema das “tria eadem”, ao incorporá-la no Código Civil francês, em 1804. Embora existissem regras sobre a matéria no direito romano (v.g., textos de Paulo e Ulpiano que constam no Digesto), somente os seus intérpretes, na Idade Média, construíram verdadeira teoria sobre a coisa julgada e os requisitos para o seu reconhecimento (identidade de partes, da causa de pedir e do pedido).¹⁷²

No Brasil, por ter sido acolhida no Regulamento 737 (art. 185), a teoria teve grande relevância até o final do século XIX, conforme doutrina de J. M. Carvalho Santos.¹⁷³ Aponta Guilherme Estellita que a quase totalidade dos

¹⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 1, p. 447.

¹⁷⁰ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. p. 408-409.

¹⁷¹ CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito processual civil*. trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, v. 2, p. 272-273.

¹⁷² A coisa julgada não pode cobrir área maior que o objeto de julgamento, identificado pela teoria da tríplice identidade da ação (mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir).

¹⁷³ SANTOS, J. M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 135.

autores nacionais da época consagravam a tese da coisa julgada material como presunção de verdade, sendo adotada pelos Códigos estaduais do Rio Grande do Sul, Bahia, Minas Gerais e Santa Catarina, já no início do século XX.¹⁷⁴

c) *teoria da ficção de verdade*: em contraposição ao pensamento da coisa julgada como presunção absoluta, Savigny, no mesmo século XIX, difundiu a teoria da ficção de verdade, baseada em comentário de Paulo ao Edito (Digesto 44.2.1.6).

Como instrumento de segurança jurídica, a ficção legal que deflui da sentença transitada em julgado a protege de qualquer futura tentativa de impugnação ou reforma. Mesmo as sentenças injustas (com erros de fato e de direito) adquirem autoridade de coisa julgada mediante uma verdade fictícia, apta a proteger os julgamentos definitivos contra todo e qualquer tipo de ataque ou modificação: “una ficción de verdad que protege las sentencias definitivas contra todo ataque y toda modificación”.¹⁷⁵

Por ela, um direito antes inexistente poderia acabar constituído, ou um direito existente ser eliminado, reduzido ou alterado no seu conteúdo. Atribuiu-se à sentença uma verdade meramente fictícia (aparente), artificial, esta sim dotada da autoridade de coisa julgada, que protegeria até mesmo a sentença injusta, maculada com erro de fato ou de direito; contudo, esta ficção seria mais importante nos casos de sentença justa, cuja manutenção representa o seu escopo

¹⁷⁴ ESTELLITA, Guilherme, *Da coisa julgada*, cit., p. 137-138.

¹⁷⁵ Em tradução livre, “uma ficção de verdade que protege as sentenças definitivas contra todo ataque e toda modificação”. SAVIGNY. *Sistema del derecho romano actual*. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [s.d.]. t. V, p.169-170, apud MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente: coisa julgada, limites objetivos e eficácia executiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 194.

principal.¹⁷⁶

O julgamento da causa deveria receber uma solução única para evitar que o conflito fosse discutido em outra demanda, mesmo quando a decisão encerrar uma conclusão errada. O grande mérito da teoria foi agregar um efeito positivo à coisa julgada (tornar verdadeiro o decidido na sentença), somado ao efeito negativo de impedir a propositura de nova ação para rediscutir a anteriormente prolatada. Inovou-se ao estender a coisa julgada para a fundamentação da sentença (força legal dos motivos), sob o argumento de assim poder se compreender mais adequadamente o julgamento e o seu sentido, a partir da análise dos seus motivos determinantes.¹⁷⁷

Foi concebida para assegurar estabilidade às relações jurídicas, como fruto de uma opção político-legislativa, apoiada na necessidade de se prestigiar definitivamente a atividade jurisdicional. Pecou ao ignorar a grande quantidade de casos nos quais a sentença não representa mera ficção de verdade, mas a própria verdade real.¹⁷⁸

Porém, o ordenamento jurídico não objetiva considerar como verdadeiro os fatos que o juiz levou como razão de decidir, mas a vontade da lei no caso concreto. O julgador não é somente

¹⁷⁶ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 346.

¹⁷⁷ Savigny afirma com clareza que a “coisa julgada da sentença engloba sua motivação, consistente nas relações jurídicas negadas ou afirmadas pelo juiz, e daquelas de que dependia o dispositivo, pois que só afirmando a coisa julgada da motivação poder-se-ia assegurar eficazmente a proteção futura da sentença.” (NIEVA-FENOLL, Jordi, *Coisa julgada*, cit., p. 48).

¹⁷⁸ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. p. 409.

um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei.¹⁷⁹

As censuras também repousaram no absoluto antagonismo dos termos “ficção” e “verdade”, bem como na equivocada premissa de o processo civil somente se contentar com a obtenção da verdade real, em vista de situações nas quais a sentença retrata mera expressão de uma verdade satisfatória para o Estado (verdade formal). Além disso, a coisa julgada não se pinta como uma ficção, nem presunção, mas uma criação do legislador.¹⁸⁰

d) teoria da força legal e substancial da sentença: sustentada por Pagenstecher, é assente no pressuposto de que toda sentença, mesmo a declaratória, constitui um direito novo quando transitada em julgado. Mesmo a declaratória seria constitutiva do direito nela declarado. A esse elemento criado pela sentença se une uma força legal substancial, ensejadora de certeza jurídica. O fundamento da coisa julgada estaria no direito novo criado pela decisão, que ganha força legal com o trânsito em julgado.¹⁸¹

Essa função constitutiva (atividade criadora do direito) já fora sustentada por Bulow e repelida por Chiovenda porque a atuação do direito é, via

¹⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 449.

¹⁸⁰ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva 1951, v. 3, p. 56.

¹⁸¹ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 332-333.

de regra, extrajudicial; somente em casos excepcionais se impõe a intervenção judicial. A função essencial da sentença é declarar um direito preexistente, e não criá-lo ou integrá-lo. Consequentemente, a incontestabilidade da sentença e da coisa julgada não pode resultar desse nascimento posterior de direitos subjetivos, mas como expressão autêntica da soberania estatal.¹⁸²

e) teoria da eficácia da declaração: defendida por Konrad Hellwig e alicerçada na diferença estabelecida entre sentenças declaratórias e constitutivas. A coisa julgada está fundada na eficácia da declaração de certeza contida na sentença, ou seja, na declaração de direito nela contida, a qual se torna indiscutível não só para as partes, mas também para todos os demais juízes.

Hellwig iniciou, na ciência processual, a distinção entre conteúdos e efeitos da sentença. Explicou que as sentenças podiam ser declaratórias (manifestação sobre a existência ou inexistência de uma dada relação jurídica) ou constitutivas (modificam relações jurídicas já existentes) do direito; as condenatórias reuniriam as características de ambas (declara a existência do direito de crédito e a obrigação de prestar, somada à criação do direito à execução forçada em face do vencido). O elemento comum às três categorias seria justamente a declaração do direito, pressuposto lógico das tutelas constitutivas e condenatórias. Estes últimos efeitos teriam aptidão para alterar a realidade prática, ao passo que aquele ficaria estável, com imutabilidade inerente à coisa julgada.¹⁸³

Os efeitos declaratórios da sentença transitada em julgado vinculariam todo e qualquer juiz, por força da autoridade inviolável do Estado.

¹⁸² TUCCI, Rogério Lauria, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 102.

¹⁸³ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 336.

Com a primeira decisão surgiria um direito processual correspondente ao dever de o segundo juiz observar a sentença precedente. Como esse efeito seria meramente processual, jamais se afetariam as relações jurídicas substanciais, nem mesmo no caso de erro da sentença – os direitos materiais continuariam senão aquilo que sempre foram, pois a declaração judicial não teria nenhuma influência sobre eles.¹⁸⁴

O grande mérito de Hellwig foi revelar a coisa julgada, antes de mais nada, como um fenômeno do direito processual que extingue o direito subjetivo público à prestação jurisdicional, tendo se afastado da concepção materialista. Fixou as ideias de imutabilidade e imperatividade do comando da sentença.¹⁸⁵

De outro lado, Liebman apontou graves consequências práticas por só se reconhecer a autoridade de coisa julgada na parte declaratória da sentença, negando-a para os constitutivos e condenatórios: uma mesma sentença ficaria submetida a disciplinas jurídicas distintas, consoante determinado efeito estivesse ou não abrangido pela “res iudicata”.¹⁸⁶

Também não é correto negar a repercussão da coisa julgada no campo material, que acaba atingido, ainda que reflexamente, pela declaração da existência ou inexistência de determinado direito subjetivo. Nesta linha, José Ignácio Botelho de Mesquita pondera que a teoria de Hellwig se alheia totalmente da realidade, pois ignora as profundas repercussões provocadas pela sentença no

¹⁸⁴ MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., p. 108.

¹⁸⁵ ESTELLITA, Guilherme, *Da coisa julgada*, cit., p. 68.

¹⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 20-23.

“mundo jurídico material que, de forma nenhuma, se restringem a um vínculo limitado aos órgãos jurisdicionais, mas bem ao contrário, atingem a todos que se colocam na órbita de irradiação dos efeitos da sentença”.¹⁸⁷

Não se revela aceitável a distinção entre sentença justa e injusta – a última incapaz de alterar o direito substantivo –, porque pressupõe um estado de anormalidade da atividade jurisdicional. Mesmo assim, esta teoria teve enorme adesão doutrinária, vindo a ser defendida por James Goldschmidt.¹⁸⁸

No Brasil, influenciou os estudos de Aureliano de Gusmão, que em 1914, na primeira edição de obra sua, sustentou ser a coisa julgada uma presunção “iuris et de iure”, apta a excluir toda e qualquer prova em sentido contrário. Já na segunda edição, datada de 1922, reformulou seus conceitos colocando-a em conformidade com a nova doutrina.¹⁸⁹ Acabou recebendo a

¹⁸⁷ MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., p. 109.

¹⁸⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1939, p. 121.

¹⁸⁹ GUSMÃO, Manoel Aureliano de, *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*, cit., p. 14 e ss.

aceitação de Celso Neves¹⁹⁰ e Pontes de Miranda.¹⁹¹ Atualmente, é adotada por Luiz Guilherme Marinoni.¹⁹² A bem da verdade, não há um consenso acerca da sua aplicação, pois cada autor a defende com contornos específicos, criando, por vezes, subteorias.¹⁹³

f) teoria da extinção da obrigação jurisdicional: elaborada por Ugo Rocco e acolhida expressamente por Guilherme Estellita no Brasil,¹⁹⁴ concebe a coisa julgada, acima de tudo, como um fenômeno processual ligado aos conceitos de jurisdição (atribuição estatal de declarar e realizar o Direito submetido à sua apreciação), ação (direito subjetivo, abstrato de se invocar a atividade jurisdicional do Estado para a resolução de uma controvérsia, com a aplicação do direito objetivo ao caso concreto) e sentença (momento no qual o

¹⁹⁰ Celso Neves diz que “ou temos a coisa julgada como efeito da sentença, segundo Hellwig e a grande maioria da doutrina, ou temo-la como qualidade desse efeito, consoante a teoria de Liebman, reduzida ao conteúdo declaratório da decisão. Nessa alternativa, a nossa opção é pela primeira hipótese. À semelhança de Eliézer Rosa, ainda não nos convencemos de que a coisa julgada possa ser uma qualidade dos efeitos da sentença – conseqüentemente, de seu efeito declaratório. À parte a observação de que o atributo essencial realiza o próprio ser, o que permitiu a Liebman distinguir entre eficácia natural da sentença e coisa julgada foi o fato de ser aquela mutável e implicar, esta última, na sua imutabilidade, aliado à circunstância de a sentença produzir efeitos antes do trânsito em julgado, na chamada execução provisória.

Ora, é possível pensar-se na realização antecipada de atos que devam ser praticados depois do trânsito em julgado. Mas é inadmissível a mesma antecipação quanto ao que não se pode realizar depois do trânsito em julgado. A declaração da sentença é suficiente, em si mesma, como declaração, para realizar a certeza jurídica que constitui o eu escopo, independentemente de qualquer atividade ulterior. Logo, em relação a ela, enquanto declaração, não pode haver antecipação. Só as conseqüências da declaração seriam passíveis de eventual antecipação, se pedidas na ação ou em reconvenção, já no plano da tutela executória, precipuamente conseqüencial e consecutiva”. (*Coisa julgada civil*, cit., p. 502).

¹⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. atual. Sergio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 5, p. 113.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015, v. 2, p. 637.

¹⁹³ MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes, *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*, cit., p. 195.

¹⁹⁴ ESTELLITA, Guilherme, *Da coisa julgada*, cit., p. 77 e ss.

Estado, no desempenho da função jurisdicional, declara a vontade da lei em substituição aos desígnios e interesses das partes, relativamente a um caso singular e determinado).¹⁹⁵

O exercício do direito de ação gera ao Estado a obrigação da prestação jurisdicional, que é cumprida por meio da sentença, acarretando a extinção daquele. Com isso, a relação jurídica material julgada não pode ser novamente suscitada, surgindo aí a coisa julgada.

Advoga ainda que a sentença poderia criar relações jurídicas então inexistentes ou extinguir outras preexistentes, no que foi objeto de severa repreensão de Liebman. Para este, a definição de coisa julgada como causa da extinção do direito de ação era insuficiente porque faltaria à sentença uma força criadora do direito, além de que a autoridade da coisa julgada não impediria somente a reprodução da ação, mas ainda qualquer juízo diferente sobre a mesma relação, inclusive quando ventilada em caráter meramente prejudicial.¹⁹⁶

g) teoria da vontade do Estado: desenvolvida por Chiovenda, estatui que a sentença obtém a sua força imperativa por representar um ato decisório imperativo (com uma ordem, um comando obrigatório do juiz), o qual representa a vontade do próprio Estado. Este traço específico a distingue de um parecer de algum jurisconsulto, destituído de qualquer interferência estatal.¹⁹⁷

O autor enxerga na célebre passagem de Ulpiano (“quia res

¹⁹⁵ ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*. Roma, 1917, p. 216-223.

¹⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 47-48.

¹⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 449.

iudicata pro veritate accipitur”) uma simples proibição, voltada a processos futuros, de reexame do já decidido e julgado, tomando o fato não como verdade, mas em lugar da verdade, o que desnatura a teoria da presunção da verdade.¹⁹⁸

Analisando a coisa julgada como a vontade concreta da lei afirmada na sentença, o autor escapou da discussão entre materialistas e processualistas, sustentando que a coisa julgada é um efeito (indiscutibilidade e obrigatoriedade) do comando da sentença que surge em virtude da preclusão das questões decididas.¹⁹⁹

Chiovenda constrói sua doutrina a partir da distinção entre coisa julgada e preclusão. A coisa julgada consistiria no efeito da sentença decorrente da preclusão das questões enfrentadas e decididas no processo, apta a gerar a indiscutibilidade (efeito negativo da coisa julgada) e a obrigatoriedade (efeito positivo) do comando da sentença. Ao encarar o instituto como efeito da sentença, até o autor, que mais procurou desvincular a coisa julgada da sua ligação com a solução de questões lógicas do processo, para relacioná-lo com o elemento imperativo da sentença, não pôde deixar de ver na coisa julgada uma produção de certeza discutível.²⁰⁰

A sentença traz consigo um raciocínio lógico (silogismo) acompanhado do comando, que é a decisão como ato de vontade estatal, prolatada por um magistrado no exercício da função jurisdicional. A força obrigatória, a imutabilidade e a indiscutibilidade da coisa julgada emergem, por imposição e

¹⁹⁸ NIEVA-FENOLL, Jordi, *Coisa julgada*, cit., p. 59.

¹⁹⁹ MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, cit., p. 25.

²⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 21.

desejo do Estado, do comando sentencial, pois nele se situa a vontade concreta da lei.²⁰¹ Afasta-se a fundamentação da sentença (caminho lógico perquirido pelo magistrado para julgar) da imunização da “res iudicata”, confinando-a ao seu dispositivo. Para tanto, pondera que o juiz

não é somente um lógico, é um magistrado. Atingido o objetivo de dar formulação à vontade da lei, o elemento lógico perde, no processo, toda a importância. Os fatos permanecem o que eram, nem pretende o ordenamento jurídico que sejam considerados como verdadeiros aqueles que o juiz considera como base de sua decisão; antes, nem se preocupa em saber como se passaram as coisas, e se desinteressa completamente dos possíveis erros lógicos do juiz; mas limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a verdade da lei. O juiz, portanto, enquanto razoa, não representa o Estado; representa-o enquanto lhe afirma a vontade. A sentença é unicamente a afirmação ou negação de uma vontade do Estado que garanta a alguém um bem da vida no caso concreto.²⁰²

Carnelutti é outro adepto desta teoria, dizendo que é nessa origem estatal que se justifica a autoridade da coisa julgada, cuja imperatividade adere ao comando emergente da sentença.²⁰³ Porém, discordam os juristas em outros tantos pontos: para Chiovenda, a sentença consiste na tradução da lei ao caso concreto, um comando autônomo e individual que substitui a lei abstrata e genérica; já Carnelutti encara o comando da sentença como suplementar ao existente na lei, cuja imperatividade se justifica por ser obra de um órgão estatal.²⁰⁴

Carnelutti ainda distingue a eficácia da decisão (imperatividade)

²⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 448-449.

²⁰² Ibidem, p. 449.

²⁰³ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. 5. ed. trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. 3, p. 184-194.

²⁰⁴ NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 239.

de sua imutabilidade: a primeira incide no plano do direito material, já a segunda é fenômeno puramente processual consistente na impossibilidade de o ato ser impugnado no mesmo processo. Enquanto a imperatividade recai na declaração judicial sobre a lide (coisa julgada material), a segunda torna estável, no processo, a declaração contida na sentença (coisa julgada formal). Dessa forma, a interposição de algum recurso não teria o condão de alterar a imperatividade, mas poderia afastar a imutabilidade, porquanto viável a reforma do conteúdo do comando sentencial. Com isso, a coisa julgada material surge antes da coisa julgada formal, diferentemente do usualmente sustentado. Isto porque a primeira decorre da imperatividade da sentença, ao passo que a segunda só se verificaria quando a sentença adquirisse imutabilidade. Enquanto a imperatividade é um fenômeno material, a imutabilidade tem natureza processual, vinculativa aos demais juízes.²⁰⁵

Essa construção carneluttiana exerceu inegável influência sobre o ordenamento jurídico brasileiro, em especial no CPC/1939, como se verá mais adiante.

A teoria da vontade estatal foi criticada por praticamente abstrair o elemento volitivo da sentença, o seu juízo lógico da aplicação do Direito a um caso concreto. Peca ainda por, reflexamente, equiparar a sentença à lei, já que ambas não refletem a vontade do julgador, mas da norma jurídica interpretada e aplicada.²⁰⁶

Não foi capaz de explicar o fenômeno da coisa julgada, estranho e

²⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do processo civil*, cit., p. 190-191.

²⁰⁶ ESTELLITA, Guilherme, *Da coisa julgada*, cit., p. 70.

inconfundível com a sentença; sua autoridade não pode consistir na imperatividade e imutabilidade da sentença, consequências da preclusão de recursos. A definitividade do conteúdo da sentença resulta de um outro ato, qual seja, uma norma jurídica que a impõe em determinadas circunstâncias. Não obstante, a grande contribuição desta teoria foi depurar o conceito e o fenômeno da coisa julgada material de conceitos e fenômenos afins, como a simples preclusão ou a mera irrecorribilidade de uma sentença (coisa julgada formal). Além disso, conseguiu limitar a autoridade da “res iudicata” ao pronunciamento do juiz que decida o mérito da ação procedente ou improcedente.²⁰⁷

h) teoria da qualificação dos efeitos da sentença: desenvolvida por Enrico Tullio Liebman na obra “Eficácia e autoridade da sentença”, em uma época na qual preponderava, quase a unanimidade, a teoria da Hellwig. Propugna que a coisa julgada não é um dos efeitos da sentença, mas uma qualidade (de imutabilidade e indiscutibilidade) daqueles. Nas suas palavras, consiste na

imutabilidade do comando emergente de uma 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 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.²⁰⁸

O milanês procurou demonstrar o equívoco de se considerar a coisa julgada substancial como um dos efeitos (o principal) da sentença, com base nas seguintes ponderações críticas:

²⁰⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 48-49.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 54.

i) afirmar que a coisa julgada é um efeito da sentença seria colocar frente a frente elementos inconciliáveis e incongruentes, juntando-se ao mesmo plano coisas heterogêneas e de qualidade bem diversa.²⁰⁹

Os efeitos da sentença aparecem com a própria decisão, mas podem ser obstados pelos recursos dotados de efeito suspensivo. A coisa julgada, por seu turno, resulta da indiscutibilidade da sentença pelo exaurimento das vias recursais. É uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença, já existentes antes mesmo da formação da coisa julgada.²¹⁰ Desse modo, o termo “efeito” da sentença não pode designar duas coisas absolutamente distintas.

A lei confere efeitos para a sentença mesmo antes do seu trânsito em julgado. Mas a imutabilidade que reveste os efeitos da sentença independe da sua prévia produção de efeitos.²¹¹ Porém, não se pode negar que o momento de formação da coisa julgada possa coincidir com o instante da produção de efeitos,

²⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 18-22.

²¹⁰ “Não pode haver dúvidas de que a possibilidade de início da eficácia da decisão dá-se com sua publicação, vale dizer, com sua existência jurídica. Antes desse momento, a decisão jurisdicional não existe para o mundo do direito e, no que pertine para o presente trabalho, não pode ainda surtir efeitos. Nem jurídicos, tampouco fáticos” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Execução provisória e antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 38). No mesmo sentido: “A eficácia, para Liebman deve distinguir-se da sua imutabilidade. O comando contido na sentença, mesmo quando é eficaz pode ser ainda suscetível de reforma” (ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977, p. 88).

²¹¹ “[...] pode a sentença ser obrigatória ainda sem ser irretratável, e valer, enquanto não for modificada. Nem ‘das normas fixas e imutáveis da lógica judiciária’ pode deduzir-se que as decisões devam permanecer ‘firmes, imutáveis e invioláveis como a própria verdade, a própria razão, a própria justiça’, visto que, sem dúvida, mutável é o conhecimento e a formulação da verdade e da justiça, tanto que se considera a coisa julgada, pelo contrário, como um limite imposto por exigências da vida à indefinida procura da verdade e da justiça. Não mais concludente é, por fim, considerar a sentença como ‘palavra da lei’, porquanto pode ser precisamente a lei em todo o tempo ab-rogada por uma lei posterior (LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 39).

o que não é suficiente para igualar fenômenos distintos.²¹²

ii) as expressões imutabilidade, incontestabilidade e definitividade não podem ser consideradas autônomas, mas sim um atributo, uma qualidade da coisa julgada, porque são expressões vazias quando analisadas individualmente, privadas de conteúdo e sentido.²¹³

Existe abissal diferença entre a imperatividade da sentença e a autoridade da coisa julgada: a primeira se justifica por derivar de um ato praticado no exercício da função jurisdicional; a segunda significa a estabilidade desta eficácia. Então, *v.g.*, uma sentença dotada unicamente de imperatividade pode ser alterada por outro magistrado de mesmo grau hierárquico (ensejando decisões conflitantes) ou de grau superior (via recursal), razão pela qual a imperatividade não gera a incontestabilidade da sentença.

Em suma, são inconfundíveis a imperatividade e a eficácia com a autoridade da “*res iudicata*”. Esta última consiste na imunização que os efeitos da sentença adquirem no momento determinado pelo legislador.

iii) não resulta lógico considerar que, embora a coisa julgada denote uma produção de certeza, seja necessário destacar uma parte acobertável pela coisa julgada (efeito declaratório) das outras (efeitos constitutivo e condenatório), as quais permaneceriam sem ela. Esta equivocada construção permitiria dizer que o efeito declaratório, pressuposto lógico dos demais, sempre

²¹² BUENO, Cassio Scarpinella, *Execução provisória e antecipação de tutela*, cit., p. 38.

²¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 5.

ficaria a salvo de qualquer eventual impugnação, ao contrário dos outros.²¹⁴

iv) é reprovável defender que os efeitos declaratórios da sentença repercutam “inter partes”, ao passo que os constitutivos e condenatórios da mesma decisão possuam eficácia “erga omnes”, máxime quando ainda não transitada em julgado a decisão.

Não haveria explicação razoável para justificar um efeito constitutivo, antes de formada a coisa julgada, atingir a terceiros e não as partes. Expõe Liebman que é no mínimo contraditório, *v.g.*, valer “inter partes” a decisão que declara a nulidade de um contrato e “erga omnes” a decisão que decreta a sua anulação, no que é seguido por Barbosa Moreira.²¹⁵ Não se pode diferenciar a eficácia da sentença para aqueles que sofrem a sua incidência.

v) não existe razão para distinguir “qual” dos efeitos é imune à coisa julgada, na medida em que a atividade do juiz, quando proferida sentença constitutiva, não é diversa da sentença declaratória. Desta forma, a atividade judicante não pode ser tomada do ponto de vista intelectual, mas jurídico.

Incorreto asseverar que apenas a atividade declaratória da sentença seria verdadeiramente jurisdicional, ao contrário das demais, com natureza de mero negócio jurídico ou ato administrativo, destituídas da autoridade da coisa

²¹⁴ “Mas este desmembramento da sentença acerca da sua extensão subjetiva não persuade de nenhum modo, porque é contraditório submeter os terceiros aos efeitos da sentença em relação a uma parte e não em relação a outra, que da primeira é o pressuposto lógico e necessário, como se pudesse prevalecer o efeito constitutivo quando faltasse a declaração das condições a que ele está subordinado” (LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 48-49).

²¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 81.

ulgada. A “res iudicata” é uma qualidade especial dos efeitos da sentença, hábil a reforçar a sua eficácia, consistente na imutabilidade da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e, simultaneamente, na imutabilidade do seu conteúdo e efeitos (coisa julgada material).²¹⁶ Há engano em se relacionar o efeito declaratório da sentença com a coisa julgada, o que denota certa confusão entre um efeito típico da sentença com um elemento novo que se agrega a ela, qualificando-a. A coisa julgada material é

somente um aspecto particular daquela qualidade que ela logra, quando se opera a preclusão dos recursos; indica, pois, a coisa julgada formal a imutabilidade da sentença como ato processual, e a coisa julgada substancial indica a mesma imutabilidade, em relação ao seu conteúdo e mormente ao seus efeitos.²¹⁷

Liebman diferencia com precisão os conceitos de imperatividade e imutabilidade da sentença, cuja eficácia judicial é inconfundível com a autoridade da coisa julgada, visto que os efeitos se produzem antes mesmo da formação desta. Não sendo efeito típico da decisão, mostra-se como uma qualidade dos efeitos da decisão, ou seja, um modo de manifestar e produzir os efeitos da própria sentença que determina a definitividade e a incontestabilidade dos efeitos então existentes. Quando nasce a coisa julgada, a eficácia da sentença já existe, mas a ela se une uma nova qualificação que a torna imutável e irrevogável.²¹⁸

²¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 109.

²¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 60.

²¹⁸ Não se pode confundir a indiscutibilidade de um julgamento com o efeito produzido por esse mesmo julgamento. A coisa julgada acarreta “uma transformação qualitativa nos efeitos da sentença, efeitos esses que já poderiam estar sendo produzidos antes ou independentemente do trânsito em julgado. Uma sentença exequível provisoriamente produz, por exemplo, efeitos, sem embargo de ainda não se achar acobertada pela coisa julgada. Quando não cabe mais recurso algum, é que o decisório se torna imutável e indiscutível, revestindo-se da autoridade de coisa julgada. Não se acrescentou, portanto, efeito novo à sentença. Deu-se-lhe apenas um qualificativo e reforço, fazendo que aquilo até então

Embora Chiovenda tenha acertado ao dizer que a coisa julgada seja a “indiscutibilidade da existência da vontade concreta da lei afirmada na sentença”, pecou ao defender que ela representaria a declaração da vontade da lei tornada imutável, porque limitou a coisa julgada

à declaração contida na sentença e a identifica, não só com a indiscutibilidade, mas também com a obrigatoriedade da declaração, ao passo que o que já se disse mostra seguramente como a obrigatoriedade, não da declaração somente, mas também de toda a decisão, é propriamente o efeito da sentença, e como este se produz independentemente da indiscutibilidade e da coisa julgada e não vincula aos juízes mais do que qualquer outro sujeito.²¹⁹

Assim como os alemães, Chiovenda errou ao trazer para o mesmo conceito a autoridade e a eficácia da sentença, justamente o que pretendeu evitar. Relativamente à Carnelutti, Liebman atacou a posição de que a imutabilidade estaria na função declaratória da sentença. Como observado por Dinamarco, na realidade,

os dois autores partiam de premissas diametralmente opostas, com referência ao fundamental quesito metodológico da estrutura do ordenamento jurídico: enquanto Liebman, formado na escola de Chiovenda, manifestava uma sólida base dualística (isto é, para ele o ordenamento jurídico tem duas ordens diversas de normas substanciais e processuais, e estas nada têm a ver com a produção do direito no caso concreto), fundava-se CARNELUTTI no pressuposto de que o direito positivo substancial emana normas genéricas incompletas, as quais só se tornam um círculo fechado, por obra da sentença.²²⁰

discutível e modificável se tornasse definitivo e irreversível” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1088).

²¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 57.

²²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 234-235.

Carnelutti propugnava ser possível haver imperatividade sem imutabilidade, ou, nas palavras de Liebman, coisa julgada sem o trânsito em julgado.²²¹ Entretanto, nessa teoria

se dilui e desaparece simplesmente a noção da autoridade coisa julgada: ela não pode consistir realmente na *imperatividade* da sentença, que é a sua eficácia natural e constante, independente da sua *definitividade* e própria da decisão judicial, na sua qualidade de ato ditado pela autoridade do Estado, se bem que sujeito a ser reformado, ou mudado e contraditado por outro ato da mesma autoridade.²²²

Nada impede que outro juiz profira sentença decidindo a mesma causa de maneira diversa sem ofender coisa julgada, apesar de incorrer em litispendência. Em resumo, enquanto os alemães entendiam a coisa julgada como uma eficácia da sentença, para Carnelutti a eficácia da sentença seria a própria autoridade da coisa julgada.

Com Liebman, a eficácia passou a ser vista como um comando da sentença com carga declaratória, constitutiva ou condenatória sobre dada relação jurídica. Este comando, que pode ou não produzir efeitos imediatamente, poderá ser modificado pelas vias recursais. Mas em um determinado momento essa eficácia adquire estabilidade, tornando imutável o comando emergente da sentença, quando então se fala na autoridade da coisa julgada. De fato, não se identifica a coisa julgada material

²²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 59.

²²² Ibidem, p. 59.

simplesmente com a *definitividade* e a 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.²²³

A coisa julgada material é uma qualidade que se agrega aos efeitos naturais do comando emergente da sentença, impedindo nova discussão do decidido anteriormente (eficácia positiva). Liebman reafirmou a doutrina majoritária pela qual a coisa julgada recai unicamente no comando da sentença, e não na atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar sua decisão.²²⁴ No Brasil, é prestigiada nos estudos de José Frederico Marques,²²⁵ José Roberto dos Santos Bedaque,²²⁶ Moacyr Amaral Santos,²²⁷ Cândido Rangel Dinamarco,²²⁸

²²³ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 51.

²²⁴ Ibidem, p. 48-49.

²²⁵ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 349.

²²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo*, cit., p. 140.

²²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 57-58.

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 218.

Humberto Theodoro Júnior,²²⁹ José Rogério Cruz e Tucci,²³⁰ dentre outros.²³¹

i) a coisa julgada como qualidade da força da sentença: não só desconsidera a coisa julgada como um efeito da sentença, mas chega a entender que nem qualidade dela se trata. Conquanto concorde com a distinção entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, defende que a imutabilidade não se vincula aos efeitos da decisão, mas ao seu conteúdo (corpo).²³²

Barbosa Moreira, seu defensor, critica a doutrina alemã que liga a coisa julgada aos efeitos declaratórios da sentença, pois a carga de declaração

²²⁹ “Por outro lado, se a coisa julgada não é um efeito da sentença, tampouco se pode afirmar que seja uma qualidade de aplicação limitada ao seu efeito declarativo. Quando uma sentença passa em julgado, a autoridade da *res iudicata* manifesta-se sobre todos os efeitos concretos da sentença, sejam eles declaratórios, condenatórios ou constitutivos. A situação emergente da definição e comando da sentença, toda ela adquire a força de lei entre as partes e o juiz, de modo a impedir que novas discussões e novos julgamentos a seu respeito venham a acontecer (NCPC, arts. 502, 503 e 505). Não é, portanto, só a declaração que se reveste da autoridade de coisa julgada, mas também o pronunciamento constitutivo e o condenatório” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1089).

²³⁰ “A coisa julgada material não é um dos efeitos produzidos pela sentença, mas a qualidade da imutabilidade que recai sobre todos os efeitos da sentença (autoridade). O trânsito em julgado da sentença, no mesmo momento em que torna estável e irretirável a decisão como ato jurídico, provoca também a estabilidade e a irretirabilidade dos seus efeitos. Apenas a imutabilidade está sujeita a limites que não operam quanto à eficácia. Assim, a autoridade da coisa julgada não se confunde com a eficácia desta, mas é um comportamento para tornar os efeitos insuscetíveis de qualquer modificação futura” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos: da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 86-87).

²³¹ Mesmo assim, essa construção não escapa de críticas: “Definir a essência da coisa julgada como uma qualidade, de imutabilidade ou estabilidade, na esteira de Liebman, é incidir em grave erro filosófico, confundindo realidades diametralmente opostas, inconciliáveis, já que a qualidade dos entes, seus atributos, por definição é exatamente o que lhes é accidental, e logo, que não pertence à sua essência ou natureza. Isso não significa dizer que é errôneo considerar a coisa julgada como uma qualidade da sentença: incorreto é apenas identificar aí a sua natureza” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico. *Revista de Processo*, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 245-246).

²³² “[...] 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” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 32).

constitui o próprio conteúdo do ato, não seu efeito. Não há nenhuma característica especial do chamado “efeito declaratório da sentença” em relação aos demais. A coisa julgada imuniza o resultado do processo, não o direito já declarado de promovê-lo no mundo fático. Não vê justificativa para cindir a sentença, atribuindo-se à parte declaratória uma eficácia “inter partes”, ao passo que, para a sua constituição, eficácia “erga omnes”.²³³

Relativamente à teoria de Liebman, reconhece méritos por ter afastado a autoridade da coisa julgada dos efeitos da sentença e de sua eficácia, pois é possível que tenha aptidão para produzir efeitos mesmo antes da formação da “res iudicata”. Concorde ao enxergar na imutabilidade a única característica específica do instituto. Todavia, divergem sobre o objeto da coisa julgada. Liebman a entende como uma qualidade dos efeitos da sentença. Para Barbosa Moreira, seguindo críticas já formuladas anteriormente por Emilio Allorio,²³⁴ seus efeitos fogem do “selo da imutabilidade” porque são variáveis no mundo real, v.g., a despeito da sentença, o casal separado pode restabelecer a sociedade conjugal, os donos do terreno podem convencionar nova forma para a demarcação da área, o credor pode perdoar a dívida etc. Essas alterações circunstanciais, ocorridas no mundo dos fatos, em nada afetam a autoridade da coisa julgada que a sentença “porventura haja adquirido. A norma sentencial permanece imutável, enquanto norma jurídica concreta referida a uma determinada situação”, ou seja, “se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade são justamente os efeitos da sentença”.²³⁵

²³³ “Se constitutiva a sentença, o que importa preservar é justamente a modificação jurídica operada, não o mero direito de promovê-la, reconhecido ao autor” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 83).

²³⁴ ALLORIO, Enrico. *La coza giudicata rispetto ai terzi*. Milão: Giuffré, 1935, p. 40.

²³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Ainda e sempre a coisa julgada, cit., 15.

Liebman, em estudos posteriores, reconheceu a possibilidade de a relação jurídica decorrente da sentença poder ser alterada sem prejuízo algum para a natureza da coisa julgada.²³⁶ O que se torna passível de alteração no plano fático não é o conteúdo da decisão, mas os seus efeitos. Desse modo, a imutabilidade se prende ao conteúdo da sentença, não aos seus efeitos.

Seguem essa corrente Nelson Nery Junior²³⁷ e Adroaldo Furtado Fabrício.²³⁸ Segundo Sérgio Gilberto Porto, essa construção deixou de considerar o direito posto em causa para a consecução de sua tese, pois nem sempre os efeitos oriundos da sentença são passíveis de modificação, como sucede nas causas sobre direitos indisponíveis, v.g., em ação investigação de paternidade seguida do assento do registro com a retificação do nome do pai, este efeito não é passível de modificação mediante acordo das partes. Desta forma, a teoria de Barbosa Moreira somente encontra guarida para as sentenças que versem sobre direitos disponíveis, nas quais se admite, "a posteriori", a modificação dos seus efeitos.²³⁹

²³⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 175-182.

²³⁷ "Coisa julgada material (*actoritas rei iudicatae*) é 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" (NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 52).

²³⁸ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ação declaratória incidental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

²³⁹ PORTO, Sérgio Gilberto, *Coisa julgada civil*, cit., p. 76-77. Também Bedaque: "Não obstante a excelência dos argumentos, não procede a crítica formulada por autorizada doutrina à conclusão de que a coisa julgada material consiste na imutabilidade dos efeitos da sentença. Não se pode negar que, apesar de instituto tipicamente processual, esse instituto tem seus elementos definidores emprestados do direito material. E é muito mais do que mera imutabilidade da decisão, pois torna indiscutíveis os efeitos desta no plano substancial.

A imutabilidade não é só da decisão judicial, mas também de seus efeitos. Claro que tal cristalização perdura enquanto a situação da vida regulada pela sentença permanecer com as mesmas características.

O julgamento de mérito formula a regra concreta e a relação de direito material apresentada ao juiz passa a ser regida por essa norma. Limita-se o pronunciamento judicial a declarar direito já existente,

Destaca-se da obra de Liebman, dentre outros pontos relevantes: a) a desvinculação da coisa julgada dos efeitos da sentença; b) a constatação de que os efeitos da sentença podem operar antes mesmo do trânsito em julgado da sentença. A imutabilidade é uma qualidade de indiscutibilidade e imutabilidade que adere ao comando emergente, isto é, aos próprios efeitos da sentença de mérito.²⁴⁰

j) a doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva: a “res iudicata” é uma qualidade, não um efeito, que se agrega ao efeito declaratório da sentença, gerando a sua imutabilidade e indiscutibilidade. Enquanto Liebman afirma que a qualidade de coisa julgada adere a todos os elementos da sentença, Ovídio Baptista a enxerga somente no efeito declaratório do ato.²⁴¹

Conquanto seja teoria muito similar à escola alemã, ambas dizendo que a coisa julgada emerge do efeito declaratório da sentença, Ovídio Baptista não a enxerga como indispensável para o efeito declaratório da sentença,²⁴² a

a definir os contornos e as circunstâncias de relações jurídicas nascidas do encontro do fato com a norma.

Nada impede, porém, que acontecimentos posteriores influam naquela decisão, alterando-a. A decisão judicial, obviamente, não pode impedi-los. São fatos novos incidentes sobre a situação da vida, modificando-a. Mas, enquanto permanecerem as mesmas circunstâncias, a imutabilidade perdura, visto configurar qualidade dos efeitos materiais da sentença. Representa garantia para a parte beneficiada pela decisão. Em consequência, ela própria pode abrir mão da situação de vantagem assegurada pela tutela jurisdicional” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo*, cit., p. 140-141).

²⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., passim.

²⁴¹ É similar o pensamento de Botelho de Mesquita, que considera a coisa julgada como a imutabilidade do elemento declaratório da sentença, ou seja, incidente sobre parte do conteúdo do ato. O autor também considera possível que as partes modifiquem os efeitos da sentença, desde que disponível o direito em litígio (*Coisa julgada*, cit., p. 18).

²⁴² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v.

despeito de uma aparente inutilidade quando ainda não verificada a preclusão máxima do processo, como já havia sido consignado por Liebman.²⁴³ Para ele,

o fenômeno jurídico-processual que nunca atinge os terceiros é a imutabilidade do que foi declarado pelo juiz, no sentido de que nem as partes podem, validamente, dispor de modo diverso transacionando sobre o sentido da declaração contida na sentença e, nem os juízes dos futuros processos poderão modificar ou, sequer, reapreciar essa declaração. A isso se dá o nome de coisa julgada material.²⁴⁴

Em relação ao jurista italiano, vê acertos na separação da coisa julgada dos efeitos da sentença – que seriam, conforme a classificação quinária desenvolvida por Pontes de Miranda, declaratórios, constitutivos, condenatórios, executivos ou mandamentais.²⁴⁵ Todavia, não considera a imutabilidade uma qualidade que se agrega a todos os efeitos da decisão, assim como fez Barbosa Moreira, porém discordando deste sobre aquilo que adquire autoridade de coisa julgada: o próprio pronunciamento judicial para Moreira e o comando declaratório para Baptista.²⁴⁶

Assevera o autor gaúcho que, “se os efeitos constitutivos ou condenatórios podem desaparecer sem ofensa à coisa julgada, parece lógico concluir-se que a imutabilidade só tenha referência ao que foi declarado, à eficácia

1, p. 461-468.

²⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. p. 108.

²⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 115.

²⁴⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Curso de processo civil*, cit., v. 1, p. 459.

²⁴⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 104.

declaratória da sentença”.²⁴⁷

O efeito declaratório da sentença é o único que não pode ser modificado pela vontade das partes, pois os demais admitem alteração ou supressão, como já exposto por Barbosa Moreira. Quanto às sentenças com efeito declaratório, mas sem aptidão para formarem coisa julgada (v.g., jurisdição voluntária, tutela cautelar), “em qualquer desses casos, existe rarefação do elemento declaratório da sentença, que perde peso em favor da constitutividade ou mandamentalidade, existentes em maior grau nestas sentenças”.²⁴⁸

Ovídio estabelece diferenças entre conteúdo, efeito e eficácia da sentença. Conteúdo da sentença é a declaração judicial contida no ato, ao passo que seus efeitos surgem cronologicamente após, isto é, são elementos externos à decisão. Como analogia, os efeitos de um medicamento não estão dentro do frasco, do qual as cápsulas são o seu conteúdo.²⁴⁹

A diferença entre efeitos e eficácia da sentença é mais sutil, porque esta última faz parte do ser da sentença, não se confundindo com os efeitos que o ato seja capaz de produzir. A eficácia nada mais é do que a qualidade de a sentença ser eficaz, exprimida pelos verbos nela contidos. A sentença declaratória (v.g., da existência do dever de indenizar) não contém o verbo condenar. Em caso positivo, o conteúdo da sentença passa a ser condenatório. Assim, o verbo condenar se insere no conteúdo da decisão (primeiro estágio); a condenação (estado resultante do ato condenar) representa a eficácia (segundo estágio); já os possíveis atos de

²⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 105.

²⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Curso de processo civil*, cit., v. 1, p. 468.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 461.

execução são os seus efeitos (terceiro estágio), como consequência da condenação. Visto que o exequente pode não cobrar a dívida, os efeitos da condenação podem não ocorrer no caso concreto. Daí porque a eficácia da sentença pertence ao conteúdo do ato, enquanto os seus efeitos são consequências posteriores.²⁵⁰

Com base nesse exemplo, fica claro porque somente o componente declaratório de uma sentença se torna imutável. A declaração do direito está sempre presente; a condenação, que representa a eficácia do ato, fica a depender do pedido do autor. E se a execução não for levada a efeito, ou inexistente pedido condenatório, apenas o conteúdo declaratório adquire imutabilidade.

Sergio Gilberto Porto é adepto da teoria de Ovidio Baptista, ao propugnar que o elemento declaratório da decisão, independentemente da natureza do direito colocado em causa (disponível ou indisponível), torna-a imutável e insuscetível de qualquer modificação pela vontade das partes.²⁵¹

Em linhas gerais, é nas construções de Chiovenda e Liebman que se encontram os fundamentos jurídicos da coisa julgada no Brasil. O primeiro encarava na vontade do Estado, no atuar da lei no caso concreto, a explicação da coisa julgada; já o segundo não a vislumbrou como um efeito da sentença, mas uma qualidade que aos efeitos dela se somava, tornando-os imutáveis.²⁵² Nessa linha, Moacyr Amaral Santos arremata que dizendo que é “a lei, como vontade do Estado, que confere à sentença aquela autoridade a partir de dado momento”, “a

²⁵⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Curso de processo civil*, cit., v. 1, p. 463.

²⁵¹ PORTO, Sérgio Gilberto, *Coisa julgada civil*, cit., p. 78-79.

²⁵² *Ibidem*, p. 50-51.

lei a define” e “é a lei que lhe dá força de lei”.²⁵³

Seja como for, em matéria de coisa julgada, a sentença é mais paciente que agente, ou seja, recebe a imutabilidade e a indiscutibilidade por força de lei. Não é a sentença que produz coisa julgada.²⁵⁴

2.3. Natureza jurídica

Interessa perquirir sobre a natureza jurídica da coisa julgada, isto é, se instituto de direito processual ou material.

Não é recente a discussão de a sentença acarretar a alteração das relações jurídicas deduzidas no processo, conferindo-lhes uma feição nova ou, de outra forma, cingir-se a uma preceituação de índole exclusivamente processual. A depender da resposta, a doutrina se filia em uma das duas correntes majoritárias, a substancialista (civilista) ou a processualista (publicista).²⁵⁵

A teoria substancialista teve muitos adeptos entre os civilistas do século XIX, em especial os alemães. Defende que a coisa julgada traduz um novo

²⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras linhas de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 71, p. 328.

²⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. *Revista dos Tribunais*, v. 60, n. 429. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 88.

²⁵⁵ Há discussão na doutrina sobre a utilidade da distinção, derivada de uma visão dualista do ordenamento jurídico. Confira-se: “Desejo indicar claramente que se trata de teorias que, além de não ajudarem em nada para resolver a problemática do conceito, introduziram novas dúvidas que, todavia, como a maioria das demais, não foram resolvidas de maneira conclusiva” (NIEVA-FENOLL, Jordi, *Coisa julgada*, cit., p. 52).

direito criado pela sentença (teoria unitária). Assim como a sentença altera a situação jurídica de direito material, a coisa julgada, como efeito da sentença, teria o mesmo condão.²⁵⁶ A teoria processualista, por sua vez, explica que não há criação de um novo direito (teoria dualista), mas unicamente a obtenção, pela sentença, da consequência jurídica coercitiva advinda do descumprimento do direito material, substituindo-se à vontade das partes. O fim da jurisdição é unicamente eliminar a incerteza jurídica que recai sobre um caso concreto. O traço distintivo entre as duas teorias reside nessa criação, ou não, de um novo direito pela sentença.²⁵⁷

A teoria material mereceu as seguintes críticas pela doutrina: i) sua adoção confere natureza constitutiva a toda e qualquer sentença, sempre apta a modificar uma situação jurídica por outra; ii) por alterar juridicamente a demanda, qualquer sentença seria dotada eficácia “erga omnes”, atingindo terceiros estranhos à lide; iii) as sentenças de improcedência ficariam sem resposta, já que a natureza constitutiva das sentenças pressupõe efetiva alteração das relações jurídicas, circunstância não verificada naquelas.²⁵⁸

Eduardo Couture, adepto da corrente processual, coloca em xeque a teoria material por não vislumbrar uma explicação adequada quando: a sentença não coincidir com o direito substantivo; ocorrer a modificação da jurisprudência sem a alteração do texto legal; os juízes errarem; a coisa julgada material se formar validamente sob o aspecto processual, porém viciada na ótica do direito material.

²⁵⁶ No Brasil ainda repercute na doutrina de Adroaldo Furtado Fabrício (A coisa julgada nas ações de alimentos, cit., p. 10-11).

²⁵⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 42.

²⁵⁸ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 440-441.

Arremata dizendo que as sentenças nem sempre correspondem com o afirmado pelo direito material, até mesmo porque a verdade dos fatos, muitas vezes, está fora do alcance do conhecimento do julgador e pode ser alterada por atuação das partes (quando o réu confessa dívida inexistente ou o autor não consegue provar fato constitutivo de seu direito que realmente ocorreu). Além disso, o direito de ação pode ser exercido por aquele que não possui razão na perspectiva do direito material e, mesmo nesses casos, a sentença faz coisa julgada.²⁵⁹

Acrescente-se a tudo isso que, em certas ações, o juiz não apenas revela o que está latente na ordem jurídica, mas vai além e estabelece novas bases para determinada situação jurídica. É o que sucede nas chamadas sentenças determinativas (cf. art. 6º, inciso V, da Lei 8.078/1990) e em outros tipos de decisões que estabelecem condutas a serem observadas pelas partes, como as do art. 497, do CPC/2015 (nas obrigações de fazer ou não-fazer). A teoria substantiva da coisa julgada não explica satisfatoriamente nenhum destes casos.²⁶⁰

A teoria processualista, que ganhou força com a consagração da autonomia científica do processo civil, em meados do século XIX, pela obra de Oskar Von Bulow, propugna que a coisa julgada tem importância para os processos futuros, porquanto o segundo magistrado estaria vinculado ao decidido no primeiro julgamento. Essa vinculação existiria não porque o direito passou a existir com a sentença (e com a coisa julgada), mas por força de um comando de natureza processual. A coisa julgada não altera a relação jurídica material, mas lhe qualifica processualmente vinculando as partes e os órgãos jurisdicionais.²⁶¹

²⁵⁹ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit. p. 310-311.

²⁶⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, v. 1, p. 299.

²⁶¹ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 434.

Com a autonomia científica e todo o desenvolvimento do processo civil, não há como se negar o caráter processual da coisa julgada. A teoria material não consegue diferenciar um parecer jurídico de um jurisconsulto da sentença prolatada por um magistrado investido de jurisdição. O comando obrigatório que advém da decisão judicial vincula o Estado-juíz e as partes. Como afiançado por Celso Neves, figura

de direito público, o processo serve, portanto, instrumentalmente, à realização do direito objetivo e os efeitos que dele decorrem são, precipuamente, efeitos de direito público processual que, entretanto, se relacionam à lide e, pois, à relação jurídica que objetivamente, a integra. A declaração da sentença sobre a composição da lide realizada pelo direito objetivo, tendo por pressuposto os fatos que, na medida de sua transposição para o processo, entram na limitação objetiva do *thema decidendum*, constitui juízo sobre a relação controvertida que só processualmente tem eficácia, mantendo-se, assim, no plano do direito público. Como tal, sempre no plano do processo em que deixou de existir a controvérsia, vincula as partes e os órgãos jurisdicionais. Só aí a certeza produzida pela sentença é essencial, sendo despidendo, quanto a ela, o convencimento das partes sobre o acerto ou eventual desacerto da decisão.

Mesmo quando se entenda que o objeto do processo é, tão-somente, a realização do direito subjetivo dos litigantes, o juízo continuará sendo ato estatal, de direito público, sem a finalidade de alterar a relação de direito privado sobre a qual versa, destinado, apenas, a eliminar a incerteza estabelecida pela controvérsia, dado este também exterior à relação jurídica sobre que incide.²⁶²

É função da jurisdição resolver o litígio levado a seu conhecimento, sem inovar na ordem jurídica, atribuição do direito positivo. A sentença versa sobre fatos ocorridos e não tem o condão de criar nova relação jurídica de direito material. Do contrário, o ordenamento jurídico, antes da intervenção estatal, positivaria situações meramente provisórias, imperfeitas e

²⁶² NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 443.

inacabadas, insusceptíveis de ocorrerem no mundo dos fatos.²⁶³

A sentença tem por finalidade eliminar a crise de certeza e, mesmo quando injusta, não possui o condão de alterar a relação jurídica de direito material, pois ainda que errônea, elimina para o futuro tão-somente a controvérsia e a incerteza que dela decorre. Os alemães, em especial Hellwig, Goldschmidt e Rosemberg, adotaram a teoria processual, no que foram seguidos pelos italianos Chiovenda, Calamandrei, Rocco e Liebman, dentre outros. No Brasil, tem em José Frederico Marques seu expoente.²⁶⁴

Convém mencionar a existência de autores que defendem uma teoria mista, como Juan Montero Aroca – a coisa julgada produz efeitos materiais (atingindo as relações jurídicas substanciais) e projeta efeitos processuais (proíbe a propositura de nova demanda para alterar a decisão anterior).²⁶⁵ Em certa medida, tal raciocínio reverbera na doutrina no país, haja vista que Edauro Talamini, por exemplo, afirma que a natureza jurídica da coisa julgada material se situa no limite entre o direito material e o processual, pois no caso das sentenças definitivas, há invasão estatal sobre a esfera jurídico-material das partes.²⁶⁶ E mesmo Celso Neves, advogado da acepção processual, admite aí a existência de íntima relação entre direito e processo (entre o processo e a relação nele deduzida), o que atribui à “coisa julgada, uma posição ambivalente, com consequências

²⁶³ COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 313.

²⁶⁴ A “res iudicata” torna imutável a vontade concreta da lei que promana da sentença, “criando, assim, vínculos de ordem puramente processual que impedem reexame do mérito da questão decidida por qualquer outro órgão investido do poder jurisdicional” (MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 47).

²⁶⁵ AROCA, Juan Montero. *El nuevo proceso civil – Ley 1/2000*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000, p. 444.

²⁶⁶ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 45-46.

diretas, no plano processual, e consequências indiretas, no plano do direito material”.²⁶⁷

Nessa seara, Cândido Rangel Dinamarco insere o instituto no chamado direito processual material, dizendo que as

normas técnicas do processo limitam-se a reger os modos como a coisa julgada se produz e os instrumentos pelos quais é protegida a estabilidade dessas relações, mas a função que elas desempenham não vai além disso: a coisa julgada material, uma vez que diz respeito muito de perto à efetividade da tutela jurisdicional definitiva e irrevogável, é um instituto de direito processual material e não confinado às técnicas estruturais do processo.²⁶⁸

Segue essa linha José Roberto dos Santos Bedaque, para quem o instituto se situa nos limites divisórios entre o direito processual e o material justamente porque, como uma qualidade dos efeitos da sentença, a extensão e conformação da coisa julgada material sofrem profunda influência da situação de direito substancial sobre a qual ela incide.²⁶⁹

2.4. Conceito legal

No âmbito da legislação processual, a coisa julgada não recebeu definição específica no CPC/1939, que disciplinava exclusivamente o momento

²⁶⁷ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 437.

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3, p. 303.

²⁶⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo*, cit., p. 93.

de sua formação, bem como a eficácia subjetiva e objetiva.²⁷⁰

Editado o CPC/1973, o art. 467 estatuiu que “denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, complementado pelo art. 468, pelo qual “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas” (art. 468). O texto ficou longe de passar imune às críticas. Para começar, a distinção entre recursos ordinários e extraordinários não tem qualquer relevância teórica ou prática no Brasil, não havendo motivos para a criação de uma classe de recursos denominados “extraordinários”.²⁷¹

A Exposição de Motivos elaborada pelo Ministro Alfredo Buzaid afiança que se importou o conceito de coisa julgada elaborado por Liebman, com vários seguidores no país à época. Contudo, sua incorporação foi parcial, haja vista que a literalidade do mencionado art. 467 era desautorizada por outras normas do Código. Mais preocupada com aspectos práticos do que teóricos, a lei acabou tratando da coisa julgada formal e não da material; somente fixou a partir de quando a sentença não mais poderia ser atacada.²⁷² Pelo texto, qualquer decisão irrecorrível produziria automaticamente coisa julgada material, o que esbarrava no art. 485, o qual vinculava à propositura da ação rescisória a pronunciamento judicial em cognição exauriente.²⁷³

²⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Ainda e sempre a coisa julgada*, cit., p. 11.

²⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 5, p. 254-255.

²⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao § 1º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 9.

²⁷³ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 54.

O Anteprojeto do CPC/1973 tinha redação muito mais próxima do conceito liebmaniano de coisa julgada: “Art. 507. Chama-se coisa julgada material a qualidade, que torna imutável e indiscutível o efeito da sentença, não mais sujeita a recursos ordinários ou extraordinário”. As alterações promovidas pelo Congresso Nacional – troca do vocábulo “qualidade” por “eficácia” e supressão da palavra “efeito” –²⁷⁴ levaram o Código à linha de pensamento esposada por Konrad Hellwig e seguida, no Brasil, por Celso Neves,²⁷⁵ que não vislumbrava contraste essencial com a teoria esposada por Enrico Tullio Liebman. Dizia ele:

Quanto à doutrina contemporânea, é importante que se acentue, de início, a inexistência de contraste essencial entre a concepção processualística de Hellwig a respeito da coisa julgada, enquanto relaciona o seu conceito à eficácia declaratória da sentença, e a formulação de Liebman, ao defini-la como qualidade de seus efeitos. Certa a construção de Liebman, a qualificação própria da coisa julgada seria de todos os efeitos da sentença; certa a proposição de Hellwig, essa qualificação seria estrita aos efeitos declaratórios da sentença. O problema fundamental, a nosso ver, está, portanto, em fixar se a coisa julgada cobre, apenas, o conteúdo declaratório da sentença, como sugere Hellwig, ou, ao contrário, reveste todos os seus efeitos, como quer Liebman. Ser ela uma virtualidade da própria eficácia, na sugestão de Hellwig, ou uma qualificação dessa eficácia, passa a constituir, assim, problema secundário, insuscetível de afetar a essência da coisa julgada e, conseqüentemente, a sua função pragmática.²⁷⁶

Ada Pellegrini Grinover, seguidora de Liebman, externou toda sua decepção frente ao conceito legal do CPC/1973, lamentando “que o código, que fez questão de definir a coisa julgada, o tenha feito em termos de eficácia e não

²⁷⁴ ARAGÃO, Egas Moniz de, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 238-239.

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas ao § 1º. In: LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 49-50.

²⁷⁶ NEVES, Celso, *Coisa julgada civil*, cit., p. 500.

de qualidade, abandonando a redação do Anteprojeto Buzaid”,²⁷⁷ a despeito de continuar a afirmar, na sua Exposição de Motivos, que consagrara o conceito liebmaniano.

Para afastar a coisa julgada das razões de decidir, o termo “lide” do art. 468, segundo a mesma Exposição de Motivos, significava o mérito (objeto do processo). Com a expressão “questões decididas”, pretendeu-se dizer que a coisa julgada acobertava todos os pedidos formulados no processo, sejam iniciais (cumulação própria ou imprópria) ou ulteriores (reconvenção, denunciação da lide, pedido contraposto e ação declaratória incidental),²⁷⁸ o que será analisado com maior vigor na análise dos aspectos objetivos da “res iudicata”.

Também é de se observar que, segundo o texto, o que se torna “imutável e indiscutível em virtude da coisa julgada não são os efeitos da sentença, como pretende Liebman, mas a *própria sentença*”.²⁷⁹

A “res iudicata”, no novo diploma processual civil, apresenta-se como uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual, representada pela “imutabilidade” do julgado, depois que não seja mais possível impugná-lo por meio de recurso.²⁸⁰ Pelo novel art. 502, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito

²⁷⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 65-66.

²⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, t. 1, p. 370.

²⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 680-681.

²⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1086.

não mais sujeita a recurso”.

Embora o texto tenha procurado aproximar o conceito legal de coisa julgada à teoria “liebmaniana”, ao substituir o termo “eficácia” por “autoridade” e “sentença” pela expressão “decisão de mérito”,²⁸¹ não houve uma adesão integral.²⁸² Conquanto a palavra “autoridade” conste no título da obra de Liebman, para ele, a coisa julgada é uma qualidade que adere aos efeitos da decisão de mérito, e não propriamente uma autoridade.²⁸³

No novo Código, qualquer decisão judicial que aprecie o mérito é apta a formar coisa julgada material: a decisão interlocutória (com especial destaque para o julgamento antecipado parcial do mérito – art. 356),²⁸⁴ a sentença

²⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 333.

²⁸² DELLORE, Luiz, *Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade*, cit., p. 37-38.

²⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos Roque; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016, p. 616.

De outro lado, equiparando “autoridade” com “qualidade”: “a coisa julgada **não é um efeito da sentença** ou da **decisão de mérito**, mas uma **qualidade que se agrega aos efeitos da sentença**. Não pode ser vista como um efeito autônomo da sentença (ou da decisão interlocutória de mérito). Indica **a forma como certos efeitos se exteriorizam, a sua força, a sua estabilidade, a sua autoridade**. Expressões como imutabilidade, definitividade, intangibilidade exprimem uma qualidade, uma propriedade, um atributo do objeto a que se referem” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 903).

²⁸⁴ O julgamento antecipado parcial do mérito autoriza o fracionamento da solução do litígio, quando em condições. Consiste em decisão definitiva (em cognição exauriente) que não pode ser revogada posteriormente pelo juiz. Por não encerrar totalmente a fase de accertamento, que deverá seguir em relação aos pedidos não julgados, é veiculado por decisão interlocutória impugnável por recurso de agravo de instrumento (art. 356, § 5º, do CPC/2015). O juiz pode (leia-se deve) resolver parcialmente o mérito quando um ou alguns dos pedidos formulados, ou parte deles, mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de imediata solução (isto é, sem necessidade de dilação probatória), v.g., para o acolhimento ou rejeição da prescrição ou decadência, para homologar algum ato de disposição da(s) parte(s) relativamente a apenas uma parcela do mérito (art. 354, § 1º, c/ art. 487, II, III), ou quando revel o réu, incidir a presunção de veracidade dos fatos narrados pelo autor na inicial e não houver

(até mesmo a de improcedência liminar – art. 332),²⁸⁵ a decisão monocrática do relator nos tribunais, os acórdãos, as decisões de mérito em liquidação ou execução.

Quando o dispositivo fala em indiscutibilidade e imutabilidade da sentença transitada em julgado, refere-se à força proibitiva (ou negativa) e sua força normativa (ou positiva). Pela imutabilidade, as partes ficam proibidas de propor ação idêntica àquela em que se estabeleceu a coisa julgada; pela indiscutibilidade, o juiz não pode reexaminar ou rejulgar a relação jurídica definida anteriormente no novo processo como razão de decidir; terá de tomá-la

requerimento de prova (art. 355, II).

O julgamento é parcial e antecipado porque dispensada a prova em relação a uma parte do pedido ou pedidos, remanescendo a outra fração do mérito para ser apreciada e julgada em momento posterior, após superada a fase instrutória.

A decisão parcial de mérito pode reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. Caso interposto agravo de instrumento, será possível promover a execução (ou liquidação) da obrigação reconhecida na decisão parcial de mérito, independentemente de caução (art. 356, §§ 1º, 2º), salvo se atribuído efeito suspensivo ao recurso. Não havendo a interposição do recurso, a decisão do julgamento antecipado será acobertada pela coisa julgada material, admitida a execução definitiva, nos termos do art. 356, § 3º (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil* – cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2, p. 206-207).

²⁸⁵ A sentença de improcedência liminar é proferida logo no início do processo, sem haver necessidade de citação do demandado. Não se cogita de vício processual pois a decisão é totalmente contrária à pretensão do autor. Tem cabimento nas causas que dispensem a produção de prova, nas seguintes hipóteses: (i) o pedido contraria enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; ou (ii) o pedido contraria acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou (iii) o pedido contraria entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou (iv) o pedido contraria enunciado de súmula de Tribunal de Justiça sobre direito local; ou (v) se o juiz reconhecer que já se consumou prazo de prescrição ou de decadência.

À luz dos arts. 9º e 10, do CPC/2015, o juiz não poderá prolatar a sentença de improcedência liminar sem antes dar ao autor oportunidade de se manifestar sobre ser ou não o caso de se rejeitar desde logo a demanda. O demandante pode demonstrar a distinção de seu caso em relação às súmulas ou precedentes, bem como provar a não ocorrência da prescrição ou decadência na situação dos autos. Admite-se até mesmo a improcedência liminar parcial do pedido, em interpretação do art. 356, do CPC/2015 (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 197-198).

simplesmente como premissa indiscutível.²⁸⁶

Registre-se que o efeito negativo da coisa julgada material apenas tem vez quando nova demanda proposta for inteiramente idêntica em seus três elementos. Por exemplo, se alteradas as partes, não seria legítimo vincular aos resultados do processo um sujeito que dele não participou, ou ainda se afirmar ou negar o direito de uma pessoa não significa dizer que outras se encontrem na mesma situação.²⁸⁷

2.5. Aspectos ou limites da coisa julgada

São os aspectos da coisa julgada que estabelecem o seu verdadeiro alcance, podendo ser mencionados os limites objetivos, subjetivos, temporais e espaciais (ou territoriais).

2.5.1. Limites objetivos

Os limites objetivos da coisa julgada estabelecem o que da

²⁸⁶ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11-12.

²⁸⁷ “[...] coisa julgada é imutabilidade. Quando proferida a sentença, ela própria e seus efeitos ainda são mera proposta de solução do litígio (sentenças de mérito), ou simplesmente proposta de extinção do processo (terminativas), uma vez que ainda é possível a substituição da sentença e a alteração do teor do julgamento, em caso de recurso interposto pela parte vencida. Uma decisão judiciária só fica imune a qualquer questionamento futuro quando já não comporta recurso [...]” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 323).

sentença se reveste da qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade e o que fica de fora – destina-se a separar, das múltiplas questões decididas pela sentença, aquelas protegidas pelo manto da coisa julgada.²⁸⁸ Determinam quais são os elementos da sentença aptos a fazerem coisa julgada, ou melhor dizendo, a parte da decisão que fica imunizada de ulteriores discussões, ou ainda, o que não pode mais ser rediscutido perante o Estado-juiz pelo prevalecimento do princípio da segurança jurídica.²⁸⁹

Seu pressuposto lógico e necessário é a efetiva decisão sobre a totalidade dos capítulos do pedido constante no processo. Não se fala em coisa julgada material da parcela omissa (ou capítulo omissa) do julgamento.²⁹⁰ Neste sentido, “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503, “caput”, do CPC/2015).

O novo art. 489, na esteira da codificação anterior, estabelece que são elementos essenciais da sentença o relatório, a fundamentação e o dispositivo. O dispositivo não é exclusivamente a parte na qual o juiz conclui o julgamento, sua última linha ou parágrafo, mas tudo aquilo que porventura o julgador haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes.²⁹¹

O relatório consiste no resumo histórico do processo, ou seja, nele

²⁸⁸ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira, *Contribuição à teoria da coisa julgada*, cit., p. 30.

²⁸⁹ BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, t. 1, p. 371.

²⁹⁰ STF, Pleno, REx 91.521, rel. Min. Moreira Alves, j. 26/06/1980, p. 19/09/1980.

²⁹¹ STJ, 3ª Turma, AgRg-Ag 162.593/RS, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 12/05/1998, p. 08/09/1998.

se verifica os fatos mais relevantes ocorridos no processo a partir de um encadeamento lógico e cronológico que espelha todo o arco procedimental percorrido. A fundamentação contém as razões pelas quais o julgador decidirá desta ou daquela forma os pedidos deduzidos na petição inicial; espelha o convencimento do juiz sobre o caso concreto e abrange a interpretação das normas aplicadas, o reconhecimento dos fatos, suas qualificações jurídicas e a declaração das consequências jurídicas derivantes da decisão.²⁹² Por último, no dispositivo “o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem” (art. 489, III, do CPC/2015).²⁹³

Historicamente, sempre se discutiu a possibilidade de a coisa julgada abranger não apenas o comando da sentença, mas questões prévias, anteriores ao próprio dispositivo. Existem, ao menos, quatro correntes sobre o tema: a) a tese que nega radicalmente aos motivos, quaisquer que fossem, a “auctoritas rei iudicate”; b) a que só lhes reconhece essa autoridade quando for indispensável levá-los em consideração para o esclarecimento da parte dispositiva com mais de um significado ou interpretação possível; c) a que entende fazerem coisa julgada os motivos quando insertos na parte decisória da sentença; d) a que lhes sempre reconhece a autoridade da coisa julgada, como “anima et quase nervus” da decisão.²⁹⁴

O alargamento ou não da coisa julgada aos fundamentos da

²⁹² LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública*, cit., p. 2.

²⁹³ Embora os motivos não façam coisa julgada, a fundamentação permite a compreensão do raio de alcance do dispositivo da sentença. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, REsp 1413991/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 09/06/2015, p. 19/06/2015).

²⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 80.

sentença é questão de política legislativa, não é propriamente uma questão a ser solucionada pelos princípios basilares do processo civil.²⁹⁵ O Código vigente é claro ao preceituar que “não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (art. 504, I).

Foi Savigny, no século XIX, o primeiro a sistematizar o assunto, tratando dos alcances e dos limites da fundamentação para a formação da coisa julgada. Pela teoria da “força legal dos motivos da sentença”, seria impossível limitar a “res iudicata” ao dispositivo sem entender o caminho lógico desenvolvido pelo julgador para decidir.²⁹⁶ Mesmo não recebendo guarida na legislação alemã,²⁹⁷ encontrou, no Brasil, ressonância nas obras de João Monteiro e João Mendes Junior.²⁹⁸

Francisco de Paula Batista, antes da entrada em vigor do CPC/1939, realizou contundente estudo limitando a autoridade da coisa julgada à parte dispositiva da sentença. Apesar de ter excluído do alcance da coisa julgada os motivos, dando a entender a correção da teoria restritiva, admitiu que as razões deveriam ser consideradas para a compreensão correta da decisão.²⁹⁹ Essa

²⁹⁵ MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1968, p. 79.

²⁹⁶ “Antes que, em meados do século XIX, Savigny formulasse a sua famosa doutrina da extensão da coisa julgada aos motivos da sentença, era deveras confuso o panorama doutrinário relativamente ao tema” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Ação declaratória incidental*, cit., p. 53).

²⁹⁷ GOLDSCHMIDT, James, *Derecho procesal civil*, cit., p. 389.

²⁹⁸ ALVIM, Thereza, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 38-45.

²⁹⁹ “A autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos” (BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russel, 2002, § 185, nota D).

dubiedade também pode ser encontrada nas obras de Jorge Americano³⁰⁰ e Pedro Batista Martins.³⁰¹

Chiovenda e Liebman foram grandes defensores da teoria restritiva da coisa julgada, para excluir de sua abrangência a fundamentação da sentença, o que repercutiu fortemente no Brasil. Sem se descurar das contundentes críticas de Taruffo,³⁰² a corrente restritiva foi acolhida na Alemanha, França, Portugal e Espanha.³⁰³ Mais recentemente, Elio Fazzalari publicou obra na qual estende a abrangência da coisa julgada para toda a sentença, mas esclarecendo que o dispositivo produz efeitos para dentro e para fora do processo, ao passo que a fundamentação tem eficácia unicamente endoprocessual.³⁰⁴

Na vigência do CPC/1939, o seu art. 287 deu margem a grandes discussões sobre os limites objetivos da coisa julgada.³⁰⁵ Os julgados da época

³⁰⁰ AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo, 1958, t. I, p. 443.

³⁰¹ MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1943, t. III, p. 343.

³⁰² TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questione: parte II. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 27. Padova, 1972, p. 275-282.

³⁰³ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris, [s.d.]. t. 7, p. 982; RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 5. ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 564.

³⁰⁴ “A coisa julgada potencializa a eficácia de cada um dos dois adendos da sentença no sentido de tornar-lhes incontestáveis e irretratáveis, mas sem projetá-los na esfera substancial. O dispositivo da sentença de mérito produz a sua própria eficácia externa (substancial). Por outro lado, o juízo que ela contém tem sua eficácia exaurida no processo (eficácia interna), tornando devido um determinado dispositivo” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 538).

³⁰⁵ Art. 287. A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas. Parágrafo único. Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissas necessárias da conclusão.

adotavam a tese ampliativa da coisa julgada predominantemente,³⁰⁶ porém havia vigorosa contestação, sem grande sistematização, por parte dos juristas filiados aos ensinamentos originais de Chiovenda.³⁰⁷ Barbosa Moreira teve o grande mérito de analisar os reais aspectos e consequências da adoção da teoria restritiva ou ampliativa, enveredando pela adoção da primeira, que restringe a coisa julgada ao dispositivo da sentença.³⁰⁸

O CPC/1973 colocou fim à polêmica. A partir de seu art. 468, infere-se que “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Embora tenha feito referência única às sentenças, outros pronunciamentos jurisdicionais poderiam resolver definitivamente a demanda, razão pela qual preferível a locução “decisão definitiva”.³⁰⁹

O debate então existente sobre o julgamento de questões prévias ficou resolvido com a criação da ação declaratória incidental.³¹⁰

A par disso, explicitou-se que somente a lide é julgada no processo e só ela é capaz de formar coisa julgada, conforme a corrente restritiva. Da lição de Carnelutti se extrai que a lide representa um conflito (intersubjetivo) de

³⁰⁶ PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro: [s.n.], v. 4-13, 1958-1960, p. 137

³⁰⁷ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3, p. 237.

³⁰⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 96-117.

³⁰⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 348.

³¹⁰ Contra a inovação legislativa: LACERDA, Galeno. Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos. *Revista Forense*, v. 246. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 166.

interesses qualificado por uma pretensão resistida (discutida). Desta forma, preexiste à relação jurídica processual destinada a lhe dar solução; e mais do que isso, a lide pode, ou não, ser levada a juízo em sua integralidade, visto que é um fenômeno social alheio ao processo.³¹¹

Em outra toada, Thereza Alvim³¹² discorda do conceito sociológico de lide, atrelando sua existência ao deduzido no processo. A lide nada mais é do que aquilo que, do conflito de interesses, é levado perante o Estado-juiz pelo autor, que lhe fixa os contornos para a aplicação da vontade concreta da lei. Essa acepção encontra amparo no art. 128, do CPC/1973, pelo qual “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe vedado conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. Nesse panorama, apenas

a lide é *julgada*; e, como a lide se submete à apreciação do órgão judicial por meio do pedido, não podendo ele decidi-la senão “nos limites em que foi proposta” (CPC, art. 128), segue-se que a área sujeita à autoridade da coisa julgada não pode jamais exceder os contornos do *petitum*.³¹³

Pela Exposição de Motivos do CPC/1973, Capítulo III, inciso II, item 6, “lide” é sinônimo de mérito, que consiste no objeto litigioso do processo.³¹⁴ É a parcela (ou integralidade) do conflito entre as partes que acabou

³¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. 5. ed. trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. 1, p. 77.

³¹² ALVIM, Thereza, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 9.

³¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 88.

³¹⁴ “Como *conceito sociológico*, a lide presta-se com muita utilidade a justificar didaticamente a necessidade do processo e do exercício da jurisdição quando se trata de matéria disponível (especialmente, direito das obrigações), sendo possível a satisfação da pretensão pela pessoa a quem é dirigida e, portanto, sendo relevante a sua resistência. Fora disso o conceito mostra-se inadequado e, mesmo com as adaptações que vão sendo tentadas, não serve para figurar assim ao centro da ciência

judicializado.³¹⁵ A sentença faz coisa julgada nos limites do pedido com sua causa de pedir, visto que a “a res iudicata” não pode ser maior que a res “iudicanda”.³¹⁶

A doutrina de Carnelutti também permite traçar clara distinção entre os termos “lide” e “questão”. A questão nada mais é do que a dúvida acerca de um determinado argumento – ou razão da pretensão ou da contestação – deduzido pela parte que, quando transportada para o processo, será objeto de uma decisão judicial que a resolverá.³¹⁷

O legislador explicitou quais matérias (questões) não fariam coisa julgada (art. 469),³¹⁸ para não deixar dúvidas de que os motivos não alcançariam

do processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., p. 322). Uma vez formado o processo, a lide é uma só e se confundirá com o seu objeto. Assim, a lide processual é aquela que se deduziu em juízo, pouco importando se compreende, ou não, todas as questões existentes entre os litigantes.

³¹⁵ Surgiu, na vigência do CPC/1973, enorme discussão sobre a (im)possibilidade de sentenças parciais, pois solução parcial da controvérsia afrontaria o teor do art. 128; o julgamento “infra petita” encerraria omissão, verdadeira ausência de prestação jurisdicional. De outro lado, o art. 460 expressamente mencionava julgamento “parcial da lide”, ou seja, haveria incongruência entre os dispositivos, que é em parte explicada pela polissemia do termo “lide”, empregado com significados diferentes nos dispositivos.

A doutrina tendia a repudiar a viabilidade de sentenças parciais no sistema anterior, pois sob o ponto de vista processual, muito embora possa haver parcialidade material deduzida em determinado conflito, “a lide é total, eis que esta se caracteriza pela matéria trazida à apreciação e que, via de regra, será julgada como posta em toda a sua extensão” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6, p. 192).

³¹⁶ TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 142.

³¹⁷ “A questão não é a lide; de fato, esta consiste, antes de tudo, em um conflito de interesses que é estranho à questão; a questão, por sua vez, consiste em uma dúvida que pode ser estranha à lide. Pode haver, portanto, questão sem lide (dúvida teórica ou acadêmica), como também lide sem questões (quando a pretensão é contestada sem afirmação de razões, ou sem ser contestada, se torna insatisfeita). Quando a lide apresenta uma ou mais questões, costuma-se falar em controvérsia, que é, então, a palavra que se deve usar mais propriamente para denotar tal espécie de lide” (CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do processo civil*, cit., v. 1, 2000, p. 86).

³¹⁸ 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;

a autoridade de coisa julgada. Nessa linha, os motivos da decisão não se impõem fora do processo, porque fogem do âmbito da lide; já a entrega da prestação jurisdicional se exaure no dispositivo da sentença, e os motivos apenas servem para esclarecimento do dispositivo.³¹⁹ Com outras palavras,

as questões abrangidas pela disposição comentada são somente as de mérito, julgadas como objeto principal do processo, pois as chamadas “questões prejudiciais”, solucionadas incidenter tantum, mesmo que sejam questões de mérito, não são por ela abrangidas, em decorrência do texto expresso do art. 469, III.³²⁰

Consequentemente, a resolução de alguma questão levantada no processo, ainda que vinculada ao mérito da causa, somente produzia coisa julgada mediante a sua arguição “principaliter tantum”, via petição inicial ou ação declaratória incidental (art. 325, do CPC/1973). Excetua-se dessa regra a eficácia da decisão na assistência simples³²¹ e as decisões em controle de constitucionalidade.³²²

III – a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

³¹⁹ “A motivação da sentença não faz coisa julgada, pois não encerra qualquer comando, no sentido de composição da lide. Ela está para o dispositivo assim como a exposição de motivos, que não é norma está para a lei” (BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 202).

³²⁰ ARAGÃO, Egas Moniz de, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 243.

³²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 160.

³²² Há quem entenda que a eficácia vinculante da autoridade da coisa julgada, no controle abstrato de constitucionalidade, atinja não só o dispositivo, mas também os fundamentos da decisão, em aplicação da chamada teoria da “transcendência dos motivos determinantes”. Neste sentido: STF, MC-Rcl 2986/SE, rel. Min. Celso de Mello, j. 11/03/2005, p. 18/03/2005). Todavia, julgados mais recentes têm afastado a aplicação desta teoria, distinguindo, para efeitos do acolhimento da Reclamação, a transcendência dos motivos determinantes da inobservância do dispositivo do julgamento (STF, 1ª Turma, AgRg-Rcl 11478, rel. Min. Marco Aurélio, j. 05/06/2012, p. 21/06/2012).

No sistema do CPC/1973, ficou praticamente superado o dissídio entre os que entendem que a coisa julgada se restringe, exclusivamente, ao “dispositivo da sentença e os que – cada dia menos numerosos – entendem que ela, ao contrário, além do dispositivo abrange os motivos, os fundamentos e as premissas necessárias da decisão”.³²³ Podem ser mencionados como defensores da doutrina ampliativa, na vigência do CPC/1973, Ronaldo da Cunha Campos,³²⁴ Paulo Roberto de Oliveira Lima³²⁵ e Luiz Eduardo Ribeiro Mourão.³²⁶

O art. 503, “caput”, do CPC/2015, estatui que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida”.

O que individualiza o mérito, objetivamente, é o pedido e a causa de pedir, ou seja, o fato constitutivo que fundamenta a pretensão. Decidindo a lide, a sentença acolhe ou rejeita o pedido do autor. Destarte, nada mais natural que se faça coisa julgada sobre o pedido, circunscrita aos limites da lide e das questões expressamente decididas.³²⁷

Corrigiu-se equívoco da codificação precedente, que apenas fazia menção à sentença como ato judicial passível de coisa julgada.³²⁸ Como visto,

³²³ ALVIM, Arruda. Ação declaratória incidental. *Revista de Processo*, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 10.

³²⁴ CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1988, p. 34.

³²⁵ LIMA, Paulo Roberto de Oliveira, *Contribuição à teoria da coisa julgada*, cit., p. 133.

³²⁶ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 190 e ss.

³²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1108.

³²⁸ “Havendo recurso, e tendo o tribunal substituído a sentença, a coisa julgada recairá sobre o acórdão. Melhor seria, portanto, que tivesse dito, em vez de sentença, decisão definitiva” (RODRIGUES,

essa qualidade pode ser vista na decisão parcial de mérito,³²⁹ nas decisões monocráticas dos relatores nos tribunais, nos acórdãos, bem como nas decisões de mérito em sede de liquidação ou execução. Estabelecida a coisa julgada como qualidade da “decisão de mérito”, não apenas da sentença, reconhece-se a possibilidade de ela aderir a qualquer ato decisório que o solucione total ou parcialmente.³³⁰

O efetivo julgamento de mérito independe do emprego específico dos sacrais termos “procedência” ou “improcedência do pedido”. É irrelevante a forma verbal com a qual o juiz o acolheu ou rejeitou, desde que presente concreto exame e solução do litígio. A coisa julgada é uma decorrência do conteúdo do julgamento de mérito, e não da natureza processual do ato judicial. Leva-se em conta o objeto da decisão (seu conteúdo), importando que o pronunciamento seja definitivo, resultado de um acerto judicial precedido de contraditório prévio efetivo.

Outra importante novidade foi a substituição do termo “lide” por “mérito”, superando-se a discussão sobre sua real significação (a concepção sociológica de Cernelutti ou a estritamente jurídica encampada por parte considerável da doutrina).

Marcelo Abelha, *Elementos de direito processual civil*, cit., p. 348).

³²⁹ Nada impede que as questões formadoras do objeto do processo sejam decididas e produzam coisa julgada em momentos processuais diferentes. Nem sempre haverá uma sentença única, embora essa seja a regra geral, o que fica claro pelos arts. 356 e 503, “caput”, do CPC/2015.

³³⁰ Mesmo na vigência do CPC/1973, havia casos de julgamento parcial da lide, tais como: sentença condenatória genérica, em que o “quantum debeatur” será resolvido na liquidação da sentença e o da sentença que julga procedente a ação de prestação de contas, ficando os haveres para serem apurados e julgados na segunda fase do processo. Também quando interposto recurso parcial, que leva à apreciação do tribunal apenas uma ou algumas das questões de mérito enfrentadas pelo julgamento do primeiro grau de jurisdição (MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 411).

A coisa julgada não envolve a sentença como um todo, pois dela fica excluída a atividade desenvolvida pelo julgador para preparar e justificar a sua decisão, notadamente “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” e “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (art. 504, do CPC/2015).

2.5.1.1. Os motivos

Para exercer seu mister, o juiz exerce dois tipos de atividades: a cognição (o conhecimento) a respeito do necessário, no plano lógico, para se chegar a uma conclusão adequada a respeito do pedido; a decisão, que se pronuncia sobre a relação jurídica material controvertida e redundante na declaração final de acolhimento ou rejeição do pedido formulado em torno da citada relação. Por determinação legal, é somente na decisão que se situa a autoridade da “res iudicata”.³³¹

Os motivos e a verdade são, na linguagem do Código, fundamentos da sentença, para efeitos de exclusão da coisa julgada. Nada obstante, os motivos desempenham papel de suma importância para a correta compreensão do alcance da parte dispositiva, pois não são reflexões inócuas, mas ao contrário, vão dirigidas a explicar o conteúdo do decidido.³³²

A despeito de não integrarem os limites objetivos da coisa julgada, inegavelmente assumem a relevante função de delimitar o que se tornou

³³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1110.

³³² GUILLEN, Victor Fairen. *Doutrina general del derecho procesal*. Barcelona: Libreria Bosch, 1990, p. 522.

imunizado.³³³ Nessa visão, já flexibilizada em relação à concepção de Chiovenda, a influência dos motivos

não ultrapassaria o âmbito da *situação jurídica* identificada no pedido e resolvida pelo dispositivo da sentença. Não poderia dela se desprender para assumir uma autonomia no plano próprio da coisa julgada material. Mesmo, pois, a *causa petendi*, configuradora de questão enfrentada e dirimida pela sentença, só faria coisa julgada em conjunto com o pedido, ou seja, como elemento da situação jurídica definida pelo dispositivo. Não seria possível, por isso, isolar o *fundamento*, para, em contexto diverso do que foi objeto da decisão judicial, atribuir-lhe a indiscutibilidade própria da *res iudicata*.³³⁴

Recentes legislações estrangeiras vão mais adiante, enxergando na relação jurídica básica da controvérsia objeto que se mostra alcançável pela autoridade da coisa julgada, uma vez irrecorrível ou irrecorrida a sentença de mérito a seu respeito. Essa tese é encampada por modernos Códigos europeus,

³³³ “Quando o art. 469 preceitua que os motivos da decisão não fazem coisa julgada, está dizendo, na verdade, que não fazem coisa julgada quando associados a um novo pedido, pois, se forem julgados ao mesmo pedido, não poderão ser alterados.

Da mesma forma, se houvesse uma norma legal sobre a imutabilidade do dispositivo da sentença, deveria esta dizer que este só faz coisa julgada quando atrelado à *causa petendi* julgada nos fundamentos da sentença já transitada em julgado, porque se fosse deduzido com base em nova causa de pedir, livre estaria para novo julgamento.” (MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *Coisa julgada*, cit., p. 199).

³³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1111. Neste sentido: STJ, 1ª Seção, Rcl 4.421/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 23/02/2011, p. 15/04/2011.

Nessa mesma linha: “O objeto do processo é delimitado pela causa de pedir e pelo pedido, que se relacionam aos fundamentos e ao dispositivo da sentença, respectivamente. Como já tivemos oportunidade de manifestar, esse vínculo é expresso no importante princípio da congruência, que delimita “um eixo imaginário interligando o pedido, contido na demanda inicial do autor, e o dispositivo sentencial, em que ao pedido é dada uma resposta positiva ou negativa”. Esse eixo imaginário não se restringe ao pedido, constante na petição inicial, e ao dispositivo da sentença, mas também à causa de pedir daquela e aos fundamentos desta.” (MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *Coisa julgada*, cit., p. 207).

como o português de 2013³³⁵ e o espanhol de 2000.³³⁶ Na Itália, não por reforma legislativa, mas via exegese jurisprudencial, construiu-se noção de coisa julgada material muito mais ampla que a admitida pela doutrina tradicional, pela qual se reconhece a coisa julgada material sobre o pedido e a própria causa de pedir,³³⁷ no que encontra certo apoio em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.³³⁸

O CPC/2015 reconhece expressamente que a resolução da questão prejudicial, por si só, tornou-se possível de transitar em julgado (art. 503, § 1º), dispensada ação declaratória incidental para que a decisão sobre a “questão prejudicial” se revista da autoridade da coisa julgada. Neste cenário, não haveria mais como se justificar que a questão principal (v.g., a causa de pedir) continue sendo tratada como simples motivo insuscetível de ter a respectiva solução colocada no terreno da indiscutibilidade e imutabilidade próprias do julgamento definitivo do litígio.³³⁹

³³⁵ O art. 619º, nº 1, estatui que “transitada em julgado a sentença ou o despacho saneador que decida o mérito da causa, a decisão sobre a *relação material controvertida* fica a ter força obrigatória dentro do processo e fora dele [...]”.

³³⁶ No art. 400 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, está previsto que os efeitos da coisa julgada abarcam os fatos e os fundamentos jurídicos arguidos em um litígio e até mesmo os não alegados, se fossem passíveis de alegação no processo, para solução da causa (art. 400).

³³⁷ PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. *Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I, p. 424.

³³⁸ STJ, 5ª Turma, RMS 30.414/PB, rel. Min. Laurita Vaz, j. 17/04/2012, p. 24/04/2012.

³³⁹ “Daí a conclusão de que, por corresponder a uma artificialidade, não se pode continuar isolando a *causa petendi* (na sua dupla abrangência de fato e de direito) do alcance da autoridade da coisa julgada, que sabidamente deve recair sobre o *objeto litigioso*. O objeto litigioso em torno do qual gira a resolução judicial, não se restringe apenas à questão de direito, mas indissoluvelmente ‘é constituído pela *causa de pedir*, pela *defesa indireta* [do réu] e pelo *pedido* [do autor]’. É assim que se deve ter como vitoriosa no processo civil de nosso tempo a tese de que a coisa julgada abrange não só a resposta contida no dispositivo da sentença, mas se estende à relação jurídica material básica acertada em função das questões solucionadas para compor a situação jurídica controvertida. Esse o entendimento que se impõe diante da sistemática observada pelo NCPC em matéria de coisa julgada” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1118).

2.5.1.2. A verdade dos fatos

Também “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”, não faz coisa julgada (art. 504, II, do CPC/2015). Cuida-se aqui da base fática da causa de pedir, feita no plano lógico da argumentação, que não chega a integrar a coisa julgada, já que esta recai sobre a questão de direito solucionada no dispositivo da sentença. O mero exame dos fatos, caminho lógico para se alcançar a definição da situação jurídica envolvida no litígio, não transita em julgado; é a relação jurídica material controvertida, à luz das questões de fato e de direito debatidas no processo, que será acobertada pelo manto da coisa julgada material, seja ela principal (art. 503, “caput”), seja incidental/prejudicial (§ 1º).

Os efeitos da coisa julgada recairão sobre a relação jurídica e não sobre os fatos, pois: a) não se sabe até que ponto a verdade reconhecida como tal na sentença seja a verdade real, tendo em vista que não há pessoas imunes a erros, nem mesmo os juízes; b) os fatos já ocorridos não mudarão em sua essência pelo reconhecido como verdadeiro na decisão transitada em julgado; é a interpretação do juiz sobre esses fatos, aplicando o direito no caso concreto, que constitui o juridicamente relevante;³⁴⁰ c) um fato tido por verdadeiro em um processo pode muito bem ter sua inverdade demonstrada em outro, sem prejudicar, com isso, a coisa julgada estabelecida na primeira relação processual.³⁴¹ O termo “verdade” empregado no dispositivo se refere à verdade subjetiva decorrente da convicção do magistrado, baseada na prova que possui ao seu alcance (art. 371, do CPC/2015). Dessa forma, outro magistrado, a depender dos meios probatórios disponíveis em outra demanda, poderá proceder a uma interpretação diversa sobre

³⁴⁰ STJ, 3ª Turma, AgRg-REsp 1.165.635/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 06/09/2011, p. 13/09/2011.

³⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1119.

os fatos.

2.5.1.3. Questões prejudiciais

O CPC/2015 rompe com o sistema anterior e estende os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais decididas incidentalmente na motivação da sentença. O art. 503, § 1º, determina que faz coisa julgada a "resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo". A coisa julgada, a partir de agora, pode abranger a resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente, desde que observados os requisitos legais.

A questão prejudicial é espécie do gênero questões prévias. Antes de o magistrado analisar a questão principal,³⁴² deve enfrentar uma série de outras questões para deixar o caminho pronto ao julgamento da questão principal,³⁴³ sejam elas preliminares ou prejudiciais.³⁴⁴

A solução de uma certa questão pode influenciar a de outra por

³⁴² A relação é de cunho lógico e não necessariamente cronológico, pois entre “as duas questões há antecedência lógica e por isso a questão prejudicial é solucionada previamente. O que interessa para a conceituação da prejudicialidade é essa dependência lógica existente entre as duas questões, e ela explica o porquê de a prejudicial ser decidida antes da prejudicada” (FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: RT, 1988, p. 32).

³⁴³ São “questões prévias aquelas que o juiz deva resolver antes da principal. Caso contrário não poderá ser considerada como prévia nem tampouco prejudicial uma vez que não fará parte do raciocínio lógico do juiz”. Existe nesse caso “uma relação de dependência entre a solução de uma segunda questão à de uma primeira, de modo que torna imprescindível a solução da questão ou questões prévias antes da questão principal” (ALVIM, Thereza, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 14).

³⁴⁴ Deve-se à Francesco Menestrina a primeira grande tentativa de sistematizar a matéria (*La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963).

modos distintos: “a) tornando dispensável ou impossível a solução de outra; ou, b) predeterminando o sentido em que há de ser resolvida”.³⁴⁵ No primeiro caso a questão é preliminar; no segundo, prejudicial.

O julgamento da questão preliminar pode obstar a apreciação da subordinada, tornando-a desnecessária ou mesmo impossível; na questão prejudicial, pelo contrário, “a resolução da questão prévia não fecha a porta à posterior apreciação da subordinada, mas pode predeterminar o *sentido em que está sendo resolvida*”.³⁴⁶ A diferença entre as espécies está, portanto, no tipo de influência que a questão subordinante exerce à subordinada, ou ainda, na espécie de vínculo que a questão prévia estabelece com a principal.³⁴⁷

É indiferente a matéria versada pelas questões prévias: existem questões preliminares processuais e de mérito, como questões prejudiciais preliminares e de mérito.³⁴⁸ Todavia, para o fim de questão prejudicial sujeita à coisa julgada, a matéria deve ser necessariamente de mérito, ou seja, dizer respeito à uma dada relação jurídica de direito substancial apta a gerar coisa julgada material.³⁴⁹

³⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 22.

³⁴⁶ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Ação declaratória incidental*, cit., p. 41. Neste mesmo sentido: OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994, p. 78.

³⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44-46.

³⁴⁸ MENESTRINA, Francesco, *La pregiudiziale nel processo civile*, cit., p. 100; BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 29-31. Contra: MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. atual. Sergio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 4, p. 214; THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1120.

³⁴⁹ Não “são prejudiciais as questões relacionadas com a ação e muito menos com o processo, mesmo porque, delas o atendimento ou rejeição do pedido não dependem” (SANTOS, Ernane Fidélis dos.

São três as características das questões prejudiciais: a antecedência lógica (sua análise influencia no teor, na conclusão da decisão principal),³⁵⁰ o elemento jurídico (a apreciação do meio de prova e seu valor implica na apreciação de uma dada situação jurídica)³⁵¹ e a autonomia (a prejudicial somente poderá ser assim considerada se puder, potencialmente, abstratamente, ser objeto de uma autônoma).³⁵²

As questões prejudiciais são antecedentes lógicos da conclusão da sentença. Por não pertencerem imediatamente ao litígio deduzido em juízo na petição inicial, o CPC/1973 condicionava a formação da coisa julgada material sobre essas questões à propositura de ação declaratória incidental (arts. 5º, 325 e 469, III), quando então estaria ampliada a lide para englobar essas questões internas.

Segundo a exposição de motivos do Anteprojeto do CPC/2015, os trabalhos da Comissão se voltaram para, dentre outros objetivos, simplificar o processo, "reduzindo a complexidade dos subsistemas" e "dar todo o rendimento

Manual de direito processual civil. Processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 628).

³⁵⁰ ALVIM, Thereza, *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*, cit., p. 20-22.

Para outros, somente são prejudiciais as questões que *necessariamente* são decididas antes da principal, ou seja, a questão não será prejudicial se o julgador puder resolver a principal sem decidir sobre aquela, percorrendo outro caminho lógico (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 194-195).

³⁵¹ É fundamental que o elemento lógico e o jurídico estejam conjuntamente na questão para que caracterize a prejudicialidade. Assim, na impugnação ao valor da causa e na impugnação à gratuidade da justiça, existe valoração jurídica, mas não há o elemento lógico, na medida em que estas questões não geram influência alguma para a resolução da questão principal (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Questões prejudiciais e coisa julgada*, cit., p. 45).

³⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972, p. 10; FERNANDES, Antonio Scarance, *Prejudicialidade*, cit., p. 73-76.

possível a cada processo em si mesmo considerado". A ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, para a Comissão, "permite que cada processo *tenha maior rendimento possível*. Assim e por isso, estendeu-se a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais", abolindo a ação declaratória incidental, o que mereceu elogios da doutrina.³⁵³ Segundo Humberto Theodoro Júnior, o que era tratado na extinta ação declaratória incidental

passa a ser uma pura alegação no curso do processo e se resolve na sentença, juntamente com o mérito da ação, por nele influir necessariamente.

Se por um lado, não se exige o ajuizamento formal de uma nova ação para decidir a questão prejudicial, é evidente que os requisitos para sua inserção no julgamento de mérito prevalecem nos moldes da legislação anterior. Ou seja, se não se cumprirem os requisitos dos incisos do § 1º do art. 503, a questão prejudicial, ainda que analisada, não atingirá a força da coisa julgada. Não passará de questão apreciada no plano dos motivos da sentença e, nos termos do art. 504, I, não se tornará inapreciável em outros processos.³⁵⁴

Pretende-se evitar duas coisas: a possibilidade de uma contradição lógica (embora não prática) entre sentenças; que uma questão já discutida pelas partes e decidida por um juiz, da qual a solução de mérito dependa, seja

³⁵³ Estender "a coisa julgada à motivação proporcionará simplesmente maior aproveitamento do conteúdo da decisão, sem modificar a essência da atividade jurisdicional a ser desenvolvida." (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79). Neste mesmo sentido: "O legislador do novo Código, portanto, ao ampliar os limites objetivos da coisa julgada, mostrou-se atento a um fenômeno que já ocorria - as questões prejudiciais eram resolvidas como se questões principais fossem - e aos benefícios que essa maior extensão da coisa julgada acarreta para a efetividade do processo. A realidade, portanto, é quem venceu as resistências doutrinárias contrárias a maior extensão da coisa julgada." (LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André Gustavo. Eficácia executiva das decisões judiciais e extensão da coisa julgada às questões prejudiciais; ou o predomínio da realidade sobre a teoria em prol da efetividade da jurisdição. *Revista de Processo on-line*, v. 254. São Paulo: RT, 2016, p. 6).

³⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1121.

rediscutida e decidida diferentemente em outras ações.³⁵⁵

A extensão da coisa julgada à questão prejudicial fica subordinada ao preenchimento de algumas condições, como forma de se evitar insegurança jurídica: (a) a questão julgada deve ser prejudicial de mérito,³⁵⁶ afastando-se aqui a manifestação inconclusiva do magistrado (v.g., “não ficou provada a nulidade da cláusula”)³⁵⁷; (b) a decisão sobre a questão, embora incidental, deve ser expressa, ou seja, deverá constar e ser realmente enfrentada pelo magistrado;³⁵⁸ (c) o julgamento do mérito da causa (questão prejudicada) deve depender da resolução da questão prejudicial; (d) impõe-se contraditório prévio e efetivo;³⁵⁹

³⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo on-line*, v. 230. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 5.

³⁵⁶ Deve “haver desacordo entre autor e réu sobre a existência ou a validade da relação jurídica, que deve ser levada em conta antes da decisão do mérito (*Hauptsache*). *Questões*, tecnicamente consideradas, (*issues*, *Fragen*, *questions*) são matérias sobre as quais autor e réu *não concordam*. Isso significa que há temas que talvez nunca se tornem questões, *issues* ou *Fragen*, porque ambas as partes concordam sobre sua existência e validade” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro, cit., p. 4).

³⁵⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 792.

³⁵⁸ Para fins de formação da coisa julgada sobre a questão prejudicial, parcela da doutrina entende, a partir da palavra “incidentalmente”, que não é necessária indicação, na parte dispositiva, que a questão prejudicial foi decidida (DIDIER JR., Fredie. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 767; THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1110).

Outra corrente sustenta que, para ser coberta pela coisa julgada, a questão prejudicial deve constar expressamente do dispositivo: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 593; CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 310.

³⁵⁹ “Deve-se considerar que qualquer restrição probatória, seja ela derivada da lei ou de decisão judicial, é suficiente para excluir a formação da coisa julgada sobre a resolução da prejudicial ao mérito. É que no caso de o juízo ter indeferido a produção de alguma prova (relacionada com a questão prejudicial, evidentemente), não se poderá considerar que houve contraditório efetivo sobre a matéria, uma vez que se poderá demonstrar, em processo posterior, que esta prova poderia levar a um resultado distinto. E o mero fato de ser possível examinar-se esta alegação já implica dizer que não há coisa julgada, uma vez que esta impede qualquer nova apreciação daquilo que já tenha sido julgado (CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 309).

(e) o juízo deve ser competente para resolver a questão prejudicial assim como a principal; (f) a cognição deve ser exauriente.³⁶⁰

A compreensão de “contraditório efetivo” listada na lei se liga à efetiva oportunidade de participação e influência. Assim, é irrelevante verificar se o debate foi intenso, se as partes alegaram tudo o que poderiam ter alegado, se a oportunidade de participação foi bem aproveitada, ou não.³⁶¹

O § 2º proíbe a formação da coisa julgada em torno da questão incidental, quando a causa principal for daquelas sujeitas a restrições probatórias ou limitações à cognição, impedindo o aprofundamento de sua análise.³⁶² Neste caso, a solução da prejudicial integra o julgamento na categoria de motivo da sentença, nada mais (art. 504, I).

A extensão da coisa julgada ocorre independentemente de pedido das partes, bastando que tenha havido decisão do magistrado a respeito da questão prejudicial.³⁶³ Sem a ocorrência cumulativa dos requisitos acima elencados, servirá a questão prejudicial como mero motivo da sentença, ficando sua resolução, portanto, fora do alcance da coisa julgada.

³⁶⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo on-line*, v. 252. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 6.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 10.

³⁶² Normalmente, decisões que são baseadas em “*fumus boni iuris*” não fazem coisa julgada. Do mesmo modo, nos Juizados Especiais, em que o procedimento é mais simples que os tradicionais, menos formais, mais rápidos e acima de tudo, orais, com atuação de juízes leigos, a coisa julgada deve realmente ser limitada ao “*decisum*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro, cit., p. 9).

³⁶³ Nada obsta, no entanto, que a parte requeira expressamente a resolução da questão prejudicial, seja na contestação (réu), seja por simples petição (autor e/ou réu). Neste sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 625; 631; MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 792.

Debate-se sobre a possibilidade de questões prejudiciais decididas desfavoravelmente à parte vencedora fazerem coisa julgada. Antonio do Passo Cabral entende que sim, dizendo que o sistema muda a lógica do que significa vitória e derrota no processo.³⁶⁴ De outro lado, sustenta-se que as questões resolvidas contrariamente ao vencedor na demanda não fazem coisa julgada, já que a coisa julgada só se estende a questões das quais depende o julgamento do mérito; então é de se concluir que nenhuma decisão incidental contrária à parte vencedora poderá se tornar imutável. Em outras palavras, a questão resolvida contrariamente ao vencedor da demanda não foi preponderante, ou seja, dela não dependeu o julgamento do mérito.³⁶⁵

A doutrina vem admitindo o interesse recursal da parte em recorrer para impugnar apenas as questões prejudiciais que lhe foram decididas desfavoravelmente.³⁶⁶ Todavia, esta resposta carece de lógica ao transformar uma

³⁶⁴ A “extensão da coisa julgada às prejudiciais muda a lógica do que significa vitória e derrota no processo. Tradicionalmente, a sucumbência era verificada pela derrota no que se refere ao pedido principal. Na sistemática do novo CPC, ainda que vencedor em relação ao pedido (e portanto não podendo ser considerado sucumbente), é possível que a derrota no que tange à prejudicial possa ser ainda mais deletéria para a parte. A vitória e derrota num processo passarão a compreender algo mais que a mera sucumbência” (CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 1294).

³⁶⁵ Neste sentido: “Dentre as questões que respeitam essas premissas, não podem ser qualificadas como necessárias e, portanto, determinantes ao resultado do julgamento as decididas *desfavoravelmente ao vencedor*, pois nesse caso a decisão não será essencial para a conclusão pela procedência ou improcedência da demanda e não haverá a garantia de cognição exauriente (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*, cit., p. 69).

³⁶⁶ DIDIER JR., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 6, n. 1, 2015, p. 87; CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.), *Breves comentários ao Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 1294.

questão incidental na primeira instância em principal na segunda.³⁶⁷

Ainda que as questões prejudiciais não devam ser consideradas principais, o art. 966, § 2º, do CPC/2015, autoriza a rescisão da decisão que, embora não seja de mérito, impeça (i) “nova propositura da demanda” ou (ii) a “admissibilidade do recurso correspondente”. O Fórum Permanente de Processualistas Civis editou enunciado albergando expressamente o cabimento da ação rescisória nesta hipótese: “338. Cabe ação rescisória para desconstituir a coisa julgada formada sobre a resolução expressa da questão prejudicial incidental”.³⁶⁸

Importante verificar que, pelo art. 1054, do CPC/2015, apenas os processos instaurados após o início da vigência do novo Código serão afetados pela extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. Esta é a posição do enunciado 367 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(Arts. 1.054, 312, 503). Para fins de interpretação do art. 1.054, entende-se como início do processo a data do protocolo da petição inicial”.

2.5.2. *Limites subjetivos*

³⁶⁷ “Tudo isso fica seriamente agravado por outro dado relevante. Qual é a eficácia do juízo de admissibilidade do recurso feito pelo tribunal? Se o tribunal conhecer do recurso (por haver interesse) e negar-lhe provimento, consolida-se a extensão da coisa julgada à questão supostamente prejudicial? E em caso de juízo de admissibilidade negativo por falta de interesse? Será essa decisão, tomada sem “contraditório efetivo” e sem cognição exauriente, definitiva quanto à mutabilidade da questão prejudicial? Prevalecerá sobre a decisão do juiz que, em novo processo, constatar a extensão da coisa julgada a essa questão prejudicial por força do art. 503, § 1.º?” (LUCCA, Rodrigo Ramina de, Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil, cit., p. 13).

³⁶⁸ Neste sentido: DIDIER JR., Fredie, Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro, cit., p. 87; CABRAL, Antonio do Passo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. (Coord.), *Breves comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1294.

Os limites subjetivos dizem respeito à determinação das pessoas a serem atingidas pela coisa julgada, se apenas as partes (com interesses conflitantes) ou terceiros (estranhos ao processo). A regra geral que vigora desde os romanos, segundo a qual a imutabilidade do ato decisório de mérito se estende apenas às partes litigantes, não podendo prejudicar terceiros (“res inter alios iudicata aliis non praeiudicare”), acabou acolhida pelo direito comum e transmitida para as Ordenações do Reino.³⁶⁹

Aquele que não teve a possibilidade de produzir prova e apresentar suas razões no processo não pode ser prejudicado pela formação da coisa julgada material,³⁷⁰ como forma de preservação do valor justiça aqui concretizado no respeito ao contraditório (ninguém pode ter sua situação jurídica definida em processo do qual não participou).³⁷¹

A fixação dessa regra nunca impediu a possibilidade de os efeitos da sentença, com maior ou menor intensidade, repercutirem na esfera jurídica de terceiros, que podem vir a sofrer as consequências do julgado. Para explicar esse fenômeno, algumas teorias foram criadas, saindo vencedora, no Brasil, a doutrina da eficácia natural da sentença de Liebman.³⁷²

³⁶⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e, *Limites subjetivos*, cit., p. 43-49. As Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título 81, dispunham que “a sentença não aproveita nem empece mais às pessoas entre que é dada”.

³⁷⁰ TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004, p. 202-203.

³⁷¹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *Coisa julgada*, cit., p. 235.

³⁷² Pela teoria da representação (Savigny), qualquer terceiro poderia ser afetado pela coisa julgada,

Considerando-se que a coisa julgada seja uma qualidade especial dos efeitos da sentença, os quais se tornam imutáveis a partir do trânsito em julgado, Liebman distingue a “eficácia da sentença” da “autoridade de coisa julgada”. Enquanto a eficácia natural da sentença, como ocorre com qualquer ato jurídico, vale para todos e pode atingir terceiros, a autoridade de coisa julgada atua unicamente para as partes.³⁷³

A eficácia natural da sentença vale para todos, enquanto a autoridade de coisa julgada se restringe às partes. Seguindo essa concepção, o CPC/1973 deixava claro que a imutabilidade da sentença vinculava unicamente as partes do processo, não prejudicando nem beneficiando terceiros, conforme preconizava seu art. 472.³⁷⁴

porque representado, no processo, por um dos litigantes. Para a teoria dos efeitos reflexos da coisa julgada, enquanto seus efeitos diretos só atingiam as partes, os efeitos indiretos (reflexos), embora não queridos nem previstos pelos litigantes, eram inevitáveis e afetavam terceiros. Segundo Chiovenda, a sentença (e a coisa julgada), como todo ato jurídico, existe e vale em relação a todos; quanto à possibilidade de prejudicar terceiros, criou a figura dos totalmente indiferentes (não afetados), dos desobrigados a reconhecer a sentença (afetados caso não a impugne) e dos praticamente interessados (não podem se opor, mesmo sofrendo um prejuízo de fato). Na visão de Betti, ocorreria a extensão da coisa julgada a terceiros quando houver, entre eles e as partes, uma relação de subordinação ou de dependência do ponto de vista do direito material, criando, para isso, as figuras do terceiro juridicamente indiferente (estranhos à relação jurídica decidida), do terceiro juridicamente interessado mas não sujeito à exceção de coisa julgada e do terceiro juridicamente interessado e sujeito à exceção de coisa julgada (TUCCI, Rogério Lauria, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 137-142).

³⁷³ “Por isso, enquanto, abstratamente, estão todas as pessoas submetidas à eficácia da sentença, praticamente lhe sofrem os efeitos aqueles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença: assim, antes de tudo e necessariamente, as partes, titulares da relação jurídica afirmada e deduzida em juízo, e, depois, gradativamente, todos os outros cujos direitos estejam com ela em relação de conexão, dependência ou interferência jurídica ou prática, quer quanto à sua existência, quer quanto à possibilidade de sua efetiva realização” (LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 115).

³⁷⁴ Pelo art. 472 do CPC/1973, 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”. A parte final do dispositivo não foi reproduzida pelo CPC/2015 no capítulo da coisa julgada. Sua interpretação literal levaria a crer que, na ação sobre estado da pessoa,

O termo parte tem significado polissêmico,³⁷⁵ extraindo-se dele mais de um significado: o conceito de parte legítima, aquela autorizada em lei a demandar sobre o objeto da causa; e o conceito meramente processual de parte, ou seja, a pessoa ou ente com capacidade para litigar, sem se indagar se tem legitimidade para tanto. Pela primeira acepção, parte é aquele “que pede em seu nome ou em cujo nome é pedida a atuação da vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é pedida”,³⁷⁶ pela segunda, representa o simples fato de alguém ingressar no processo, sem qualquer vinculação com o direito material, que se esgota no exame de o sujeito ter capacidade de ser parte.³⁷⁷

a coisa julgada assumiria eficácia “erga omnes”. Contudo, os “interessados” lá referidos não podem ser identificados como verdadeiros terceiros, mas, bem diferentemente, como partes. A hipótese era compreendida, para todos os fins, como pluralidade de partes e, por isso, não havia como recusar a elas o mesmo regime da incidência da coisa julgada, justamente porque são partes. Assim, não só nas causas relativas ao estado da pessoa, como em qualquer outra na qual houvesse litisconsórcio (necessário ou facultativo), todas as partes se sujeitam à coisa julgada, desde que citadas – art. 47 do CPC/1973 (BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 430-431).

³⁷⁵ Na realidade, deve haver uma distinção entre as esferas material e processual, pois ambas se valem dos conceitos de “parte” e “terceiro”. Quando “surtem conflitos entre partes na relação material, buscam estas a tutela jurisdicional, mediante o exercício do direito de ação, e provocam a instauração de um processo judicial que dará ensejo à formação de uma nova relação jurídica, cujos sujeitos ativo e passivo também serão chamados de partes. É preciso ficar claro, assim, que com a instauração do processo existirão duas relações jurídicas distintas, a de direito material e a de direito processual. Aliás, a distinção dessas duas relações jurídicas constitui um dos marcos do início do direito processual civil como ramo autônomo do saber jurídico” (MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *Coisa julgada*, cit., p. 235-236).

³⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 278.

³⁷⁷ Thereza Alvim pondera que até mesmo nos procedimentos de jurisdição voluntária pode se falar em partes, pois o interessado, formulando pedido perante o Judiciário, provoca a necessidade de citação do réu. É parte autora porque aciona a jurisdição. Quanto ao polo passivo, embora não haja litígio, pode existir diversidade de interesses. Os interessados “não se encontram em um só pólo da relação processual, mas em pólos distintos, pelo que incide, até mesmo na jurisdição voluntária, o princípio da bilateralidade de partes. Pelas razões expendidas pode-se aceitar, *ab initio* a afirmação de que parte é aquele que se situa num dos pólos da relação jurídica processual (*O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996, p. 12).

É terceiro aquele que não participa como parte da relação processual, como autor ou réu, ordinária ou extraordinariamente.³⁷⁸

Percebe-se que as expressões “parte” e “terceiro” se contradizem em termos: quem não é parte no processo é terceiro; aquele que não é terceiro na relação processual é parte. Não há um terceiro gênero.³⁷⁹

O conceito de parte não se confunde com o problema da legitimidade de parte, que consiste na identificação dos legítimos litigantes em relação a um determinado objeto litigioso. A parte pode ser legítima ou ilegítima, mas nem por isso perde a condição de parte processual. De outro modo, nem sempre as partes de direito material coincidem com as partes no processo.³⁸⁰ Para arrematar, parte “em sentido *processual* é, em regra, o que pede e aquele contra quem se pede no processo” e que, por isso, arcará com a sucumbência do processo. Já parte em “sentido *substancial*, para quem aceite esta distinção, hoje superada, é de quem se afirma (substituição processual) ser o titular do direito material. Substituto processual seria parte processual, e parte substancial seria o substituído”.³⁸¹

Ao desempenhar a função de atuar a vontade da lei em um caso concreto, todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam se

³⁷⁸ GAZZI, Mara Sílvia. Os limites subjetivos da coisa julgada. *Revista de Processo*, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 104.

³⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito processual civil: ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 59 e ss.

³⁸⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 280.

³⁸¹ ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 554.

submetem à sentença e a seus efeitos em pé de igualdade.³⁸² Embora muitos terceiros permaneçam totalmente indiferentes, outros que tenham alguma conexão com o objeto do processo sentirão os efeitos coisa julgada.³⁸³

Há uma diferença fundamental entre as partes e os terceiros atingidos: para estes, a eficácia da sentença não se torna imutável e, portanto, poderão impugná-la (a exemplo do que as partes podem fazer antes do trânsito em julgado).³⁸⁴ Não existe coisa julgada em relação a terceiro atingido por decisão judicial prolatada em feito no qual não figurou como parte na relação processual,³⁸⁵ ou seja, os terceiros se sujeitam ao conteúdo e aos efeitos da sentença, mas não à sua imutabilidade.

Há duas classes de terceiros: os indiferentes e os interessados. Os terceiros juridicamente indiferentes não detêm nenhuma relação jurídica de dependência com a relação posta em juízo, isto é, não sofrem prejuízo algum e hão de reconhecer, apenas, a eficácia natural da sentença. Os terceiros juridicamente interessados se dividem em: juridicamente interessados, que sofrem um prejuízo jurídico com o decidido porque são titulares de relações jurídicas dependentes da julgada no processo; e interessados por questão meramente de fato, os quais sofrem um prejuízo exclusivamente prático ou econômico, *v.g.*, o

³⁸² A “sentença, como ato emanado do poder estatal, gera eficácia, sem distinção, perante todos, partes (as primeiras que sofrem os efeitos) e terceiros. Esse fenômeno, denominado de eficácia natural, que decorre da obrigatoriedade ou da imperatividade inerente a qualquer ato provindo de órgão estatal é subjetivamente ilimitado, perante todas as relações e situações jurídicas conexas com aquela que foi objeto da sentença” (TUCCI, José Rogério Cruz e, *Limites subjetivos*, cit., p. 86-87).

³⁸³ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 123.

³⁸⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e, *Limites subjetivos*, cit., p. 86-87.

³⁸⁵ STJ, 4ª Turma, REsp 291.634/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17/03/2009, p. 30/03/2009.

credor de um devedor seu tem interesse que este saia vencedor numa demanda para, assim, garantir que receberá o valor devido).³⁸⁶

O terceiro juridicamente indiferente e o terceiro interessado por questão unicamente de fato não possuem legitimidade para impugnar a sentença ou desconstituí-la e devem suportar a eficácia natural da sentença. Já os terceiros juridicamente interessados, com efetivo interesse jurídico na causa, posto que serão alcançados pelos efeitos reflexos da sentença, podem contestá-la para demonstrar sua injustiça ou ilegalidade.³⁸⁷

Estende-se a coisa julgada ao sucessor da parte e àquele substituído como se parte do processo fossem, pois aqui não se trata de direito derivado ou correlato deduzido em juízo, mas mero prolongamento dele próprio.³⁸⁸

O CPC/2015, no art. 506, determina que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”, seguindo a máxima da sua validade com relação a todos. Como regra, a coisa julgada fica

³⁸⁶ TUCCI, Rogério Lauria, *Curso de direito processual civil*, cit., p. 142-143.

³⁸⁷ “Assim, um estranho pode rebelar-se contra aquilo que já foi julgado entre as partes e que se acha sob a autoridade de coisa julgada, em outro processo, desde que tenha sofrido prejuízo jurídico. Exemplo: quando o Estado é condenado a indenizar o dano causado por funcionário, cabe-lhe o direito de exercer a ação regressiva contra o servidor. Este, no entanto, no novo processo poderá impugnar a conclusão da sentença condenatória, para provar que não teve culpa no evento, e assim exonerar-se da obrigação de repor aos cofres públicos o valor da indenização. A sentença era válida para todos. Mas aquele estranho que teve direitos diretamente atingidos pode reabrir discussão em torno da decisão, sem ser tolhido pela eficácia da coisa julgada” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1127).

³⁸⁸ STJ, Corte Especial, REsp 476.665/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 01/12/2004, p. 20/06/2005.

limitada às partes, de modo que os terceiros não podem ser prejudicados por ela.³⁸⁹ Entretanto, há exceções em que a força da coisa julgada repercute também sobre terceiros que não figuraram como partes na relação processual. São elas:

a) assistência: o art. 123, do CPC/2015, manteve a regra segundo a qual o assistente fica impedido de rediscutir, em processo futuro, a justiça da decisão.

O único sujeito que assume a posição de parte, mas não é alcançado pela coisa julgada, é o assistente simples.³⁹⁰ Enquanto o assistente litisconsorcial será parte na demanda, o assistente simples será parte apenas no processo. Em relação ao último, que não é titular da relação jurídica controvertida, não haverá a autoridade da coisa julgada, mas ficará vinculado à justiça da decisão. Já o assistente litisconsorcial defende seu próprio direito e, por isso, ficará sujeito à coisa julgada.³⁹¹

³⁸⁹ Pelo art. 506, os terceiros não podem ser prejudicados pela coisa julgada, mas podem se beneficiar de uma coisa julgada formada em processo do qual não tenham participado. A doutrina dá o seguinte exemplo: um processo em que os sujeitos de um contrato garantido por fiança litigam se ele foi ou não inteiramente cumprido pelo devedor, sem que dele participe o fiador. A coisa julgada formada sobre a sentença que declare o não cumprimento do contrato não prejudica o fiador, motivo pelo qual estaria livre para rediscutir a questão frente ao credor em outra ação. De outro lado, se a sentença transitada em julgado afirmar que o contrato principal foi integralmente cumprido, ela poderá ser invocada pelo fiador mesmo sem ter participado do processo, pois extinta a obrigação principal, extinta a fiança (CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 311).

³⁹⁰ A assistência simples consiste na intervenção de um terceiro com a finalidade de auxiliar uma das partes a obter sentença favorável, sem defender direito próprio e sem ter legitimidade para fazê-lo. O assistente mantém uma relação jurídica lateral com a parte que assiste, a qual pode ser atingida pela coisa julgada em virtude de um nexo de prejudicialidade (ex.: o sublocatário em relação a uma ação de despejo ajuizada em face do locatário). Na assistência litisconsorcial, o assistente poderia também ser parte e não o foi, ou seja, litiga com direito próprio, tal como sucede nos casos de dívida solidária (aqueles que ficaram de fora no processo podem integrar o feito como assistentes litisconsorciais, quando então assumirão a posição de partes).

³⁹¹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, *Coisa julgada*, cit., p. 241-242.

b) na substituição processual (art. 18, do CPC/2015), em que alguém é autorizado a demandar, em nome próprio, um interesse alheio.³⁹² A coisa julgada provocada pela atividade do substituto operará não apenas em relação a este, como também sobre a situação jurídica material do substituído, mesmo que o último, processualmente, não tenha figurado como parte.³⁹³

c) em casos de comunhão de direitos e obrigações, como ocorre na legitimação “ad causam” concorrente,³⁹⁴ nas ações coletivas e nas obrigações solidárias.

Especificamente sobre os efeitos da coisa julgada em relação a devedores ou credores solidários que não participaram da demanda, Dinamarco pontua que essa conclusão não é

³⁹² Ocorre a substituição processual quando alguém está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor ou réu, na defesa de direito alheio. É espécie do gênero legitimação extraordinária, que abarca ainda o fenômeno da representação processual – o representante, em nome e por conta do representado, atua para defender o direito deste último. Para ocorrer a substituição, deve haver uma dependência do direito do substituto com aquele que está sendo deduzido em juízo, não se concebendo que a um terceiro seja reconhecido o direito de demandar acerca do direito alheio, se não quando entre ele e o titular (substituído) haja algum vínculo jurídico especial (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 149-150).

³⁹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 221.

Em sentido contrário: TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 115. Essa corrente mais restritiva apenas autoriza a vinculação do substituído à coisa julgada se a sentença lhe for inteiramente benéfica ou ainda se a ele for dada ciência inequívoca do processo, para, querendo, nele intervir.

³⁹⁴ Por exemplo: a lei autoriza diversos acionistas a demandarem, em conjunto ou individualmente, a anulação de uma deliberação assemblear. A coisa julgada alcançará, indistintamente, a todos os legitimados concorrentes, tenham eles participado ou da ação anulatória. Os legitimados que não figuraram no processo estarão impedidos de, após a coisa julgada, propor ação igual, salvo se alterada a causa de pedir.

Para Marcelo Abelha, há relação jurídica incindível, pois o mesmo direito pertence a outras pessoas (unitariedade do objeto). Existindo a hipótese de litisconsórcio unitário, em que há uma só lide, é obrigatória a presença de todos os titulares do mesmo objeto, sob pena de a coisa julgada não afetá-los (*Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 703-704).

imune a qualquer suspeita de inconstitucionalidade, dado que colhe sujeitos que, sem terem sido partes, não tiveram acesso ao contraditório processual. Em defesa desse sistema milita o sério fundamento, vindo do direito material, de que ao dispor-se a ser credor ou devedor em solidariedade, a pessoa subordina-se às normas e aos riscos inerentes a ela (casos de solidariedade em virtude de contrato). O credor ou devedor que figurar na relação processual sem os demais em litisconsórcio será substituto processual dos não-participantes. Esse é um tema ainda sem suficiente maturação na doutrina ou nos tribunais.³⁹⁵

Em vez de dispor que a sentença transitada em julgado não beneficia nem prejudica terceiros, agora a regra é que a sentença apenas não prejudica terceiros. Na solidariedade ativa, caso favorável a sentença, todos os credores solidários se beneficiam, inclusive aqueles que não foram partes no processo (art. 274, do Código Civil); desfavorável a sentença, a coisa julgada não se estende aos demais credores, para não prejudicá-los. Na solidariedade passiva, a coisa julgada recai sobre o devedor demandado, que poderá chamar os demais coobrigados ao processo para ratear o que vier a pagar da dívida comum (art. 130, III, do CPC/2015). Ocorrendo o chamamento, a coisa julgada atingirá o devedor primitivo e os agregados a ele por meio da intervenção de terceiros (art. 132, do CPC/2015); do contrário, o devedor solidário perderá a oportunidade de exercer o direito de regresso e, além disso, a coisa julgada apenas produzirá eficácia contra o devedor solidário demandado.³⁹⁶

d) extensão da coisa julgada ao terceiro adquirente e fraude de execução: é possível que um bem ou direito submetido a litígio seja transmitido ou alienado validamente, visto que a responsabilidade patrimonial (art. 789, do

³⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 323.

³⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1130-1131.

CPC/2015) não acarreta nenhuma restrição a esses negócios. Dessa forma, é lícito que um litigante transmita a outrem o seu direito subjetivo material objeto do litígio.³⁹⁷

Todavia, essa alteração da situação jurídica material não modifica a legitimidade das partes primitivas do processo (art. 109, do CPC/2015). Também não altera a eficácia da sentença proferida, pois seus efeitos se estenderão ao adquirente ou cessionário das partes originárias (§ 3º). Entende-se que após o ato de disposição, o alienante continua no processo como parte legítima, mas na defesa de direito material de terceiro, razão pela qual haveria verdadeira substituição processual.³⁹⁸

Os efeitos da coisa julgada atingem o alienante e o terceiro, em

³⁹⁷ Como consequência do princípio geral do direito que veda o enriquecimento sem causa, quem tem dívidas deve pagar os seus credores. O art. 789, do CPC/2015, e o art. 391, do Código Civil, consagram a máxima de que o patrimônio do devedor representa a garantia comum dos credores (CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores*: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 23). Entende-se que a existência da responsabilidade não permite ao credor invadir o patrimônio do devedor para atender o seu direito, por mais razão que ostente, devendo-se valer, para tanto, de uma tutela jurisdicional executiva (FUX, Luiz. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 75). Ao mesmo tempo, a lei reprime os atos de disposição patrimonial tendentes a gerar ou agravar um estado de insolvência, com objetivo de frustrar a satisfação do credor, caracterizando-os como fraudulentos. Sempre que o devedor se desfaz do seu patrimônio ou o desfalca, a ponto de não poder mais suportar suas obrigações, pratica lesão ao direito do credor. Nessa concepção, o direito de propriedade é ilimitado enquanto não esbarrar no direito alheio; atingindo-o, a pretexto de exercer um direito, o proprietário (devedor) incorrerá em ato ilícito (LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 6, p. 467-468).

³⁹⁸ Quando o terceiro, com aquiescência do adversário do alienante, ingressa em juízo para tutelar seu novo direito, estar-se-á diante da sucessão processual, que em nada se confunde com a substituição processual. Caso não aceite o ingresso pelo adversário do alienante, o adquirente poderá, na condição de titular do direito, ingressar como assistente litisconsorcial. O alienante será “uma parte processual ‘oca’ não mais titular do direito material, mas algumas vezes interessado reflexo (jurídico) no sucesso da demanda, para evitar que a sentença desfavorável ao adquirente traga reflexos negativos na alienação ou cessão perpetrada. Enfim, permanecendo como parte no processo, atuará como legitimado extraordinário ulterior”. Todavia, pode acontecer de ocorrer o ingresso, mas não haver a saída do alienante, como no caso de alienação parcial ou havendo matéria de defesa diretamente relacionada com o alienante, v.g., em uma demanda reconvenção (ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 251).

razão do mecanismo da substituição processual, máxime se não autorizada a sucessão pela parte adversa (art. 109, § 1º, do CPC/2015). Contudo, nada impede que o adquirente ou o cessionário intervenham no processo como assistente litisconsorcial do alienante ou do cedente (§ 2º). Em outras palavras, eles não têm o direito automático de substituir o alienante ou o cedente, pois isto depende da parte contrária; mas nada impede que atuem como assistente litisconsorcial, caso seja negada a substituição. Em todo caso, a sentença atingirá os sucessores.³⁹⁹

Então ganha relevo a prova da boa-fé do terceiro, em especial para fins da caracterização da fraude de execução (art. 792, do CPC/2015). Pode-se distinguir as seguintes situações a respeito do novo titular da coisa litigiosa: a) quando a aquisição é feita pelo terceiro, mas o transmitente não foi a parte do processo (v.g., sucessivas alienações), ou ainda se deu de forma originária (v.g., na usucapião) não deve ocorrer a extensão da coisa julgada para o terceiro novo titular da coisa ou direito litigioso, não se aplicando o dispositivo por ausência de má-fé; b) se a aquisição se deu diretamente da parte processual, porém de boa-fé, afasta-se a regra do art. 109, § 3º, do CPC/2015; c) se comprovada a má-fé do terceiro, o art. 109, § 3º incidirá e afetará a posição jurídica deste, ou seja, a coisa julgada estenderá seus efeitos.⁴⁰⁰

2.5.3. Limites temporais da coisa julgada

³⁹⁹ MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 223.

⁴⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1138-1139. Na temática da fraude de execução, o STJ, em recurso especial repetitivo, fixou os requisitos para a sua caracterização, reafirmando a necessidade da prova da má-fé do terceiro adquirente quando ausente o registro da pendência processual na matrícula: STJ, Corte Especial, REsp 956.943/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/08/2014, p. 01/12/2014.

Costuma-se identificar ainda os limites temporais da coisa julgada, “com vistas à fixação do momento a partir do qual fatos novos possam vir a constituir causa de pedir superveniente”.⁴⁰¹ Esse aspecto assume especial relevância frente às relações jurídicas continuativas, tais como as permanentes e as sucessivas,⁴⁰² pretendendo-se delimitar, no tempo, a eficácia da sentença dita determinativa e, por consequência, a duração da coisa julgada.

Não é o efeito da sentença ou a coisa julgada que seja temporária. Na realidade, como os julgamentos de tais relações jurídicas contém neles inserida a cláusula “rebus sic stantibus”, alterada a premissa fática (situação de fato) e/ou a premissa jurídica (a norma aplicável ao caso concreto), o objeto do julgado desaparece e o comando sentencial deixa de atuar, por não ter mais sobre o que incidir.⁴⁰³ Em outros termos, “a decisão jurisdicional regula a relação jurídica somente nos limites da situação substancial posta *sub judice* e não para todo o sempre”,⁴⁰⁴ ou seja, nos limites temporais da própria causa de pedir.

Conclui-se que o acerto do feito, em face da situação fático-jurídica apurada no tempo da sentença, continuará sempre imutável e indiscutível. Alterada substancialmente a causa de pedir (quanto aos seus fatos e/ou direito) – a própria relação jurídica existente entre as partes –, um novo julgamento não

⁴⁰¹ TESHEINER, José Maria, *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*, cit., p. 162.

⁴⁰² Relação jurídica instantânea é aquela que se esgota imediatamente. Já a relação jurídica permanente é a que nasce de fato ou situação que se protraí no tempo, v.g., o dever de prestar alimentos. Por fim, a relação jurídica sucessiva nasce de fatos geradores instantâneos, que se repetem no tempo de forma continuada, como as obrigações tributárias cujo fato gerador (ou impositivo) é instantâneo, mas se renova e repete a cada operação.

⁴⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 139-142.

⁴⁰⁴ PORTO, Sérgio Gilberto, *Coisa julgada civil*, cit., p. 82-83.

recairá sobre o mesmo objeto e operará seus efeitos somente para o futuro (“ex nunc”), com base nos novos elementos que não foram apreciados na sentença anterior, consoante dispõe o art. 505, I, do CPC/2015.

2.5.4. Limites espaciais da coisa julgada

Os limites espaciais ou territoriais envolvem, basicamente, a aptidão da coisa julgada formada no exterior produzir seus efeitos no Brasil e vice-versa. No espaço porque o Estado só tem competência “para a força material dentro do seu território, sendo extensão o reconhecimento da coisa julgada das sentenças estrangeiras dentro de cada país”.⁴⁰⁵ Isto se dá por intermédio de um processo de reconhecimento ou aceitação do julgado alienígena, denominado, no país, de homologação de sentença estrangeira junto ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, “i”, da CF).⁴⁰⁶

Para fins de homologação, não se confundem sentença estrangeira e sentença internacional. Esta última consiste em ato judicial emanado de órgão internacional do qual o Estado faça parte, seja porque aceitou sua jurisdição (v.g., Corte Interamericana de Direitos Humanos), seja porque concordou em submeter o litígio a determinada corte internacional (v.g., Corte Internacional de Justiça).⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ MIRANDA, Pontes de, *Comentários ao código de processo civil*, cit., t. 5, p. 122.

⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, cit., p. 628.

⁴⁰⁷ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 102.

Sendo assim, somente a sentença estrangeira, provinda de um outro país, depende do procedimento de homologação para produzir efeitos no Brasil. A sentença internacional, emanada de órgão com jurisdição internacional, vincula os países sujeitos à sua jurisdição independentemente de qualquer aceitação.

O CPC/2015 encampou o sistema da determinação direta acerca dos limites da jurisdição nacional, prevendo expressamente quais causas podem ser conhecidas e decididas no país. Nos arts. 21 e 22, fixou hipóteses de competência concorrente (a ação pode ser julgada no país ou no estrangeiro),⁴⁰⁸ ao passo que no art. 23 tratou da chamada competência exclusiva (apenas a autoridade brasileira pode julgar a controvérsia)⁴⁰⁹ e no art. 24, da litispendência e conexão internacionais.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Pelos dispositivos, compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que: a) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil (considerando-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal); b) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; c) o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil; d) de alimentos, quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil, ou ainda quando o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; e) decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil; f) em que as partes, expressa ou tacitamente, submeterem-se à jurisdição nacional.

⁴⁰⁹ Com exclusão de qualquer outra, compete à autoridade judiciária brasileira: a) conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; b) em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; c) em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional. O art. 25 exclui a competência da autoridade judiciária brasileira para o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação. A regra aqui delineada é afastada para as hipóteses de competência internacional do art. 24 (§ 1º), aplicando-se, neste particular, as disposições dos parágrafos 1º a 4º, do art. 63, do CPC.

⁴¹⁰ A norma do art. 24 só encontra razão de ser nos casos de competência concorrente, já que na competência exclusiva a decisão da jurisdição estrangeira jamais produzirá efeitos no Brasil. Como regra geral, “a ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil”, ou seja,

No plano interno, a limitação territorial da coisa julgada passou a ser relevante a partir da alteração da regra do art. 16, da Lei nº 7.347/1985, que dispõe sobre o procedimento da ação civil pública. Originalmente, o dispositivo preceituava que

a sentença civil fará coisa julgada “erga omnes”, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

A Medida Provisória nº 1.570/1997, convertida na Lei nº 9.494/1997, modificou o dispositivo para os seguintes termos:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada “erga omnes”, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

À evidência que o propósito da alteração legislativa foi fragmentar a tutela dos direitos coletivos e difusos com a redução do alcance dos efeitos subjetivos e espaciais da coisa julgada nas ações civis públicas. Com isso, tornou-se necessária a propositura de ações civis públicas quantas forem as competências territoriais em uma dada região ou em todo o país, conforme regional ou nacional

a existência de idêntica ação no estrangeiro não gera litispendência com a ação aqui ajuizada, e daquelas que lhe são conexas. Para a decisão alienígena produzir efeitos no país, será necessário que passe pelo processo de homologação perante o STJ. Pelo parágrafo único, “a pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil”. Transitada em julgado a ação proposta no país, impede-se a homologação da sentença estrangeira, que não poderá ser executada em território nacional, sob pena de ofender a coisa julgada (art. 966, IV, do CPC). Por outro lado, se a sentença estrangeira é homologada antes do trânsito em julgado da sentença nacional, “então aquela está revestida de soberania e por isso estará apta a gerar litispendência, devendo ser extinta a ação aqui proposta” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 251).

o dano a ser reparado ou imunizado.⁴¹¹

As críticas sobre a alteração inovação legislativa repousaram na sua incompatibilidade com o microssistema processual coletivo, o qual também é composto pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1980). A citada Lei nº 9.497/1997 não modificou nenhum dispositivo da legislação consumerista, em especial os arts. 103, I, II, que consagram a eficácia “erga omnes” e “ultra partes” das decisões em ações coletivas, salvo se o pedido for julgado improcedente por falta de provas. Igualmente não houve revogação do seu art. 93, segundo o qual a competência para julgamento de ilícito de âmbito regional ou nacional é do juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal, sem qualquer restrição territorial.⁴¹²

No mais, a Lei nº 9.497/1997 confundiu competência com coisa julgada, pois a imutabilidade “erga omnes” de uma sentença não tem relação com a competência do juiz que a proferiu. A competência indica qual o órgão jurisdicional vai processar e decidir a causa; a coisa julgada dos direitos transindividuais se estende a todo o grupo, classe ou categoria de lesados, de acordo com a natureza do interesse defendido, o que importa, em muitos casos, na superação dos limites territoriais do juízo que proferiu a sentença.⁴¹³

⁴¹¹ BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 179.

⁴¹² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 4, p. 130-131.

⁴¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 602-603. A favor do dispositivo: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 393-394. Adotando uma posição intermediária, entendendo que a restrição imposta só se aplica aos direitos individuais homogêneos, mas não quando a ação objetivar a tutela de interesses difusos e coletivos (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, p. 80).

Até o momento não há pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade da inovação legislativa, visto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.576-1, ajuizada pelo Partido Liberal, perdeu seu objeto com a conversão da medida provisória em lei ordinária. Convém apontar, todavia, que o STF negou, por maioria de votos, a liminar postulada na ação direta.⁴¹⁴ No âmbito do STJ, a questão é muito controversa.⁴¹⁵

2.6. Não incidência da coisa julgada material

No sistema do Código, a coisa julgada material só diz respeito ao julgamento do mérito, de maneira que não ocorre quando a sentença é apenas terminativa. Por não ser valor absoluto, com seus contornos fixados pelo legislador infraconstitucional, é possível afastar sua incidência em alguns casos:

a) as sentenças que anulam o processo e decretem sua extinção, sem cogitar da procedência ou improcedência do pedido (art. 485, do CPC/2015), geram apenas coisa julgada formal, cujo efeito se faz sentir apenas nos limites do processo. Como não solucionam o conflito de interesses estabelecidos entre as partes, não impedem que a lide volte a ser posta em juízo em nova relação processual (art. 486).⁴¹⁶

⁴¹⁴ STF, Pleno, ADI 1.576-MC, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16/04/1997, p. 06/06/2003.

⁴¹⁵ Pela validade da alteração: STJ, 3ª Turma, REsp 1.114.035/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07/10/2014, p. 23/10/2014.

⁴¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1135.

b) os despachos de mero expediente (que nem possuem conteúdo decisório, sendo irrecorríveis) e as decisões interlocutórias sobre questões estranhas ao mérito.

c) as decisões fundadas em cognição sumária, como aquelas proferidas no campo das tutelas de urgência ou da evidência, que podem ser revogadas ou modificadas (art. 296, do CPC/2015).⁴¹⁷

Nas tutelas cautelares, que pressupõem provisoriedade e sumariedade, com caráter puramente instrumental, a discussão é limitada à exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 305, “caput”, do CPC/2015). Todavia, quando reconhecida prescrição ou decadência (art. 302, IV, do CPC/2015), há juízo de certeza apto a induzir a formação da “res iudicata”.

Relativamente à medida cautelar fiscal, disciplinada pela Lei nº 8.397/1992, o seu art. 15 amplia o espectro da coisa julgada material, reconhecendo-a também nos casos em que o juiz acolher alegação de pagamento, compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida.

⁴¹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., São Paulo: RT, 2003. Nesta linha, “a respeito dos fatos e das questões de direito que compõem o objeto da demanda, o juiz tem o dever de se pronunciar após cognição exauriente dos elementos da causa. Se não for assim, não se atenderá a uma exigência de caráter público, de que a controvérsia uma vez submetida à apreciação judicial seja tratada e definida na sua globalidade, e dos jurisdicionados, que têm a expectativa de que nenhum possível fundamento da decisão deixe de ser apreciado. Por isso, apenas as decisões fundadas em cognição exauriente são suscetíveis de adquirir a autoridade da coisa julgada e tornar-se imutável.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André Gustavo, *Eficácia executiva das decisões judiciais e extensão da coisa julgada às questões prejudiciais; ou o predomínio da realidade sobre a teoria em prol da efetividade da jurisdição*, cit., p. 6).

Na tutela antecipada antecedente, explicita o art. 304, § 6º, do CPC/2015, que a decisão concessiva da tutela não fará coisa julgada, ou seja, há óbice legal à sua formação, o que não é imune a críticas, como se verá mais adiante.

d) nos procedimentos de jurisdição voluntária, atividade jurisdicional de natureza administrativa que possibilita, inclusive, a modificação pela alteração superveniente das circunstâncias (art. 1111, do CPC/1973).

e) no processo de execução: como a execução forçada não contém juízo sobre o direito do credor, seu resultado se equipara ao simples adimplemento; é mero pagamento forçado. Não há, na execução não embargada ou impugnada, autoridade equiparável à coisa julgada material. Somente quando resistida a execução, a depender da matéria da defesa, que haverá possibilidade de sentença de mérito e coisa julgada material sobre o objeto da execução. Assim, *v.g.*, se uma execução de título extrajudicial não embargada for injusta, por inexistência do direito material do exequente, houve singelo pagamento indevido. Nesse caso, por ausência de coisa julgada, ao devedor será lícito o manejo da ação de repetição do indébito, na forma do art. 876, do Código Civil.⁴¹⁸

O pagamento ao credor é ato judicial que se realiza independentemente de sentença. Caso tenha sido indevido, é passível de contestação por ação anulatória, que terá por finalidade a repetição do indébito. Não se trata de anular a execução, já que esta correu segundo os trâmites legais e

⁴¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1121.

se apoiou em legítimo título executivo.⁴¹⁹

Essa ação de enriquecimento sem causa se restringe às relações do devedor com o credor e, por não anular a execução, que processualmente não apresentou nenhum vício, não prejudica terceiros que tenham adquirido direitos como os de arrematante ou de remidor, em razão de atos jurídicos perfeitos.

f) nas causas sobre relações de trato sucessivo (relações jurídicas continuativas), que trazem ínsitas a cláusula “*rebus sic stantibus*”, reporta-se aos elementos temporais da coisa julgada. Sobrevindo modificação de fato ou direito, nova ação com alteração da causa de pedir próxima ou remota poderá infirmar a coisa julgada, visto não se tratar, na espécie, de repropositura de uma ação anterior, mas nova ação fundada em novos fatos ou direitos.

É fato que o art. 15, da Lei 5.478/1968, reza que “a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado”. Há impropriedade terminológica no dispositivo, pois a sentença sobre alimentos induz coisa julgada formal em um dado momento; raciocínio contrário implicaria no reconhecimento de processos infinitos, ideia absolutamente equivocada. Quer dizer o dispositivo que havendo modificação na situação financeira dos interessados, para as prestações futuras à sentença já prolatada, novo processo poderá avaliar a existência e/ou o valor da prestação, porque a coisa julgada é “*rebus sic stantibus*”, ou seja, operou-se em relação às prestações vencidas ao tempo da condenação. A obrigação de alimentos sofre influência do decurso do tempo, das necessidades e possibilidades diárias do alimentante e do alimentando, com alteração do binômio necessidade-

⁴¹⁹ Art. 966, § 4º. “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação nos termos da lei”.

possibilidade, pelo que modificável a causa de pedir.

g) as sentenças juridicamente inexistentes.⁴²⁰

2.7. Relações jurídicas de trato continuado e outros casos de novo julgamento

Nos termos do art. 505, “caput”, 1ª parte, do CPC/2015, “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”. Porém, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença (inciso I).

É o que sucede nas situações de julgamento com a cláusula “rebus sic stantibus”, v.g., na obrigação de alimentos. A sentença, chamada determinativa, baseando-se numa situação atual, tem sua eficácia projetada sobre o futuro. Como os fatos determinantes da sentença podem se modificar ou até

⁴²⁰ A sentença juridicamente inexistente é aquela que sequer pode ser chamada de sentença, por ter um defeito tão grave que a descaracteriza como tal, v.g., a sentença sem “decisum” (dispositivo) e com ausência de algum pressuposto processual de existência. Teresa Arruda Alvim Wambier dá por inexistente a sentença proferida em processo instaurado por meio de uma ação, quando faltante uma de suas condições. Nessa hipótese, terá sido exercido direito de petição, e não direito de ação. Considerando-se inexistente a ação, o mesmo se poderá dizer do processo e, por conseguinte, da sentença. Para a ação ser considerada juridicamente existente, deve preencher seus requisitos constitutivos (determinadas condições), caso contrário não terá havido propriamente direito de ação, mas um outro direito ligado à genérica garantia constitucional, qual seja, o direito de petição (*Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 463-465).

Contra, pois o vício se encontra no direito de ação, que nada interfere na existência da relação jurídica processual: “se a parte não tiver direito à sentença de mérito, mas esta tenha sido proferida em processo existente (no qual estão presentes todos os pressupostos processuais de existência), essa sentença existe e faz coisa julgada material. Para atacá-la, o prejudicado terá de ajuizar ação rescisória [...]” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 479).

mesmo desaparecer, a eficácia do julgado não será imutável e intangível.⁴²¹

Alterada ou extinguida a situação jurídica abrangida pela sentença, é necessária a modificação do decisório por meio de outra ação, cuja sentença terá natureza constitutiva em caso de procedência, com aptidão para transformar ou extinguir a relação jurídica até então vigente entre as partes.⁴²² Essa nova decisão terá seus efeitos projetados apenas sobre as prestações posteriores ao surgimento do novo quadro fático-jurídico justificador da ação revisional (“ex nunc”). Aqueles já consumados, anteriores à revisão judicial, permanecerão intactos, sob o manto da coisa julgada gerada pela sentença anterior.

Além das sentenças sobre as situações jurídicas continuativas, autoriza o art. 505, II, do CPC/2015, que o juiz decida novamente questões já resolvidas “nos demais casos prescritos em lei”, ou seja, quando a própria lei abrir oportunidade excepcional ao novo julgamento. Podem ser arrolados, *v.g.*, a correção de inexatidões materiais ou erros de cálculo (art. 494, I), os embargos declaratórios (art. 494, II), o juízo de retratação no agravo de instrumento (art. 1.018, § 1º) e em algumas hipóteses da apelação (arts. 485, § 7º; 332, § 3º; 331, “caput”).⁴²³

2.8. Coisa soberanamente julgada e coisa julgada de coisa julgada

⁴²¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento*. São Paulo: Verbatim, 2016, v. 2, p. 429.

⁴²² STJ, 2ª Turma, AgRg-REsp 1.193.456/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. 07/10/2010, p. 21/10/2010.

⁴²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1135-1136.

Diante da possibilidade de ação rescisória da sentença, há dois graus de coisa julgada: a coisa julgada e a coisa soberanamente julgada. A última tem vez quando e se escoado o prazo decadencial de propositura da rescisória (art. 975, do CPC/2015), ou quando julgada ela improcedente.⁴²⁴ Surge quando a decisão atingiu a preclusão máxima na ordem jurídica, representada não apenas pela preclusão recursal, mas também pela incidência da preclusão do direito de ação de invalidação da coisa julgada, que não mais estará à mercê de eventual demanda rescisória.⁴²⁵

Em sendo instituto processual de ordem pública, a parte não pode renunciar à coisa julgada, por isso cumpre ao réu argui-la como preliminar da contestação (art. 337, VII, do CPC/2015). Entretanto, eventual omissão não acarreta preclusão, autorizada a oposição da exceção em qualquer fase do processo e em qualquer grau de jurisdição. Admite-se até mesmo a decretação de ofício pelo juiz.

Concluído o acerto da controvérsia, a coisa julgada material estabelece a certeza jurídica em torno do decidido e vincula as partes e o juiz de maneira definitiva, impedindo-se o restabelecimento da mesma demanda no mesmo e em qualquer outro processo. Pela sua função negativa, exaure-se a ação exercida, o que exclui a possibilidade de sua repropositura; veda-se a mera rediscussão da matéria. Pela positiva, impõe “às partes obediência ao julgado como *norma indiscutível* de disciplina das relações extrajudiciais entre elas e

⁴²⁴ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 386.

⁴²⁵ Pela natureza decadencial do prazo previsto em lei porque, uma vez transcorrido, inviabiliza-se o direito de ação para invalidar a decisão transitada em julgado: PORTO, Sérgio Gilberto, *Coisa julgada civil*, cit., p. 138.

obriga a autoridade judiciária a ajustar-se a ela, nos pronunciamentos que a pressuponham e que a ela se devem coordenar”.⁴²⁶

Nessa toada, a ocorrência de prévia coisa julgada opera como um pressuposto processual negativo, ou seja, o processo somente pode se desenvolver validamente até o julgamento do mérito da causa se não houver a esse respeito decisão anterior transitada em julgado.⁴²⁷ Haverá ofensa à coisa julgada quer na hipótese de o novo pronunciamento ser conforme ao anterior, que na de ser desconforme: o vínculo que há impede o juiz de rejulgar a demanda. Também subsiste o vínculo

quando a lide submetida à apreciação judicial, não sendo idêntica à decidida em primeiro lugar, tenha solução *logicamente subordinada* à da outra: assim, por exemplo, declarada por sentença trânsita em julgado a existência da relação de filiação, que constituía no feito a questão principal, ofenderá a *res iudicata* a decisão que, em ação de alimentos, rejeite o pedido por entender inexistente a aludida relação.⁴²⁸

A procedência da exceção de “res iudicata” reclama a concorrência da tríplice identidade de partes, pedido e causa de pedir (art. 337, § 2º, do CPC/2015). Mesmo depois do encerramento do processo por sentença definitiva e esgotadas as possibilidades de recurso, ainda é admissível, durante 2 (dois) anos, a invalidação do decisório ofensivo à coisa julgada, por intermédio

⁴²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1125.

⁴²⁷ Quando constatada identidade entre a ação proposta e a julgada, cabe ao juiz, de ofício ou mediante exceção de coisa julgada, extinguir o processo sem resolução do mérito (art. 485, V e § 3º, do CPC/2015).

⁴²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 127. Prossegue o autor: “A recíproca não é verdadeira. Se a questão logicamente subordinante houver sido examinada *incidenter tantum*, a respectiva solução não ficará coberta pela *auctoritas rei iudicatae*, de sorte que a qualquer juiz será lícito, depois, apreciá-la e decidi-la livremente, em feito onde ela venha a constituir, por sua vez, a questão principal”.

da ação rescisória autorizada pelo art. 966, IV, do CPC/2015.⁴²⁹

Embora improvável, é possível coexistirem duas coisas julgadas de ações idênticas. Para uma corrente, é rescindível (e não nula) a nova sentença que infringiu a coisa julgada. Como não podem coexistir duas coisas julgadas a respeito de uma mesma demanda, enquanto não rescindida, deverá prevalecer a eficácia do segundo julgamento.⁴³⁰ De outro lado, Nelson Nery e Rosa Nery defendem que

prevalece a primeira, porque a segunda nem chegou a se formar ou, no mínimo, ofendeu a primeira coisa julgada, sendo inconstitucional (CF 1.º caput, e 5.º XXXVI) e ilegal (CPC 267, V, 301, VI, 471, 485, IV). A segunda coisa julgada não se formou porque não existiu ação, nem processo, nem sentença. A rigor não é necessário nem recorrer dessa sentença dada com ofensa à coisa julgada, nem ajuizar ação rescisória. A inexistência da “segunda” coisa julgada por ser arguida por ação (declaratória negativa) ou por exceção (defesa em processo em curso, a qualquer tempo e grau de jurisdição). Nada obstante sua inexistência, o sistema brasileiro admite a rescindibilidade dessa segunda coisa julgada

⁴²⁹ Para outra vertente, é possível o ajuizamento de ação declaratória de inexistência nesta hipótese, porque o autor não teria interesse processual (condição da ação) em obter uma segunda sentença de mérito sobre a mesma lide. Por isso, não existiria ação e, conseqüentemente, não haveria processo, sentença e coisa julgada (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 203).

Este entendimento foi acolhido em recente julgado do STJ: “[...]. 2. Controvérsia doutrinária acerca da existência da segunda sentença ou, caso existente, da natureza rescisória ou transrescisória do vício da coisa julgada. 3. Inexistência de interesse jurídico no ajuizamento da segunda demanda. Doutrina sobre o tema. 4. Inexistência de direito de ação e, por conseguinte, da sentença assim proferida. Doutrina sobre o tema. 5. Analogia com precedente específico desta Corte, em que se reconheceu a inexistência de sentença por falta de interesse jurídico, mesmo após o transcurso do prazo da ação rescisória (REsp 710.599/SP). 6. Cabimento da alegação de inexistência da segunda sentença na via da exceção de pré-executividade. 7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.” (STJ, 3ª Turma, REsp 1354225/RS, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24/02/2015, p. 05/03/2015).

⁴³⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., p. 833. Neste sentido: STJ, 2ª Turma, AgRg-AREsp 200.454/MG, rel. Min. Og Fernandes, j. 17/10/2013, p. 24/10/2013; STJ, 6ª Turma, AgRg-REsp 643.998/PE, rel. Celso Limongi, j. 15/12/2009, p. 01/02/2010; STJ, 2ª Turma, REsp 1524123/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 26/05/2015, p. 30/06/2015.

(CPC 485 IV).⁴³¹

Sérgio Rizzi aduz que, mesmo transcorrido o prazo decadencial de 2 (dois) anos, admite-se excepcionalmente o ajuizamento da ação rescisória, visto que a primeira decisão subsiste em relação à segunda por força constitucional, tornado sem efeito prático o prazo previsto na lei ordinária.⁴³²

Há ainda, no direito estrangeiro, quem entenda apropriado anular o procedimento (e a coisa julgada) que pareça mais incorreta (injusta ou ilegal), proferindo-se nova sentença; ou ainda que se promova a anulação de tudo, reiniciando-se a demanda.⁴³³

Outra situação interessante diz respeito ao fenômeno da coisa julgada superveniente, quando coexistem duas ações idênticas (com as mesmas partes, mesmo pedido e mesma causa de pedir), configurando-se a litispendência. Nesse caso, sobrevindo a coisa julgada em um dos processos, independentemente da ação em que efetivada a citação em primeiro lugar (art. 240, “caput”, do CPC/2015),⁴³⁴ os tribunais têm julgado extinta a outra demanda idêntica ainda não

⁴³¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 824. Na mesma linha: “[...] parece irrefutável o argumento de que o fato jurisdicional reiterante, ou seja, a nova decisão, por si só, ofendeu a coisa julgada que já havia e que, como tal, estava assegurada pela Constituição Federal (5º, XXXVI), sendo assim, pois, inválida pleno jure, eis que prevalece o comando constitucional sobre a norma ordinária (art. 495, CPC) que estabelece prazo para o manejo da ação rescisória. Desta forma, a única solução plausível para impedir violação à Constituição é a não incidência do prazo preclusivo do art. 495, na hipótese do inc. IV do art. 485 do CPC [art. 966, IV, do CPC/2015], quando houver conflito de decisões soberanamente julgadas”. (PORTO, Sérgio Gilberto, *Coisa julgada civil*, cit., p. 152). Neste sentido: STJ, 3ª Seção, AR 4297/CE, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23/09/2015, p. 29/09/2015.

⁴³² RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 135 e ss.

⁴³³ NIEVA-FENOLL, Jordi, *Coisa julgada*, cit., p. 303-305.

⁴³⁴ “Ao dizer a lei que a citação válida produz litispendência, está estabelecendo que todos os feitos com as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir posteriores deverão ser extintos porque são iguais ao processo que gerou a litispendência” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS

transitada em julgado.⁴³⁵

2.9. Coisa julgada material e institutos afins

2.9.1. Preclusão

Pelo art. 507, do CPC/2015, “é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”. É inegável a proximidade da coisa julgada com a preclusão, visto que os dois institutos impossibilitam a rediscussão do decidido, havendo quem a equipare com a coisa julgada formal.⁴³⁶ Porém, são dois fenômenos diversos na perspectiva da decisão irrecorrível, pois a preclusão representa,

subjetivamente, a perda de uma faculdade processual e, objetivamente, um fato impeditivo; a coisa julgada formal é a qualidade da decisão, ou seja, sua imutabilidade, dentro do

NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 546).

⁴³⁵ TJSP, 16ª Câmara de Direito Público, Apelação 9133246-27.2009.8.26.0000, rel. Des. Valter Alexandre Mena, j. 26/11/2013, p. 28/11/2013; TJ-SP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação 0003871-06.2012.8.26.0297, rel. Des. Marcia Dalla Déa Barone, j. 23/01/2015, p. 23/01/2015; TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Apelação 990101947412, rel. Des. Dimas Rubens Fonseca, j. 20/07/2010, p. 29/07/2010; TJSP, 24ª Câmara de Direito Privado, Apelação 1168895200, rel. Des. Antonio Ribeiro, j. 22/01/2009, p. 03/03/2009.

⁴³⁶ “Essa imutabilidade da decisão judicial, no processo em que foi proferida, decorrente da falta de iniciativa recursal da parte, de sua iniciativa tardia, da utilização de alguns recursos suscetíveis de impugnar a decisão e da renúncia de outros, ou ainda, da exaustão dos recursos disponíveis, denomina-se coisa julgada formal, ou mais acertadamente, preclusão” (BERMUDES, Sergio, *Introdução ao processo civil*, cit., p. 95).

processo. Trata-se, assim, de institutos diversos, embora ligados entre si por uma relação lógica de antecedente-consequente.⁴³⁷

Pela doutrina de Chiovenda, ainda de grande relevância, a preclusão “vem a ser a perda, ou extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício”.⁴³⁸ Para Liebman, consiste na “*perda ou extinção do direito de realizar um ato processual*”, a fim de possibilitar o andamento ordenado e coerente do processo.⁴³⁹

As decisões interlocutórias, em regra, não se submetem ao fenômeno da coisa julgada material. Todavia, incide a preclusão, com consequências semelhantes às da coisa julgada formal, por uma aspiração de certeza e segurança. Essas questões incidentalmente discutidas e decididas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, serem tratadas novamente em fases posteriores do processo.⁴⁴⁰

O processo é um caminhar para frente, uma sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez. Sem uma ordenação temporal desses atos e sem um limite de tempo para que as partes os pratiquem, o processo se

⁴³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. In: LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 68.

⁴³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 449.

⁴³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 302.

⁴⁴⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 528-529. A preclusão só afeta direitos ou interesses das partes, razão pela qual não é afeita aos despachos, destituídos de conteúdo decisório.

transformaria numa rixa infundável.⁴⁴¹

Quando a parte não se conformar com a decisão interlocutória proferida, deve se insurgir por meio do agravo de instrumento (com hipóteses previstas em rol taxativo, à luz do art. 1.015, do CPC/2015) ou em preliminar de apelação (art. 1.009, § 1º, do CPC/2015). Não interposto o recurso (ou fora o prazo) ou rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito, no mesmo processo, nova discussão sobre a questão.⁴⁴²

Por ser fenômeno processual vinculado às partes, não atinge direitos de terceiros e nem repercute para as próprias partes em outros processos, onde a mesma questão venha a ser incidentalmente tratada, mas a propósito de lide diferente. Classifica-se em temporal, lógica e consumativa, a saber:

a) preclusão temporal: decorrido o prazo, extingue-se o direito de a parte praticar ou emendar o ato processual, independentemente de declaração judicial (art. 223, do CPC/2015). O processo se desenvolve no tempo e seus atos devem ser realizados de forma célere, no momento oportuno, conciliando-se a presteza com a segurança, pois a garantia do melhor julgamento possível emergirá do equilíbrio entre o princípio da segurança jurídica (que exige um lapso temporal razoável para a tramitação do processo – “tempo fisiológico”) e da efetividade, pelo qual o momento da decisão final não deve ser procrastinado mais do que o necessário (“tempo patológico”).⁴⁴³

⁴⁴¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 106-107.

⁴⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1130.

⁴⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997, p. 324.

Assim, a possibilidade de a parte praticar atos se subordina a prazos peremptórios. Esta espécie preclusiva se apresenta como um dos efeitos da inércia da parte. Importante destacar que ela é destinada apenas às partes, pois os prazos para a prática de atos do juiz são “impróprios”, ou seja, quando ultrapassados não acarretam a perda do poder de realizá-los tardiamente. Em matéria probatória, *v.g.*, o juiz pode ordenar a sua produção, embora as partes já tenham incorrido em preclusão a seu respeito.

b) preclusão lógica: advém da incompatibilidade entre o ato praticado com outro, que também se queria praticar, ou ainda, quando a parte pretende praticar um ato contrário ao que praticou anteriormente. Assim, *v.g.*, quem aceitou uma sentença, expressa ou tacitamente, não pode interpor recurso contra ela (art. 1.000, do CPC/2015); impraticável também que a parte se arrependa do acordo formulado e apele da sentença homologatória.⁴⁴⁴

A preclusão lógica é manifestação de boa-fé processual (art. 5º, do CPC/2015), impeditiva do “*venire contra factum proprium*” (vedação ao comportamento contraditório), que atinge as partes e o próprio julgador. Inadmissível que o juiz indefira a produção de prova testemunhal porque determinado fato está provado por documento e, por ocasião da sentença, julgue o pedido improcedente por insuficiência de provas.

c) preclusão consumativa: já realizado um determinado ato, não importa se com bom ou mau êxito, não é possível tornar a realizá-lo ou complementá-lo.⁴⁴⁵ Incide quando “a parte perde a possibilidade de praticar

⁴⁴⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 530.

⁴⁴⁵ O exemplo clássico é de um recurso cabível, mas incompletamente elaborado antes de seu termo

determinado ato, se anteriormente houver praticado algum outro com ele incompatível”,⁴⁴⁶ isto é, um fato ou ato implica na impossibilidade de atos processuais.

Pelo art. 505, do CPC/2015, “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”. Somente pelas vias recursais próprias (no devido tempo e na forma da lei) que se pode provocar a revisão e a reforma das decisões judiciais. Quando o juiz enfrenta uma questão incidental e a soluciona por meio de decisão interlocutória, por força deste dispositivo, encontra-se formada, também para o órgão judicial, a preclusão “pro iudicato”, como retrato da preclusão consumativa, de modo a impedi-lo de reexaminar a mesma questão fora das vias recursais. Esse fenômeno não se verifica quando for afastado por regra legal extraordinária, como se dá, *v.g.*, com a análise das condições da ação e dos pressupostos processuais (art. 485, § 3º, do CPC/2015).⁴⁴⁷

A preclusão não incide sobre questões ou matérias que envolvam a ordem pública, porque não relacionadas com a disponibilidade do direito ou de uma faculdade processual. Autoriza-se o conhecimento oficiosamente porque sobressai o interesse público no desempenho da jurisdição. É o que se passa em face das condições da ação e dos pressupostos processuais, requisitos de legitimação da própria função jurisdicional.

Para resumir, a preclusão induz uma estabilidade endoprocessual, que se produz apenas internamente ao processo no qual formada, nos termos do

final. A faculdade foi exercitada e consumada, pouco importando a má utilização (o mau conteúdo) do meio impugnativo, de sorte que preclusa restaria a possibilidade de novamente recorrer.

⁴⁴⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça, *Preclusão processual civil*, cit., p. 148.

⁴⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 1135.

art. 507, do CPC/2015. Já a coisa julgada material acarreta uma estabilidade exoprocessual, projetada para fora do processo em que surge.⁴⁴⁸

2.9.2. Coisa julgada formal

Com a publicação, a sentença se torna irretratável para o julgador que a prolatou (art. 494, do CPC/2015). Contudo, o vencido pode impugná-la, pedindo o reexame do julgado, o que se faz pelo recurso. Vencido o prazo recursal ou decididos todos os recursos interpostos, sem possibilidade de novas impugnações dentro da mesma relação jurídica processual, a sentença adquire definitividade e imutabilidade.

Pendente recurso a ser julgado, ou na fluência de seu prazo, a sentença é mero ato judicial tendente a traduzir a vontade da lei diante do caso concreto. Apenas pelo esgotamento dos prazos de recursos é que a sentença, de simples ato do magistrado, passará a ser reconhecida pela ordem jurídica como a emanção da vontade da lei. Enquanto sujeita a recurso, não passa de uma situação jurídica (art. 502, “in fine”, do CPC/2015).⁴⁴⁹

A diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno, já que ambas decorrem da impossibilidade de

⁴⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 303.

⁴⁴⁹ A interposição do recurso adia, retarda a formação da coisa julgada material. Não impede, contudo, que o ato impugnado produza seus efeitos, caso não atribuído efeito suspensivo pela lei ou pelo juiz. O efeito suspensivo se destina a provocar a suspensão da imediata executividade da decisão impugnada, de modo a só lhe dar cumprimento após o julgamento do recurso (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 204-206).

interposição de recurso contra a sentença. A coisa julgada formal opera quando se esgotam (ou se renunciaram) as possibilidades de alteração da sentença dentro de um processo, isto é, na ocasião em que transita em julgado. A expressão “trânsito em julgado”, embora indique uma situação de movimento, quer significar o contrário, a cristalização do julgado, uma condição de “intransitabilidade”, ou seja, um atributo daquilo que não mais transita, não vai mais para frente ou para trás.⁴⁵⁰

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida (pela impossibilidade de interposição de recursos por falta de previsão legal, pelo esgotamento do prazo recursal, pela desistência ou renúncia à sua interposição).⁴⁵¹ É consequência inexorável do trânsito em julgado de qualquer sentença, seja ela com ou sem resolução de mérito. Tanto as sentenças terminativas (as quais não procedem exame de mérito), quanto as definitivas (que procedem o exame do mérito) atingem o estado de coisa julgada formal, pois qualquer uma delas pode se tornar indiscutível e, conseqüentemente, imodificável no processo em que originadas.

A sentença terminativa (art. 485, do CPC/2015), que não resolve o mérito da causa, produz tão somente efeitos endoprocessuais, no interior do processo, impossibilitando o prolongamento da discussão na mesma relação jurídica processual. Quando imutável a decisão, esgota-se a função jurisdicional

⁴⁵⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 427.

⁴⁵¹ Forma-se a “coisa julgada formal a partir do instante em que contra ela ‘já não caiba recurso’. Se se tratar de sentença terminativa, nisso se exaure a eficácia que pode adquirir; se se tratar de sentença definitiva, concomitantemente com a irrecorribilidade, advém um *plus*, que é a imutabilidade exclusivamente peculiar ao pronunciamento que acolhe ou rejeita o pedido do autor: a sentença de mérito (ARAGÃO, Egas Moniz de, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 218).

pela entrega do pronunciamento a que estava obrigado o Estado. Esse aspecto possui feição e função puramente técnico-processual.⁴⁵²

Em alguns casos expressamente previstos na lei, embora terminativa a sentença, não será possível nova propositura da mesma demanda, salvo se corrigido o vício que gerou a extinção do processo, consoante dispõe o art. 486, § 1º, do CPC/2015.⁴⁵³

A sentença definitiva (art. 487, do CPC/2015) transitada em julgado repercute sobre a própria relação de direito material controvertida, na vida das pessoas, imunizando os efeitos substanciais da sentença. Ao propagar seus efeitos para fora do processo, impede as partes de renovarem a discussão em outras demandas (efeito negativo da coisa julgada).

Toda sentença tem aptidão para operar coisa julgada formal e adquirir imutabilidade no processo em que proferida. Ela atua dentro do processo, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido em outra demanda. Nas sentenças meramente terminativas (art. 485, do CPC/2015) se apresenta isoladamente, posto que não resolvem o litígio.

Já a coisa julgada material veda o reexame da “res in iudicium deducta”, porque já definitivamente apreciada e julgada, no mesmo e em qualquer outro processo. Embora não se confunda, pressupõe a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, necessariamente,

⁴⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 297.

⁴⁵³ É o que se dá quando extinto o processo por indeferimento da petição inicial, falta de pressuposto processual, carência da ação (ilegitimidade de parte ou falta de interesse de agir), existência de convenção de arbitragem ou de decisão de tribunal arbitral reconhecendo a sua competência (art. 485, incisos I, IV, VI, VII, do CPC/2015).

passar em julgado formalmente. E a recíproca não é verdadeira.

2.9.3. *Eficácia preclusiva da coisa julgada*

A eficácia preclusiva ou prospectiva da coisa julgada (“*tantum judicatum quantum disputatum vel quantum disputari debebat*”) consiste na “aptidão, que a própria autoridade da coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela”.⁴⁵⁴

Embora o art. 503, do CPC/2015, limite a força da “*res iudicata*” à lide e às questões principais expressamente decididas, para o Código, com o trânsito em julgado da decisão de mérito, “considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido” (art. 508). Trata-se de uma decorrência do princípio da eventualidade a impedir que a parte, após a formação da coisa julgada, volte ao Judiciário para lançar mão de novos argumentos não utilizados anteriormente, quando idênticas as partes, o pedido e a causa de pedir, com a finalidade de alterar ou infirmar a “*res iudicata*” já formada.⁴⁵⁵

A coisa julgada material abrange o deduzido e o deduzível tanto ao pedido do autor, que não pode renovar o pedido anteriormente rejeitado com novas alegações, quanto à defesa do réu, proibido de reabrir o debate para obter a

⁴⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 316.

⁴⁵⁵ ARAGÃO, Egas Moniz de, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 325.

rejeição do pedido com defesa diversa da antes manifestada.⁴⁵⁶ A preclusão das questões logicamente subordinantes apenas prevalece quando a lide seja igual à outra já decidida, ou tenha solução dependente da que se deu à lide anterior. Fora disso, 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.⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸

As questões implicitamente resolvidas não se confundem com pedidos não formulados pela parte ou não apreciados pelo juiz, no processo já encerrado. A aplicação da regra do art. 508 exige a comparação não entre as diversas pretensões formuladas nos dois processos, mas sim entre as decisões de mérito, porque só elas transitam em julgado.⁴⁵⁹

Além disso, o efeito preclusivo da coisa julgada não age quando a parte renova o mesmo pedido do processo anterior com base em outra causa de pedir, a qual consiste naquele

⁴⁵⁶ MARQUES, José Frederico, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 4, p. 371.

⁴⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 102.

⁴⁵⁸ A eficácia preclusiva justifica a impossibilidade de o assistente rediscutir a justiça da decisão nos casos em que interviu. O assistente, mesmo intervindo no processo, não recebe a autoridade da coisa julgada material, “mas os fundamentos da sentença e mesmo a conclusão desta não mais poderão ser postos em discussão por ele, dado que participou do contraditório. Caso o assistente venha depois ser parte em outra causa para cuja decisão seja relevante o que naquele processo se decidiu (prejudicialidade), ali o juiz tomará por premissa indiscutível a existência ou inexistência do direito, então declarada. A proibição de discutir a justiça da decisão, é que a eficácia preclusiva da coisa julgada, em projeção sobre o assistente” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 327).

⁴⁵⁹ Em uma cumulação de pedidos, caso o juiz não julgue algum ou alguns deles, por não existir a figura do julgamento implícito sobre pedido não examinado, a coisa julgada só se estabelecerá sobre a questão efetivamente decidida. Quanto pedido não apreciado na sentença, é direito da parte renová-lo em outra demanda.

fato ou conjunto de fatos (causa de pedir composta) significativo, por si só, de uma determinada consequência jurídica no mundo do direito. Os motivos, as razões, os argumentos (as “alegações” e as “defesas”) que sustentam a causa de pedir (ou as causas de pedir) não se confundem com elas próprias.⁴⁶⁰

As “alegações” e “defesas” omitidas, citadas pelo art. 508, do CPC/2015, são os argumentos ou fatos pertinentes à “causa petendi” do caso julgado, mas não aquelas capazes de configurar diversa causa de pedir. Nessa mesma ordem de ideias,

o princípio do “dedutível e do deduzido” significa que tudo o que as partes poderiam ter alegado (tudo o que seria dedutível), como objetivo de chegar ao que almejam (a procedência do pedido, para o autor; a improcedência do pedido, para o réu), se presume como tendo sido efetivamente alegado (deduzido), ainda que não o tenha sido.

Esta regra torna relevante que se distingam causa de pedir de meros argumentos que giram em torno do pedido. Assim, se A intentar ação indenizatória em face de B, por acidente de veículos, alegando que o veículo de B, por este dirigido, colidiu com o seu (de A), porque B estava bêbado e em excesso de velocidade e perder a ação, não pode propor posteriormente ação contra B alegando, agora, que chovia, por ocasião do acidente, que o carro de B estava com revisão por fazer e com pneus “carecas”. Isto porque não se estará, aqui, diante de outra causa de pedir, mas de argumentos que gravitam em torno da mesma causa de pedir: conduta culposa de B. Portanto, todos aqueles argumentos se reputam como tendo sido utilizados, embora não o tenham sido, efetivamente.

Situação diferente ocorre se a ação posterior for movida com base em outra causa de pedir. Como se sabe, em nosso sistema, se diz que a causa de pedir qualifica o pedido, e, portanto, neste caso,

⁴⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 430. A essa corrente restritiva da eficácia preclusiva da coisa julgada – segundo a qual alterada a causa de pedir pelas novas alegações, há nova demanda que permite o ajuizamento de outra ação sob novos fundamentos – contrapõe-se a corrente ampliativa, pela qual o autor assume o ônus de não apresentar em juízo todas as causas que justifiquem sua pretensão, a qual é defendida por Araken de Assis (*Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001, p. 229).

sendo diferente a segunda causa de pedir, a segunda ação será outra ação.⁴⁶¹

Em resumo, a exceção de coisa julgada – e sua eficácia preclusiva – só prospera quando o novo processo reproduzir o anterior, ou seja, tratar de lide idêntica – mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido (art. 337, § 2º, do CPC/2015). Os argumentos que não alterarem a causa de pedir apenas podem ser levados em consideração antes da formação da coisa julgada; posteriormente incidirá a preclusão temporal da faculdade para deduzi-los. Todavia, caso os fatos (ou circunstâncias) não alegados veiculem uma causa de pedir autônoma, ainda que em ação posterior com as mesmas partes, afastar-se-á a regra do art. 508, do CPC/2015.⁴⁶²

Qualquer novo debate judicial em novos processos, acerca de outros litígios entre as mesmas partes, não pode vir a desconhecer ou diminuir o bem ou a situação jurídica material reconhecida à parte no julgamento anterior. O resultado do segundo processo nunca poderá questionar o resultado do anterior, isto é, o bem reconhecido no precedente julgado.

2.9.4. Estabilização da tutela antecipada

O CPC/2015 inovou ao criar a estabilização da tutela antecipada,

⁴⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 115-116. O mesmo ocorre se o pedido de despejo rejeitado tinha fundamento na falta de pagamento dos aluguéis. Nada obsta que o locador ajuíze nova ação com o mesmo pedido lastreado, v.g., na violação de contrato por destinação do prédio a fim diverso do autorizado pelo contrato, ou por não ter sido renovada a fiança extinta, ou, ainda, por se achar vencido o prazo contratual.

⁴⁶² STJ, 1ª Turma, REsp 795.724/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 01/03/2007, p. 15/03/2007.

fenômeno que não se confunde com a preclusão e nem mesmo com a coisa julgada, mas também relacionado com a estabilidade do ato jurisdicional.

Traçando um quadro comparativo entre a França e a Itália, afirmou-se que a concessão da tutela de urgência tende a assegurar aos interessados “de direito ou ao menos de fato, o gozo definitivo do benefício pleiteado. Isto é: a solução em princípio simplesmente *provisória* do litígio adquire estabilidade equiparável àquela que teria a solução final”.⁴⁶³ No Brasil, há muito que se noticiava a existência de processos sumarizados não cautelares, que pela sua natureza eminentemente satisfativa, dispensavam o ajuizamento de um processo posterior.⁴⁶⁴

No atual Código, a tutela satisfativa liminarmente concedida é apta a se tornar *perene*, independentemente da continuidade do procedimento.⁴⁶⁵ Pela literalidade do texto, apenas a tutela antecipada antecedente é passível de estabilização.⁴⁶⁶ Não se amolda a estabilização à tutela cautelar, embora a técnica

⁴⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99.

O art. 363 do Código de Processo Civil português (2013) também prevê uma técnica de sumarização do procedimento, com alguma similitude com o modelo brasileiro: “se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar convicção segura acerca da existência do direito acautelado e se a natureza da providência for decretada for adequada a realizar a composição definitiva, o juiz pode dispensar o requerente do ônus de proposição da ação principal”.

⁴⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 146.

⁴⁶⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 639.

⁴⁶⁶ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 606.

Contra, pois nada justifica o tratamento diferenciado entre a tutela antecedente e a incidental: THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, v. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Também contra, estendendo a estabilização para a tutela da evidência: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015, p. 219-220; MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 522.

devesse ser observada para os casos limítrofes, em que há dúvida objetiva em relação à natureza da medida, como sucede com a sustação de protesto.⁴⁶⁷ Portanto, ainda que não tenha sido esse o objetivo do legislador, remanesce a importância da diferenciação entre tutela antecipada e tutela cautelar.⁴⁶⁸

Em face da urgência, pode o autor elaborar petição inicial simplificada para requerer unicamente a tutela antecipada, limitando-se a indicar “o pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo” (art. 303, “caput”). A inicial deve trazer o valor da causa, levando em consideração o pedido de tutela final pretendida, recolhendo-se as custas correspondentes (§ 4º). Para não haver dúvida alguma, cabe ao autor indicar expressamente na inicial que “pretende valer-se do benefício previsto no *caput* deste artigo” (§ 5º). Por assim dizer, “a inicial “deverá fazer menção expressa de que, dada a urgência da situação, formula-se tão somente pedido de tutela antecipada, de forma que, uma vez concedida a tutela provisória pretendida, deverá ser aditada nos termos do § 1º”.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ ASSIS, Carlos Augusto de. A antecipação de tutela e sua estabilização. Novas perspectivas. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al* (Coord.). *Tutela provisória ao novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

⁴⁶⁸ “A necessidade de diferenciar tutelas antecipadas das cautelares ainda remanesce no sistema do novo CPC, principalmente porque não foi adotado um regime único para ambas, sendo que somente no caso das tutelas antecipadas há a previsão da estabilização quando se tratar de concessão de forma antecedente, que reste irrecorrida pelo réu. Imagine-se, assim, que a parte tenha requerido tutela cautelar antecedente e o juiz entenda tratar-se de tutela antecipada, concedendo-a desta forma. O réu é citado e intimado e não recorre porque não vislumbra a estabilização, uma vez que consta que o pedido foi feito de forma cautelar pelo autor. Como não apresenta recurso, o juiz entende que a medida se estabilizou. Então, percebe-se que a diferenciação, entre ambas, ainda se revela essencial, principalmente quando se fala em estabilização” (AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no novo CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al* (Coord.). *Tutela provisória ao novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 57.

⁴⁶⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., 216.

Nesse panorama, difícil imaginar a concessão “ex officio” da medida urgente em caráter antecedente.⁴⁷⁰

Concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a exordial, podendo complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final, no prazo de 15 (quinze) dias, ou em outro prazo maior a ser fixado pelo juiz (art. 303, § 1º, I). O aditamento será feito nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais, que já devem ter sido recolhidas (§ 4º). O réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação. Em não havendo autocomposição, “o prazo para contestação será contado na forma do art. 335” (art. 303, § 1º, II, III).⁴⁷¹

Nos termos do § 6º, caso o juiz entenda que não há elementos para a concessão da tutela antecipada, não deverá indeferi-la de plano, mas determinar a emenda da petição em até 5 (cinco) dias. Se o autor permanecer silente, a inicial será indeferida e o processo extinto sem resolução do mérito.

Em suma, quando o pedido de tutela antecipada é acolhido liminarmente, cabe ao autor apenas complementar o conteúdo da petição simplificada para preencher os requisitos da petição inicial. Mas se o juiz indeferir a medida, deve o autor emendar a inicial, corrigindo a estrutura da petição inicial à forma do art. 319, do CPC/2015, para então se seguir o procedimento comum

⁴⁷⁰ Contra a concessão de ofício, para evitar uma decisão que surpreenda o próprio autor: CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. Antecipação de tutela “ex officio”. In: BUENO, Cassio Scarpinella et al (Coord.). *Tutela provisória ao novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 118-120.

Favorável à atuação oficiosa do juiz, ainda sob a égide do CPC/1973, para evitar o perecimento do direito da parte: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 384.

⁴⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 658.

ao invés do diferenciado que autoriza a estabilização da tutela antecipada.⁴⁷²

Nos termos do art. 304, a decisão concessiva da tutela de urgência satisfativa antecedente se estabiliza quando não interposto o recurso de agravo de instrumento (“caput”), o que vem sendo relativizado pela doutrina.⁴⁷³ Essa estabilidade é efeito do próprio procedimento e independe de requerimento do autor. Permanece eficaz e só pode ser afastada por eventual decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em processo autônomo a ser ajuizado no prazo de 2 (dois) anos contados da ciência da decisão que extinguiu a ação na qual a tutela antecipada foi deferida (art. 304, § 5º).⁴⁷⁴

No novo sistema criado, pode-se dispensar um processo principal quando as partes se contentarem com a situação fática que se estabilizou, ou seja, abdicarem da discussão sobre o mérito na ausência de recurso do réu (agravo de instrumento) e de aditamento por parte do autor (arts. 303, § 1º, I, § 2º e 304, “caput”, § 1º).⁴⁷⁵ Deferida a tutela antecipada antecedente e não havendo recurso,

⁴⁷² OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 643.

⁴⁷³ Qualquer oposição do demandado, v.g., contestação, reconvenção, é capaz de evitar a estabilização (RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015, p. 220). Para outro setor, basta o requerimento de designação de audiência no prazo do agravo para evitar a estabilização: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, cit., p. 216. Defende a interpretação literal do texto: ABELHA, Marcelo, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 412.

⁴⁷⁴ Entende-se que qualquer das partes é legitimada para postular provimento jurisdicional fundado em cognição exauriente: o réu para reformar ou invalidar a decisão; o autor para confirmá-la e obter a coisa julgada material: MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 525. Contudo, o autor do anterior pedido de tutela antecipada não tem interesse de agir para requerer a revisão ou invalidação da decisão que lhe favorece (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., p. 897).

⁴⁷⁵ MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 524. Contra, dizendo que não aditado o pedido inicial, mesmo não havendo recurso, cessa a eficácia da tutela e não haverá estabilização: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., p. 220. Portanto, é preciso definir qual inércia prevalece, se a do autor que não adita ou a do réu que não

essa relativa estabilidade da decisão conduzirá à extinção do processo,⁴⁷⁶ permanecendo eficaz a decisão antecipatória da tutela até que, em uma eventual demanda autônoma destinada à sua revisão, reforma ou invalidação, venha ela a ser afastada. Enquanto não proposta e julgada, a decisão estável produzirá todos os seus efeitos.

O prazo de 2 (dois) anos previsto em lei tem natureza decadencial, não se admitindo qualquer suspensão ou interrupção. Como a decisão estabilizada não faz coisa julgada, posto que incompatível com a cognição sumária, incabível ajuizamento de ação rescisória após o decurso desse lapso temporal.⁴⁷⁷ O provimento é provisório porque passível de confirmação, ou não, em outra demanda com cognição exauriente; é estável porque tem ultratividade, ou seja, produz efeitos sem limite temporal.⁴⁷⁸

impugna a tutela concedida.

⁴⁷⁶ “O CPC/2015 não deixa claro se há, ou não, resolução de mérito nessa extinção. Por um lado, a extinção sem resolução de mérito importaria, via de regra, a cessação da medida concedida – como ocorre no caso do não aditamento da petição por parte do autor (art. 303, § 1º, I). Note-se que, quando da análise da tutela antecedente, a petição inicial ainda não terá sido aditada, e não se pode dizer que há “mérito” analisado, pois sequer *lide* existe. No entanto, no momento da extinção e consequente estabilização pela não apresentação de recurso, o autor já terá aditado – do contrário o processo teria sido extinto sem julgamento de mérito. Já existem, nesse momento, pedidos, embora o pronunciamento que vier a se estabilizar não se terá debruçado sobre eles, tão somente falando a respeito do requerimento de urgência. Por ora, embora parte da doutrina já se tenha posicionado dizendo haver resolução de mérito, talvez seja cedo demais para concluir no mesmo sentido” (ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2015, p. 184).

⁴⁷⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., p. 222. Na mesma linha, dizendo que a estabilidade se fortalecerá: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al* (Coord.). *Tutela provisória ao novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 26-207. Contra, aduzindo que vencido o prazo de 2 (dois) anos, há coisa julgada material: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 648; REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo on-line*, v. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 13-14.

⁴⁷⁸ MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 525.

Omisso o Código sobre o ônus probatório na ação prevista pelo art. 304, § 6º. Alguns sustentam que o ônus da prova cabe ao autor da ação de modificação (seja ele o autor ou o réu da ação antecedente), enquanto outros estudiosos defendem que o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos permanece com o autor da ação originária, mesmo que ele venha a ser o réu da ação de modificação.⁴⁷⁹

Discute-se na doutrina a possibilidade do ajuizamento de uma outra ação, após o biênio legal, em cognição exauriente, para discutir o mesmo bem da vida, com repercussão na tutela antecipada estabilizada, pela ausência de coisa julgada. O exemplo dado é o que segue: em ação para obrigar uma fábrica a instalar um filtro para tratar os resíduos jogados no rio em razão da sua atividade, é concedida a tutela de urgência satisfativa para determinar a instalação e a manutenção do filtro adequado. Vez que somente a tutela antecipada para instalar o filtro se estabilizou, nada impediria que a mesma fábrica vá a juízo para, em cognição exauriente, obter provimento preponderantemente declaratório, mediante prova pericial inclusive, de que o resíduo jogado no rio não é poluente. Caso seja julgada procedente, haverá inegável repercussão sobre a tutela estabilizada, mesmo após o decurso do prazo de 2 (dois) anos.⁴⁸⁰ Outra situação: estabiliza-se uma tutela antecipada antecedente determinando o pagamento de alimentos ao autor pelo seu suposto pai, o réu. Como se estabilizou apenas a ordem de pagar alimentos, não há comando judicial afirmando a existência da

⁴⁷⁹ Sobre a discussão: ASSIS, Carlos Augusto de, *A antecipação de tutela e sua estabilização*, cit., p. 39.

⁴⁸⁰ A favor, pois “o prazo de dois anos encerra a possibilidade de se ajuizar uma ação que reabra a discussão do processo extinto, *nos exatos limites e contornos da lide originária* na qual se deferiu a antecipação de tutela”, ou seja, havendo modificação não existe óbice legal: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, *Tutela provisória*, cit., p. 222.

Contra: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.), *Breves comentários ao Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 790.

relação de filiação. Destarte, possível a qualquer das partes querer discutir a relação jurídica de filiação em outra demanda, em cognição exauriente e com DNA.⁴⁸¹

Inviável a adoção da técnica diferenciada nos seguintes casos: quando o réu do feito sumarizado for citado por edital ou por hora certa, pois não comparecerá o demandado ao processo (será nomeado curador especial), se for incapaz sem representante legal (ou com interesses colidentes) ou se estiver preso; quando a causa versar sobre direitos indisponíveis (o pressuposto da disponibilidade da defesa é ínsito à estabilização da tutela) ou for o caso de situação na qual, ainda que inexistente contestação, impede-se a produção do efeito material da revelia; quando o pedido antecedente se referir à tutela declaratória ou constitutiva, para as quais se entende, majoritariamente, que não cabe a técnica da antecipação de efeitos.⁴⁸² É controvertida na doutrina a adoção da técnica em face da Fazenda Pública.⁴⁸³

⁴⁸¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., p. 896.

⁴⁸² REDONDO, Bruno Garcia, Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente, cit., p. 5.

Em relação aos tipos de tutela, na lição de Arruda Alvim, “ninguém pode, por exemplo, estar ‘apenas provisoriamente divorciado’. A utilidade maior do novo instrumento será, sem dúvida, nos pedidos prestacionais, de entrega de coisa certa, e de obrigação de fazer ou de não fazer” (*Novo contencioso cível no CPC/2015*, cit., p. 186).

⁴⁸³ Sobre os processos urgentes preparatórios movidos em face da Fazenda Pública, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, embora reconheçam o cabimento da ação monitória (Súmula 339 do STJ) – e a estabilização da tutela consagra uma técnica monitorização do procedimento –, o CPC/2015 dizima o principal efeito monitório: a imediata formação de título executivo. Isto porque, se não houver embargos ao mandado, haverá reexame necessário (art. 701, § 4º), que é uma condição de eficácia da sentença. Caberá ao Tribunal rever, de ofício, a decisão concessiva da tutela monitória. E se é assim na ação monitória, dizem que é muito difícil (se não inviável), reconhecer a incidência do efeito monitório no caso da falta de recurso da Fazenda Pública contra a tutela antecipada antecedente. Além do mais, sendo indisponível o caráter do direito discutido, não haveria possibilidade de estabilização (*Curso avançado de processo civil*, cit., p. 892-893).

O posicionamento não é unânime, havendo quem defenda a concessão da tutela da evidência em face da Fazenda Pública, máxime porque é baixa a probabilidade de reversão da medida: BUENO, Cassio Scarpinella. Tutela provisória contra o Poder Público no CPC de 2015. In: BUENO, Cassio Scarpinella et al (Coord.). *Tutela provisória ao novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do*

Havendo litisconsórcio passivo no processo urgente, a insurgência apresentada por um dos réus aproveitará àqueles que não se opuseram caso os fundamentos apresentados não digam respeito exclusivamente ao impugnante. Nesta hipótese, a tutela urgente não se estabilizará em face dos réus que permaneceram inertes, em interpretação sistemática com os arts. 919, § 4º, e 1.005, do CPC/2015. Além disso, existindo cumulação de comandos concessivos de medidas urgentes, somente os efetivamente impugnados não se estabilizarão.⁴⁸⁴

Para arrematar, possível traçar as seguintes semelhanças e diferenças entre a estabilização da tutela e a coisa julgada material:⁴⁸⁵ a tutela estabilizada opera coisa julgada formal porque necessário o ajuizamento de outra demanda para questionar a decisão antecipatória, sendo inadmissível modificá-la no mesmo processo; incide a função negativa da coisa julgada, pois se impede a propositura de ação idêntica àquela na qual a tutela provisória foi concedida; não se observa a função positiva da “res iudicata”, pois a tutela estabilizada não contém declaração sobre a existência ou inexistência de um direito (apenas antecipa os efeitos do processo), além de que o próprio sistema

CPC/1973 ao CPC/2015. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67-68. Neste sentido, o enunciado 35 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “As vedações às concessões de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência”.

Especificamente sobre a remessa obrigatória, contra a sua aplicação à tutela de urgência porque sequer há sentença: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al* (Coord.). *Tutela provisória ao novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 416-417.

⁴⁸⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., p. 892-893.

⁴⁸⁵ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Estabilização da tutela antecipada e coisa julgada*, cit., p. 205-207.

prevê outra ação para reformá-la mediante cognição exauriente (art. 304, §§ 2º, 6º, do CPC/2015); não há eficácia preclusiva da coisa julgada, posto que a lei não a estendeu para a tutela estabilizada e porque qualquer das partes pode promover ação com o objetivo de rever, reformar ou invalidar a tutela, ou seja, é possível a propositura de ações incompatíveis com a decisão antecipatória estabilizada.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ “A estabilidade do art. 304, § 1º, do CPC/2015, em verdade, não tem a mesma natureza jurídica da coisa julgada material. Esta é a imutabilidade sobre o comando da decisão judicial; aquela é uma preclusão sobre a eficácia. A estabilização é mais próxima da preclusão *pro iudicato* do que da coisa julgada material, inclusive, pois a coisa julgada ostenta efeitos negativos (impedir a rediscussão do que foi decidido) e positivos (obrigar a observância no futuro, em outros processos). A tutela estabilizada não parece ter essa feição positiva” (ALVIM, Arruda, *Novo contencioso cível no CPC/2015*, cit, p. 189).

3. A DISCUSSÃO SOBRE A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Até aqui a coisa julgada foi definida como instituto processual a serviço do postulado da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF/88), demonstrada sua grande importância ao Direito. A partir de agora, abordar-se-á o conflito entre a segurança jurídica e a justiça das decisões, o qual instiga acalorada discussão sobre a denominada “relativização da coisa julgada”.

A tarefa de apresentar os princípios fundamentais informadores da ordem jurídica é conferida à Constituição Federal, a qual prevê os valores basilares de toda a sociedade, representando a chave de todo o sistema normativo. Ela determina o modo de ser do sistema jurídico e indica a forma pela qual o intérprete deve tomar suas decisões, em especial quando valores fundantes do sistema colidem entre si.⁴⁸⁷

A missão do jurista é alcançar uma solução conciliadora entre os princípios, definindo a área de atuação de cada um, vedada a supressão absoluta de algum deles. Não há uma única solução para o conflito entre princípios jurídicos, prevalecendo aquele que, no caso concreto, possuir maior relevância. Essa prevalência não significa uma restrição em abstrato da força impositiva do princípio preterido. De tal modo, em outras circunstâncias fáticas, o princípio

⁴⁸⁷ “O intérprete ao realizar a sua função deve sempre iniciá-la pelos princípios constitucionais, é dizer, deve-se sempre partir do princípio maior que rege a matéria em questão, voltando-se em seguida para o mais genérico, depois o mais específico, até encontrar-se a regra concreta que vai orientar a espécie” (BASTOS, Celso Ribeiro. *As modernas formas de interpretação constitucional. Interpretação conforme a constituição. Balanço: o supremo tribunal federal e a interpretação constitucional. In: 10 Anos de Constituição: Uma análise, XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 45).

antes afastado pode vir a ser aplicado.⁴⁸⁸

Pois bem, exemplo típico desse choque entre princípios diz respeito à relativização da coisa julgada. A crescente preocupação com o valor justiça tem levado ao questionamento se ela, como instituto processual realizador da segurança jurídica, teria o condão de imunizar os efeitos de decisões judiciais transitadas em julgado que veiculem alguma grave injustiça.

A “res iudicata” exerce a função primordial de viabilizar a pacificação social.⁴⁸⁹ Embora receba legitimidade política e social por conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos das sentenças,⁴⁹⁰ não deve representar o fim último do processo civil. Nas suas origens, o instituto foi concebido como algo intocável, um dogma insuscetível de qualquer discussão, em razão de considerações práticas e de utilidade social.⁴⁹¹

A doutrina clássica afirmava textualmente que a sentença passada em julgado era havida por verdade e que a coisa julgada seria capaz de transformar o preto em branco.⁴⁹² Eventuais questionamentos sobre a justiça da sentença eram inimagináveis, pois a formação da “res iudicata” ocorre pela ausência ou pelo esgotamento dos recursos.⁴⁹³

⁴⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 251.

⁴⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 162.

⁴⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 235.

⁴⁹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 39.

⁴⁹² COUTURE, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., p. 405.

⁴⁹³ “A opção universalmente aceita, fundamentada no Direito Romano, consiste em, primeiro submeter

Mais adiante, servia a um imperativo da segurança jurídica, sendo inadmissível a revisão do julgado fora das situações excepcionais expressamente previstas em lei, tais como as hipóteses de rescindibilidade da sentença (art. 966, do CPC/2015). Razões de ordem política (ligadas ao desenvolvimento econômico e social, das quais a certeza resulta como fator indispensável) atribuíram à coisa julgada um “status” de dogma incontestável, relegados os questionamentos sobre a justiça da decisão a um plano inferior, mesmo quando o resultado do processo não correspondesse a uma correta ou justa aplicação da lei. Ainda que errada ou injusta a sentença, o seu conteúdo era imutável e indiscutível, imposto seu resultado coercitivamente, vedada qualquer nova discussão a respeito do definitivamente julgado.

Problemas práticos oriundos de sentenças injustas, contrárias ao ordenamento jurídico ou à Constituição suscitaram dúvidas sobre a impossibilidade de revisão da coisa julgada material em situações excepcionais. Esses estudos são relativamente recentes, embora o tema tenha sido analisado por juristas mais antigos isoladamente.⁴⁹⁴ No Brasil, a título de exemplo, são famosos os episódios de desapropriações supervalorizadas baseadas em prova técnica-pericial fraudulenta⁴⁹⁵ e de determinação da paternidade/filiação após a

a sentença a reexame perante os órgãos hierarquicamente superiores (eventualmente permitir sua rescisão posterior, acrescente-se) e após atribuir-lhe especial autoridade, que a torne imutável para o futuro em face de todos os participantes do processo em que fora ela pronunciada” (ARAGÃO, Egas Moniz de, *Sentença e coisa julgada*, cit., p. 189).

⁴⁹⁴ Eduardo J. Couture tratou do assunto na obra “Revocación de los actos procesales fraudulentos”. In: COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, t. 3, 1989, p. 388-389.

⁴⁹⁵ STJ, 1ª Turma, REsp 240.712/SP, rel. Min. José Delgado, j. 15/02/2000, p. 24/04/2000.

descoberta do DNA (prova capaz de infirmar uma coisa julgada precedente).⁴⁹⁶

Diante disso, vários juristas se pronunciaram pela “relativização” ou “flexibilização” da coisa julgada, que consiste em permitir a revisão de decisões transitadas em julgado mesmo após esgotado o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, ou seja, após a formação da coisa soberanamente julgada. Mesmo entre os seus adeptos, não há uma teoria minimamente uniforme a respeito.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ STJ, 4ª Turma, REsp 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28/06/2001, p. 04/02/2002. Admitiu-se a revisão da coisa julgada em processo que discutia a paternidade de criança, que já havia sido objeto de ação anterior, com trânsito em julgado no ano de 1985. Nova e idêntica ação foi proposta em 1997, tendo sido afastada a coisa julgada anterior pela superveniência do exame de DNA, prova apta a substituir a verdade ficta pela verdade real. O STJ se limitou “a enquadrar a espécie na lei processual, mediante a flexibilização, perfeitamente razoável, do conceito de ‘documento novo’. Soube conciliar – e faz jus, por isso, a todos os louvores – uma alegada exigência de justiça com o respeito ao ordenamento positivo” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Forense*, v. 377. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56). A Corte, por reiteradas vezes, admitiu a desconstituição da coisa julgada formada em demanda investigatória de paternidade quando o exame de DNA veio a ser produzido só após do trânsito em julgado da sentença, via ação rescisória (por todos: STJ, 2ª Seção, REsp 300.084/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.04.2004, p. 06.09.2004). A Corte deu interpretação ampliativa ao conceito de “documento novo”, contando-se o prazo decadencial de 2 (dois) anos a partir do exame pericial, acolhendo sugestão que vinha sendo proposta pela doutrina (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 240; MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 179). O Plenário do STF, no julgamento do RE 363.889 (rel. Min. Dias Toffoli, j. 02/06/2011), admitiu “possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova”, isto é, dispensou o ajuizamento de rescisória para este fim.

⁴⁹⁷ Cândido Rangel Dinamarco propõe a relativização da coisa julgada nas seguintes situações: “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

Encontram-se inseridos, no grande rol de questões relacionadas à relativização da coisa julgada material, temas com perfis sutilmente diversos, como por exemplo: (i) o ataque a sentenças transitadas em julgado em razão da superveniência, dado o avanço da tecnologia, dos meios de prova inexistentes à época da prolação da decisão, que poderiam conduzir à conclusão diversa daquela alcançada (v.g., exame de DNA para a comprovação da filiação);⁴⁹⁸ (ii) o questionamento de sentenças transitadas em julgado que já se chocavam, por uma pura interpretação de direito a ser realizada pelo julgador do caso concreto, com o teor de algum direito ou garantia constitucional; (iii) a impugnação de sentenças transitadas em julgado, quando a lei na qual havia se fundado a decisão exequenda tiver a respectiva constitucionalidade, posteriormente, rejeitada em decisão do Supremo Tribunal Federal. Interessa a esse trabalho as duas últimas hipóteses.

Uma importante ressalva deve ser feita: há certa impropriedade terminológica na locução “relativização da coisa julgada”, que tem merecido algumas reprimendas por parte da doutrina.⁴⁹⁹

Paulo Henrique dos Santos Lucon elenca os seguintes pontos

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.” (Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56. São Paulo: 2001, p. 11).

⁴⁹⁸ Com relação ao DNA, possível admiti-lo como documento novo (art. 485, inciso VII, do CPC/1973; art. 966, VII, do CPC/2015), com contagem do prazo somente a partir do momento em que o exame poderia ser produzido, superando a não submissão da sentença de investigação de paternidade ao regime jurídico da coisa julgada. Evita-se, assim, a desconsideração pura e simples do julgado. Neste sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 170.

⁴⁹⁹ “Pode-se dizer que a coisa julgada é relativa, na medida em que pode ser desfeita por ação rescisória nos casos previstos em lei” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135).

críticos: a) a coisa julgada é uma qualidade da sentença, razão pela qual não pode ser constitucional ou inconstitucional; b) a inconstitucionalidade incide na sentença ou em qualquer ato estatal anterior, nunca na própria coisa julgada; c) a sentença se revela incompatível com a Constituição Federal antes do seu trânsito em julgado, pressuposto lógico necessário para a formação da coisa julgada material; d) não existe "relativização" da coisa julgada, quando muito há "ampliação do terreno relativizado" ou "alargamento dos limites da relativização"; e) não faz sentido que se pretenda relativizar o que já é relativo, pois a lei não confere valor absoluto à coisa julgada material, senão dentro dos limites dispostos expressamente pelo ordenamento jurídico.⁵⁰⁰

Barbosa Moreira igualmente registra que a expressão não é tecnicamente correta, porque o que pode vir a ser considerado inconstitucional não é a coisa julgada propriamente dita, mas determinada sentença transitada em julgado. Ademais, a coisa julgada material no ordenamento jurídico brasileiro não apresenta esse caráter absoluto, tanto que a própria legislação infraconstitucional prevê hipóteses para seu afastamento por ação rescisória, consoante dispõe o art. 966, do CPC/2015 (art. 485, do CPC/1973).⁵⁰¹

Na realidade, a propugnada relativização quer significar tão

⁵⁰⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública, cit., p. 12. Em obra publicada há 80 (oitenta) anos, dizia-se que “além da ação rescisória, fornece a lei outro meio de destruir a coisa julgada, em sua função negativa: são os embargos do executado” (AMERICANO, Jorge. *Estudo teórico e prático da ação rescisória dos julgados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1936, p. 51).

⁵⁰¹ Para o autor, também é inexata a expressão “coisa julgada inconstitucional”, porque é a sentença, e não a sua imutabilidade (coisa julgada), que pode ser incompatível com a Constituição; ademais, ainda se a sentença for contrária a alguma norma constitucional, já o será mesmo antes do trânsito em julgado (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 252).

somente uma “desmistificação” do instituto. Feitas essas ponderações preliminares, sob o ponto de vista científico, o uso da expressão “revisão atípica da coisa julgada” talvez seja o mais adequado. Nada obstante, por serem mais usuais, este trabalho continuará a se valer das terminologias comumente empregadas, quais sejam, “coisa julgada inconstitucional” e “relativização da coisa julgada”.

3.1. Coisa julgada injusta e ilegal

A existência de sentenças injustas ou ilegais atormenta a doutrina há tempos e é demasiadamente antiga. Pode-se constatar que o valor justiça tem um caráter vazio e abstrato, com acepções variadas ao longo da História. Para Aristóteles, o senso de justiça, derivado do direito natural com origem na ideia de cada indivíduo, nada mais é do que “a virtude que nos leva a agir corretamente e dar ao outro exatamente o que recebeu”.⁵⁰²

É certo que a própria segurança jurídica busca a realização da justiça, pois quando não há nenhuma segurança, é praticamente certa a ausência também da justiça. Entretanto, nem todo direito seguro será inexoravelmente um direito justo. De tal forma, “o princípio da segurança jurídica exerce um papel mínimo, posto que sem ele não será possível realizar os demais elementos, tais como a justiça, a liberdade, a igualdade, etc.”.⁵⁰³

⁵⁰² ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 78.

⁵⁰³ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 32.

Para José Augusto Delgado,⁵⁰⁴ a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma em um regime democrático, mesmo quando protegida pelo manto da coisa julgada, porque afronta a soberania da proteção da cidadania. Sobre o tema, Barbosa Moreira bem elucida que

distinguir o que é e o que não é “grave” tem sido fonte constante de incômodas dificuldades práticas, ao longo do tempo. Haja vista, no direito das obrigações, a teoria da culpa: são bens conhecidas as oscilações e controvérsias que, por séculos a fio, perturbaram doutrina e jurisprudência empenhadas em diferenciar os casos de “culpa grave” (lata) e os de “culpa leve” (e até levíssima). O empenho de traçar linhas fronteiriças na gradação da culpa produziu um emaranhado de critérios, de feição não raro bizantina. O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em boa hora pôs de lado as preocupações do direito anterior a tal respeito; o problema da caracterização do “dano grave” e da “lesão grave” (arts. 172, § 1.º, 558, *caput*, 798). Seria lamentável que tivéssemos de desperdiçar mais tempo e energias no trato de questão análoga, a fim de discernir as hipóteses de “injustiça grave” e de “injustiça leve”, aquelas suscetíveis, estas não (por quê?), de fundamentar a revisão do julgado – com o risco de nos enlarmos num casuismo exacerbado... e exacerbante.⁵⁰⁵

Fato é que o atual desenvolvimento das teorias pelas quais sempre seria obtenível uma decisão justa ainda não possibilita sua execução fática; não existem condições de disciplinar um processo que sempre conduza a um resultado justo. Todos os princípios jurídicos tendem à sua realização dentro daquilo que é faticamente possível. Assim, não é porque o princípio do Estado de Direito deva proteger os direitos fundamentais do cidadão e sua dignidade e, conseqüentemente, evitar decisões injustas, que se deve aceitar a sua

⁵⁰⁴ 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; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107.

⁵⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, cit., p. 52.

incompatibilidade com a tese da prevalência da coisa julgada material. O perigo da utilização de critérios inseguros e irracionais para a “relativização” da coisa julgada material pode levar à sua “desconsideração”, estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça, o que geraria uma situação insustentável.⁵⁰⁶

Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro não é alheio ao valor justiça, tanto é assim que há hipóteses legais de vulneração da coisa julgada mediante o ajuizamento da ação rescisória.

Dessa maneira, é extremamente perigoso sujeitar qualquer sentença que seja, para a sua validade, a uma abstrata noção de justiça, porquanto sequer existe a noção de verdade única, não há uma única resposta correta e verdadeira para determinado caso jurídico.⁵⁰⁷ Hans Kelsen, nessa mesma ordem de ideias, afirma que

a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ “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?” (RADBRUCH, Gustav, *Filosofia do Direito*, cit., p. 184).

⁵⁰⁷ “Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o Juiz Hércules estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe. O fato é que, sendo a interpretação convencional, não possui realidade objetiva com a qual possa ser confrontado o seu resultado (o interpretante), inexistindo, portanto, uma interpretação objetivamente verdadeira”. (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003).

⁵⁰⁸ KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., p. 39.

Também Alf Ross, outro juspositivista, aduz que nenhuma situação concreta enseja uma aplicação única da lei, mesmo naqueles

casos nos quais existe uma regra definida, expressa em termos relativamente fixos; e é verdade, certamente, num grau ainda maior, quando o caso é julgado de acordo com padrões jurídicos ou sob forma discrecional. Há sempre uma margem de extensão variável e quando uma decisão cai dentro dessa margem, ninguém a chamaria de injusta, nem sequer em sentido objetivo. Poder-se-ia qualificá-la de “equivocada” no sentido de que quem emite a opinião teria aplicado a lei sob forma diversa.⁵⁰⁹

Ao lado da polissemia da própria norma jurídica, como fator impeditivo de uma interpretação normativa unívoca, a diversidade dos métodos interpretativos potencializa a multiplicidade de interpretações válidas. Ainda que um método interpretativo fosse obrigatório, as interpretações poderiam ser múltiplas e até mesmo de contraditórias.⁵¹⁰ A própria escolha

⁵⁰⁹ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 330.

⁵¹⁰ “Mesmo que um método de interpretação seja obrigatório, ele pode fornecer significados diferentes e contraditórios. Ao aplicar uma norma, a autoridade jurídica escolhe um desses significados e, assim, atribui a ele força de Direito. Isso pode ser chamado uma interpretação autêntica, embora na linguagem tradicional esse termo seja usado apenas para designar uma norma jurídica cujo propósito expresso é interpretar outra norma anterior, não a interpretação implícita na aplicação da norma. A escolha de um dos vários significados de uma norma jurídica por uma autoridade jurídica em sua função aplicadora de Direito é um ato criador de Direito. Na medida em que essa escolha não é determinada por uma norma superior, é uma função política. Pois a escolha entre os diferentes significados de uma norma jurídica, se não é determinada por uma norma superior, pode ser, e efetivamente é, determinada por outras normas não-jurídicas. Isto é, por normas políticas. Portanto, a interpretação automática do Direito por uma autoridade jurídica pode ser caracterizada como interpretação política. Por outro lado, a tarefa de um cientista jurídico que interpreta um instrumento jurídico é demonstrar seus possíveis significados e deixar à autoridade jurídica competente a escolha, segundo princípios políticos, do que essa autoridade julga mais adequado. Ao mostrar as possibilidades que a lei a ser aplicada abre à autoridade jurídica, o cientista jurídico serve cientificamente à função aplicadora do direito; ao revelar a ambigüidade e, assim, a necessidade de melhorar a redação, serve à função criadora de Direito de maneira científica. Se o cientista jurídico recomenda à autoridade jurídica um dos diferentes significados de uma norma jurídica, ele tenta influenciar o processo criador de Direito e exerce uma função política, não científica; se ele apresenta essa interpretação como a única correta, está atuando como um político disfarçado de cientista. Está escondendo a realidade jurídica. Mas a ciência tem de revelar a realidade; apenas ideologias políticas tentam ocultá-la. Portanto, a interpretação científica do Direito, que é a interpretação do Direito por

de um dos vários significados de uma norma jurídica por uma autoridade jurídica em sua função aplicadora de Direito é um ato criador de Direito. Na medida em que essa escolha não é determinada por uma norma superior [ou seja, por uma norma editada com o propósito específico de ditar a interpretação de outra norma, também designada como lei declarativa], é uma função política. Pois a escolha entre os diferentes significados de uma norma jurídica, se não é determinada por uma norma jurídica superior, pode ser, e efetivamente é, determinada por outras normas não-jurídicas, isto é, por normas políticas. Portanto, a interpretação automática do Direito por uma autoridade jurídica pode ser caracterizada como interpretação política.⁵¹¹

Se a própria noção de justiça é fluida, invocar-se a injustiça da decisão para a desconsideração do julgado é de extremo perigo, já que não existe, no campo do saber jurídico, uma verdadeira e única interpretação da norma jurídica capaz de excluir as demais. O que pode existir são interpretações mais ou menos justas, mais ou menos adequadas à pacificação social, mais ou menos eficientes economicamente, mais ou menos repudiadas pelos juristas que convivem no conhecimento jurídico, a despeito de seus conflitos ou contrariedades.⁵¹² Sendo a ideia de justiça extremamente vaga e imprecisa, invocá-la como fundamento de validade (ou existência) do julgado equivale a

dar uma pancada na mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. É impossível ter uma discussão racional com quem apela para a “justiça”, porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentos [...]. A ideologia da justiça conduz à

um cientista jurídico, pode ser caracterizada como uma interpretação jurídica – em contraposição à interpretação aplicada por uma autoridade jurídica. Ao preferir uma das diversas interpretações possíveis, à exclusão de outras, a segunda pode ser caracterizada como uma interpretação política” (KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3. ed. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 367-368).

⁵¹¹ KELSEN, Hans, *O que é justiça?*, cit., p. 367.

⁵¹² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 5-6.

intolerância e ao conflito, visto que, por um lado, incita à crença de que a exigência de alguém não é meramente a expressão de um certo interesse em conflito com interesses opostos, mas, sim, que possui uma validade superior, de caráter absoluto; e, por outro lado, exclui todo argumento e discussão racionais que visem a um acordo. A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico- emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses.⁵¹³

Para sintetizar a extrema abstração do termo “justiça”, Hans Kelsen pontua:

Iniciei este ensaio com a questão: o que é justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo em que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância.⁵¹⁴

Conclusivamente, a justiça da decisão não é parâmetro adequado para a revisão da coisa julgada. Fora dos limites do ordenamento jurídico, não é possível o questionamento sobre a justiça do julgado ainda que o juiz tenha se distanciado do direito material ou do direito processual. Por isso e com mais razão ainda, não pode ser admitida a "relativização" quando tenha havido grave injustiça. Raciocínio contrário implicaria na violação ao “direito público subjetivo de ser exigido respeito à coisa julgada”, motivo pelo qual o Código determina que o juiz reconheça de ofício a preliminar de coisa julgada, extinguindo o processo sem

⁵¹³ ROSS, Alf, *Direito e justiça*, cit., p. 320. Não obstante, há quem defenda verdadeira pulverização do caso julgado injusto, a depender da apreciação do juiz no caso concreto (HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. 2. ed. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001, p. 393).

⁵¹⁴ KELSEN, Hans, *O que é justiça?*, cit., p. 25.

resolução de mérito neste caso (arts. 335, §§ 4º, 5º e 485, V, do CPC/2015).⁵¹⁵

Por sua vez, coisa julgada ilegal é a aquela cujo comando contraria uma norma infraconstitucional, que se torna incontestável após o decurso do prazo para o ajuizamento de ação rescisória,⁵¹⁶ com suporte no art. 966, V, do CPC/2015. Para fins do dispositivo legal, a violação pode atingir norma de direito material ou processual, desde que repercuta sobre a decisão rescindenda, *v.g.*, a sentença sem fundamentação é passível de rescisão. A violação não precisa estar veiculada na própria decisão rescindenda, podendo ter ocorrido no curso do processo, *v.g.*, mediante a utilização de provas proibidas,⁵¹⁷ o cerceamento de

⁵¹⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública*, cit., p. 12.

⁵¹⁶ São decisões jurídicas violadoras da legalidade infraconstitucional, das quais se compreende que possam se “consolidar na ordem jurídica, ou, se se preferir, que seja dotada de eficácia, uma vez que o poder judicial tem uma legitimidade jurídico-constitucional idêntica ao poder legislativo, sendo ainda, afinal, a própria Constituição que serve de fundamento último à força de caso julgado de tais decisões ilegais” (OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 60).

⁵¹⁷ A prova se volta a demonstrar a existência ou veracidade do alegado como fundamento do direito que se defende ou que se contesta; busca estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração. Além disso, cumpre a função não menos relevante de justificar a sentença perante a sociedade. Até mesmo por isso há limites constitucionais à liberdade probatória consagrada no art. 369, do CPC/2015, ou seja, o direito à prova não é absoluto. A verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável; consequentemente, toda vez que essa moral for abalada, a prova será imprestável (inadmissível) no processo, ou seja, será “proibida”. De outro lado, a prova admissível é a produzida pelos meios indicados ou não vedados pela lei. Nesse panorama, a prova é proibida ou ilegal “toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976, p. 128). As expressões “prova ilícita”, “prova ilícita em sentido estrito”, “ilicitude ou ilegitimidade extrínseca” ou “prova ilicitamente obtida” indicam as provas obtidas mediante violação a proibições de direito material ou princípios gerais do ordenamento (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 43). Já os termos “prova ilegítima”, “ilicitude ou ilegitimidade intrínseca” e “prova ilegitimamente produzida ou obtida” (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 294-295) querem significar as provas obtidas em infringência a regras de direito processual, ou seja, a desconformidade ocorre dentro do processo, no momento da sua colheita, podendo ser renovada caso sanado o vício. As expressões “prova ilícita *lato sensu*”, “prova proibida”, “prova ilegal” e “prova vedada”, consagrada por Nuvolone, representam o gênero, do qual as provas ilegítimas e as provas ilícitas são espécies. Neste exato mesmo sentido: “Será *ilegal* a prova sempre que houver violação do ordenamento jurídico como

defesa verificado na audiência etc.⁵¹⁸

3.2. Coisa julgada inconstitucional

O tema da “coisa julgada inconstitucional” não trata da inconstitucionalidade da coisa julgada em si, como instituto de direito processual, mas diz respeito à determinada sentença (*rectius*: decisão de mérito) transitada em julgado que tenha se baseado em lei ou ato normativo considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.⁵¹⁹

A coisa julgada que contemple uma ofensa à legislação infraconstitucional (coisa julgada ilegal) tem seus efeitos jurídicos validados definitivamente com fundamento na segurança e certeza jurídicas, diante da necessidade de pacificação dos conflitos, pois o sistema tolera soluções antijurídicas que não ofendam a Constituição. De outro lado, com a coisa julgada inconstitucional, há quem diga que os valores da segurança e da certeza não possuem força constitucional autônoma suficiente para fundamentarem a validade geral de seus efeitos.⁵²⁰

um todo (leis e princípios gerais), quer seja de natureza material ou meramente processual. Ao contrário, será *ilícita* a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 725).

⁵¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil*, cit., p. 833.

⁵¹⁹ Nas palavras de Alfredo Buzaid, “uma lei é inconstitucional quando ela, no todo ou em parte, ofende a Constituição” (*Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 43).

⁵²⁰ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 60-61.

A supremacia da lei constitucional sobre as demais normas jurídicas, como verdadeira regra de hierarquia, impõe que todo o ordenamento infraconstitucional – e todos os atos praticados por agentes ou órgãos públicos ou não – sejam conformes à Constituição.⁵²¹ A concordância (relação positiva) da norma ou do ato com a Constituição envolve a validade (eficácia); o contraste (a relação negativa) implica na invalidade (ineficácia).⁵²²

Partindo-se da premissa acima, a coisa julgada inconstitucional é aquela fundada em sentença violadora da vontade constituinte, que

não se mostra passível de encontrar um mero fundamento constitucional indirecto para daí retirar a sua validade ou, pelo menos, a sua eficácia (processual e/ou substantiva) na ordem jurídica como caso julgado. Na ausência de expressa habilitação constitucional, a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de uma caso julgado inconstitucional.⁵²³

Para os defensores da relativização, os valores da segurança jurídica e da proteção da confiança possuem aptidão para convalidarem situações antijurídicas, ou seja, possuem uma eficácia sanatória, desde que a coisa julgada não contrarie a Constituição, visto que, nesse caso, aqueles valores não possuem

⁵²¹ Os olhos do controle de constitucionalidade se voltam com mais atenção aos atos do Legislativo e do Executivo. As questões da validade constitucional dos atos jurisdicionais foram “objeto de um esquecimento quase total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’ e o poder judicial como ‘invisível e nulo’” (Ibidem, p. 9).

⁵²² MIRANDA, Jorge. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 296. A ordem jurídica “*não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas*” (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, cit., 247).

⁵²³ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 60-61.

força constitucional autônoma para ampararem os efeitos de atos inconstitucionais.⁵²⁴

3.2.1. Supremacia da Constituição e os sistemas de controle de constitucionalidade no Brasil

A Constituição, por ser a norma jurídica que organiza os elementos essenciais do Estado, ocupa uma posição de supremacia no ordenamento jurídico, no topo do escalonamento normativo; por isso as demais normas jurídicas devem respeitá-la. A necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional justifica a superioridade do texto constitucional.⁵²⁵

A possibilidade de o Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei no Brasil surgiu logo com a primeira Constituição da República, em 1891, cujo art. 59 previa sua competência para analisar a validade de uma lei contestada em face da Constituição Federal. O sistema foi mantido e aperfeiçoado na Constituição de 1934. Estabelecido o regime ditatorial no país, a Carta de 1937 possibilitou que o Presidente da República apresentasse ao Congresso a norma declarada inconstitucional; caso o Legislativo decidisse pela validade da norma, a decisão da Suprema Corte perderia seus efeitos.

Restabelecida a democracia, a Constituição de 1946 permitiu o

⁵²⁴ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 61.

⁵²⁵ A doutrina debate se a supremacia constitucional depende da rigidez do texto maior. A favor: MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, cit., p. 718. Contra: BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108.

reconhecimento da inconstitucionalidade pela via difusa, mediante recurso extraordinário. Com o advento da Carta de 1967, manteve-se o sistema que fora implementado. A Emenda Constitucional nº 1/1969, por sua vez, possibilitou ao Presidente da República suspender a lei declarada pelo STF; incumbiu-se ao Senado a função de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva da Suprema Corte (art. 42, VII).

A atual Constituição conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade e a constitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 102, I, “a”). Ao lado desse modelo concentrado, fez ainda permanecer a possibilidade de todos os juízes e tribunais do país realizarem o controle da constitucionalidade pelo sistema difuso. No último caso, o art. 52, X, replicando o direito anterior, atribuiu ao Senado Federal a competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF.

Importa notar que o STF tem adotado a concepção do “bloco de constitucionalidade” para a ampliação do parâmetro da compatibilidade de dada norma com a Constituição. A lei ou ato normativo não só deverá estar em consonância com as normas constitucionais positivadas, como também com os valores de caráter suprapositivo, com os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e com o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.⁵²⁶

⁵²⁶ STF, Plenário, AgRg-ADI 2971, rel. Min. Celso de Mello, j. 06/11/2014, p. 13/02/2015. Na lição de Canotilho, “todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à

Serve o controle de constitucionalidade para assegurar a obediência aos mandamentos constitucionais,⁵²⁷ por meio da verificação da adequação de uma lei ou ato normativo com a lei maior, nos seus aspectos formais e materiais.⁵²⁸ Enfim, trata-se de técnica que submete os poderes constituídos à supremacia da Constituição.⁵²⁹

Os sistemas de controle costumam ser ordenados conforme alguns aspectos. Em relação ao órgão que o realiza, tem-se o político (feito por órgãos públicos sem natureza jurisdicional, geralmente proveniente do Poder Legislativo ou de um órgão criado especialmente para essa finalidade), o jurisdicional ou

constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global.” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 811-812).

⁵²⁷ Há várias espécies de inconstitucionalidades catalogadas pela doutrina, com os mais diversificados critérios, como por exemplo: a) quanto ao conteúdo, a inconstitucionalidade pode ser material (quando seu conteúdo atinge a Constituição) ou formal (quando não observadas as regras de competência ou de procedimento previstas para a elaboração de atos normativos); b) por ação (positiva ou comissiva), quando um ato normativo qualquer ofenda a Constituição, ou por omissão, caso ela afete preceito constitucional; c) direta (havendo conflito imediato entre o ato normativo e o texto da Constituição) ou indireta, se a ofensa a atingir apenas reflexamente (BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 63 e ss.).

⁵²⁸ O controle de constitucionalidade é uma “técnica especial”, estabelecida pela própria Constituição, “para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades” (SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 49).

⁵²⁹ O controle de constitucionalidade tem por objetivo, mais precisamente, “impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição” (TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 44).

“judicial review” (realizado pelo Judiciário, que encontra suas origens no direito norte-americano) e o misto (coexiste o controle pelo Judiciário e por órgão não jurisdicional).⁵³⁰

Pode ainda ser preventivo ou repressivo, a depender do momento no qual é realizado. O primeiro tem por objetivo impedir que alguma norma ingresse no ordenamento jurídico em descompasso com a Constituição, ou seja, é realizado antes do aperfeiçoamento do ato normativo, durante seu processo de elaboração;⁵³¹ o segundo se presta a retirar a norma violadora da supremacia constitucional da ordem jurídica. Como regra geral, o Judiciário exerce o controle repressivo, enquanto o preventivo é realizado pelo Legislativo (v.g., nas Comissões de Constituição de Justiça) e pelo Executivo (veto jurídico).⁵³²

Quanto ao órgão judicial que exerce o controle (critério subjetivo ou orgânico),⁵³³ tem-se o modelo difuso ou o concentrado. No controle difuso, confere-se a qualquer membro do Judiciário a competência para realizar a verificação de eventual norma contrária à Constituição. Já no controle concentrado, esse poder de controle é exercido por “um único órgão ou por um número limitado de órgãos”, conforme explica Barbosa Moreira.⁵³⁴

⁵³⁰ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 49.

⁵³¹ Destina-se a “impedir o ingresso, no sistema, de normas que, em seu projeto, já revelam desconformidade com a Constituição” (TEMER, Michel, *Elementos de direito constitucional*, cit., p. 46).

⁵³² MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, cit., p. 728-729.

⁵³³ TUCCI, José Rogério Cruz e, *Limites subjetivos*, cit., p. 331.

⁵³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 30. O processo de controle abstrato de constitucionalidade “consiste num tipo de controlo abstracto de validade de normas exercido por via directa ou principal e que tem por finalidade essencial a eliminação do ordenamento, quer de normas jurídicas já publicadas que sejam julgadas inconstitucionais ou ilegais, quer de efeitos que as mesmas hajam produzido” (MORAIS, Carlos

Este último se notabiliza pelo controle ser monopolizado por um único tribunal competente,⁵³⁵ o que não autoriza, porém, associar o funcionamento de uma Corte Constitucional exclusivamente ao sistema concentrado, pois tais instituições podem também conviver com o sistema difuso. A título de exemplo, no Brasil, o STF foi consagrado como Corte Constitucional pela Constituição de 1988, embora o mesmo tribunal desempenhe o controle difuso. Aqui o controle de constitucionalidade é de natureza mista, porquanto as duas espécies convivem conjuntamente.⁵³⁶

Quanto à forma ou modo do controle, é exercido por via incidental

Blanco de. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, t. II, p. 151). O controle é abstrato porque recai sobre um ato normativo, mesmo antes de sua entrada em vigor, com a finalidade de retirá-lo do mundo jurídico. Por isso a decisão produz efeito vinculante atingindo a todos (“erga omnes”), algo inexistente no controle difuso. A eficácia geral apenas é alcançada quando e se o Senado, nos termos do art. 52, X, da Constituição, editar resolução.

⁵³⁵ O sistema concentrado parte da construção de Kelsen, que propôs a concentração do poder de controle de constitucionalidade em apenas um único tribunal (*Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 119).

⁵³⁶ Enquanto no controle difuso a questão da constitucionalidade é apreciada no curso de processo relativo a um caso concreto, como questão prejudicial, o controle concentrado se notabiliza por ser um sistema de controle por via principal, no qual essa questão constitui o objeto exclusivo da atividade cognitiva do órgão judicial, sem nexo de dependência com um determinado litígio. Não há, pois, direito subjetivo individual a ser tutelado, mas sim a própria ordem constitucional. Em razão disso, nele não figuram partes (no sentido processual), “mas entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema de direito [...]. O interesse de agir só existe se e enquanto estiver em vigor o preceito normativo cuja legitimidade estiver sendo questionada, pelo que restará prejudicada a ação por perda de objeto se, antes do seu julgamento, ocorrer a sua revogação (ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo coletivo*, cit., p. 262-263). Ainda sobre a temática do controle concentrado, o STF criou as controversas noções de classe e pertinência temática da matéria, com a clara finalidade de restringir a propositura de ações mediante algo assemelhado ao interesse agir como condição da ação (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 145). O art. 7º, parágrafo 2º, da Lei 9868/1999, criou a figura do “amicus curiae”, que pode trazer para a ação direta elementos fáticos ou jurídicos relacionados com a matéria a ser julgada pela Suprema Corte no controle abstrato.

(chamado de controle concreto)⁵³⁷ ou por via principal (também denominado de controle abstrato).⁵³⁸ O modelo difuso costuma ser associado à via incidental e ao controle concreto, enquanto o controle concentrado se relaciona com o controle principal e abstrato.⁵³⁹

O sistema brasileiro adota um modelo “ecclético”, que combina diferentes mecanismos e instrumentos de controle.⁵⁴⁰ Predomina um sistema jurisdicional-repressivo, que pode ser exercitado pela via incidental ou pela via principal, com mecanismos de controle difuso e concentrado. A atual Constituição deu ênfase ao modelo concentrado-abstrato de constitucionalidade, pois submeteu as controvérsias constitucionais ao STF, mediante via principal (art. 102, I, “a”). Mesmo assim, a Corte pode realizar o controle de modo incidental, tanto em suas ações originárias, quanto no exercício de sua competência recursal, via de regra recurso extraordinário (art. 102, III).⁵⁴¹

Os efeitos da declaração de constitucionalidade se modificam

⁵³⁷ Nesta espécie, a alegação de constitucionalidade é “uma questão prévia que o juiz deverá apreciar antes da questão principal, exatamente para verificar se a alegada inconstitucionalidade existe, ou não” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 154).

⁵³⁸ A inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo é objeto exclusivo do processo, veiculada por ação própria (“ação direta”), independentemente da norma aplicável a um caso concreto (BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 73). O controle abstrato exercido pelo STF se opera pelos seguintes expedientes processuais, conforme prevê a Constituição Federal: ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º); ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III e art. 34); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).

⁵³⁹ Essa associação não é totalmente verdadeira: a Itália, a Espanha e a Alemanha preveem um controle concentrado também exercido por via incidental (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 30).

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 241.

dependendo da espécie do controle realizado. No difuso, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade operam entre as partes (“inter partes”). A decisão, no controle concreto e difuso da constitucionalidade, “tem efeito apenas para as partes, por força do CPC 472 [art. 506, do CPC/2015], não beneficiando nem prejudicando terceiros”.⁵⁴² Para abranger terceiros estranhos ao processo, necessária expedição de resolução, pelo Senado Federal, destinada a “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, nos termos do art. 52, X, da CF.⁵⁴³

No controle concentrado, a manifestação sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma reside na própria causa de pedir e no pedido da demanda. Neste caso, os efeitos do julgado atingem a todos (“erga omnes”) como regra geral (art. 102, § 2º, da CF), vinculando ainda os

⁵⁴² NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 78.

⁵⁴³ A manifestação do Senado constitui um efeito secundário da decisão do STF, porque “não precisa ser pedido pela parte; resulta automaticamente da lei. O que o caracteriza é a sua absoluta falta de autonomia, pois é sempre uma consequência natural e necessária do efeito principal. A suspensão da execução da lei, do decreto ou do ato é o complemento, na esfera legislativa, da declaração judicial de inconstitucionalidade. Aí se completa o processo, realizando-se o efeito secundário” (BUZAID, Alfredo, *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 140-141). Sem prejuízo, setor da doutrina encampa ser possível reconhecer efeitos “erga omnes” às decisões do STF provenientes da via difusa, mesmo sem a manifestação do Senado Federal (MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 270 e ss.). A resolução do Senado Federal se restringe ao controle incidental. Tal ato não se verifica quando o STF utiliza as técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, porquanto a competência do Senado se restringe à pronúncia de inconstitucionalidade da norma, sem abranger decisões interpretativas. Cuida-se de ato político e, portanto, discricionário (BARROSO, Luís Roberto, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 165 e ss.). Diverge a doutrina sobre a eficácia da resolução, isto é, se “ex nunc” ou “ex tunc”. Pela eficácia retroativa se manifesta Gilmar Mendes (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, cit., p. 262-263). Contra: Alexandre de Moraes (*Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 56).

órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública.⁵⁴⁴ O efeito vinculante confere “ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor seu cumprimento”.⁵⁴⁵

Por força do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme à Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, possui eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.⁵⁴⁶

O efeito vinculante não alcança o próprio STF e o Poder Legislativo, pois raciocínio contrário afetaria a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel de subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando, por isso, prejuízo ao “espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição”.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ A extensão “erga omnes” é um atributo das decisões de mérito do processo objetivo de controle de normas. Teori Albino Zavascki indica que “o efeito vinculante confere ao julgado uma força obrigatória qualificada, com a consequência processual de assegurar, em caso de recalcitrância dos destinatários, a utilização de um mecanismo executivo – a reclamação – para impor seu cumprimento.” (*Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 52).

⁵⁴⁵ Ibidem, p. 52.

⁵⁴⁶ Neste sentido: STF, Pleno, Ag-Rg-REcl 2143, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/03/2003, p. 06/06/2003. Disposição semelhante é prevista pela lei que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99).

⁵⁴⁷ Excerto do voto do Relator no seguinte julgamento: STF, Pleno, Ag-Rg-Rcl 2617, rel. Min. Cezar Peluso, j. 23/02/2005, p. 20/05/2005.

Sobre o tema da eficácia temporal (efeitos “ex tunc” e “ex nunc”), predomina a corrente que se pronuncia sobre a natureza declaratória da decisão de inconstitucionalidade, fazendo atuar a sanção de nulidade da norma, seja qual for a modalidade do controle judicial exercido. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade retroage até o nascimento da lei ou do ato normativo (efeitos “ex tunc”).⁵⁴⁸

O art. 27, da Lei 9.868/1999, autoriza a chamada “modulação” ou “manipulação” dos efeitos temporais das decisões no controle jurisdicional, em nome da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringindo sua eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.⁵⁴⁹

⁵⁴⁸ BUZAID, Alfredo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 128-130. Sobre a eficácia temporal “ex tunc”, segue lição do Min. Paulo Brossard em voto proferido na ADI nº 2: “A Corte verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo que aquilo que se supunha ser um diamante não é um diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*.” (STF, Pleno, ADI 2, rel. Min. Paulo Brossard, j. 06/02/1992, p. 21/11/1997).

⁵⁴⁹ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” O dispositivo, reproduzido no art. 11 da Lei 9.882/99, confere ao STF a possibilidade de atenuar a eficácia “ex tunc” da decisão de inconstitucionalidade. Há 3 (três) correntes interpretativas da norma: a) a que sustenta a sua inconstitucionalidade em qualquer hipótese; b) a que admite a modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade apenas no plano do controle abstrato; c) a que admite a manipulação dos efeitos no controle concentrado e no controle difuso (STF, 2ª Turma, AgRg-RE 395.902/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 07/03/2006, p. 25/08/2006). Ganhou força, no STF, a corrente que autoriza a modulação em qualquer modalidade de controle. Neste sentido: STF, 2ª Turma, RE 442.683, rel. Min. Carlos Velloso, j. 13/12/2005, p. 24/03/2006. Setor da doutrina entende que essa modulação de efeitos não é unicamente temporal, podendo ser subjetiva, objetiva, espacial etc. Ela pode se dar “(i) quanto à eficácia objetiva da decisão (alcance da decisão em relação ao universo de pessoas afetadas); (ii) quanto à eficácia temporal da decisão

3.2.2. *Sentença inconstitucional. Inconstitucionalidade antecedente, superveniente e alteração da jurisprudência*

São diversas as situações nas quais pode ocorrer um confronto entre a decisão judicial transitada em julgado e a Constituição. Isso é possível quando a sentença inconstitucional (a) aplicar norma inconstitucional (ou ainda com um sentido e/ou a uma situação considerados inconstitucionais); (b) deixar de aplicar norma declarada constitucional; (c) aplicar dispositivo da Constituição considerado não autoaplicável; (d) aplicar dispositivo constitucional à base de interpretação equivocada; (e) deixar de aplicar dispositivo da Constituição autoaplicável, dentre outros casos.⁵⁵⁰

Há que se estabelecer importante diferenciação relativa ao momento no qual emergiu a decisão do STF em controle de inconstitucionalidade:

(alcance da decisão em relação ao período abrangido); (iii) quanto à eficácia vinculante da decisão (alcance da decisão em relação a outros órgãos aplicadores do direito); (iv) quanto à eficácia material da decisão (alcance do conteúdo da decisão)” (ROTHEMBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 227).

⁵⁵⁰ “Pouco importa, para os fins previstos no art. 741, parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5), a época em que o precedente do STF foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado da sentença exequenda, distinção que a lei não estabelece. A tese de que somente se poderia considerar, para esse efeito, os precedentes supervenientes à sentença exequenda não é compatível com o desiderato de valorizar a jurisprudência do Supremo. Se o precedente já existia à época da sentença, fica demonstrado, com mais evidência, o desrespeito à sua autoridade” (ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de processo on-line*, v. 125. Revista dos Tribunais, 2005, p. 6).

a) quando a sentença nasce inconstitucional, ou seja, a coisa julgada se forma depois de já proferida decisão da Corte em sentido contrário, não há grandes debates sobre a possibilidade de sua vulneração. Aliás, estando em curso uma ação individual e sobrevivendo decisão do STF, o juiz do processo individual ficará a ela vinculado. Tanto é assim que cabível a Reclamação (art. 102, I, “I”, da CF).⁵⁵¹

b) se a inconstitucionalidade for posterior, ou seja, quando a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma pelo STF for posterior à formação da coisa julgada, há discussão. Parcela da doutrina entende que o alcance dessa declaração, por ser “ex tunc”, retroagiria para atingir não só a lei ou o ato normativo desde o momento da sua criação, como também todos os efeitos gerados por ela, inclusive a coisa julgada que nela se baseou.⁵⁵² Por este raciocínio, a sentença anterior – e consequentemente a coisa julgada – fundada em lei e/ou ato normativo posteriormente declarados inconstitucionais deixaria de gerar seus efeitos, como se nunca tivesse existido, autorizando a rediscussão do litígio que havia se consolidado. Reconhecida a “inexistência” do fundamento da sentença, que contamina o ato como um todo, a coisa julgada antecedente poderia ser vulnerada independentemente do ajuizamento de ação rescisória.⁵⁵³

⁵⁵¹ Se o precedente do STF já existia à época da sentença, fica demonstrado, com maior evidência, o desrespeito à autoridade da Corte. Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 133-134.

⁵⁵² Este entendimento contraria a posição do STF fixada em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida, no qual a Corte expressamente proclamou a indispensabilidade da ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada material, mesmo em caso de reconhecida inconstitucionalidade da sentença (STF, Pleno, RE 730.462, rel. Min. Teori Zavascki, j. 28/05/2015, p. 09.09.2015).

⁵⁵³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 343.

Em sentido contrário, Jorge Miranda alerta para a necessidade irremediável de se respeitar as decisões já transitadas em julgado:

A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma não afecta os casos julgados. Quer dizer: não modifica, nem revoga a decisão de qualquer tribunal transitada em julgado que a tenha aplicado, nem constitui fundamento da sua nulidade ou de recurso extraordinário de revisão.

Garante-se, assim, a autoridade própria dos tribunais como órgãos de soberania aos quais compete administrar a justiça em nome do povo (art. 202º, nº 1); garante-se o seu poder de apreciação da constitucionalidade da legalidade (art. 204º); e garante-se, reflexamente, o direito dos cidadãos a uma decisão jurisdicional em prazo razoável (art. 20º, nº 4, da Constituição e art. 6º da Convenção Europeia).

O fundamento último da regra não se encontra, porém, ou não se encontra só num princípio de separação de poderes. Decorre de um princípio material – a exigência de segurança jurídica. A estabilidade do direito tornado certo pela sentença insusceptível de recurso ordinário é, igualmente, a dos direitos e interesses que declara.⁵⁵⁴

Os efeitos vinculantes e “ex tunc” do pronunciamento do STF, por esse entendimento, não atingem a coisa julgada já criada,⁵⁵⁵ embora seja viabilizado, segundo parcela da doutrina, o ajuizamento de ação rescisória por violação à norma jurídica (art. 966, V, do CPC/2015).⁵⁵⁶ Há, inclusive, quem sustente que esse juízo de inconstitucionalidade pode ocorrer no bojo da própria rescisória.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 258.

⁵⁵⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 175.

⁵⁵⁶ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 618.

⁵⁵⁷ “Nem é necessário que o Supremo Tribunal, posteriormente ao trânsito em julgado da decisão, tenha se pronunciado sobre a matéria em sentido oposto ao da referida decisão, pois, nos limites da ação rescisória, aliás, a meu ver, exageradamente amplos, qualquer violação da lei pode ensejar a anulação da sentença transitada em julgado” (GRECO, Leonardo. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2006, p. 299).

A Constituição Portuguesa, no art. 283, 3, 1ª parte, exclui expressamente a coisa julgada do campo de abrangência dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional, salvo nos casos que envolvam matéria penal, disciplinar, ilícito de mera ordenação social ou quando a pronúncia de inconstitucionalidade da norma for mais favorável aos indivíduos condenados. Na Itália, Andréa Proto Pisani reforça que a decisão acobertada pelo manto da coisa julgada material se opera como lei especial, desvinculando a situação levada a juízo da norma geral e abstrata.⁵⁵⁸

Embora a declaração de inconstitucionalidade não tenha efeito retroativo contra a coisa julgada já produzida, pode ser considerada causa superveniente para limitar sua eficácia no tempo, fazendo cessar a sua cogência e imperatividade. Acaba sendo encarada como verdadeira alteração jurídica que interfere na produção de efeitos da sentença de mérito. Por assim dizer,

a coisa julgada anteriormente formada, espelhando a realidade fática e jurídica legitimamente interpretada pelo juiz ou tribunal, permanece válida e intacta. A coisa julgada é limitada em virtude de circunstância posterior, expressa na declaração de inconstitucionalidade.⁵⁵⁹

Há, em relação ao cabimento da ação rescisória sobre matéria constitucional e a interpretação divergente dos tribunais, intenso debate sobre a aplicação do enunciado da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999, p. 67.

⁵⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 154.

⁵⁶⁰ Na vigência do CPC/1973, que fazia menção ao cabimento da rescisória para alegação de violação à literal disposição de lei (art. 485, V), o STF editou a Súmula 343 para criar um parâmetro negativo à utilização deste meio impugnativo, identificando o que não poderia ser considerado “literal” violação

O CPC/2015 faz expressa diferenciação entre a inconstitucionalidade originária e a superveniente (após o trânsito em julgado), prevendo, para cada qual, um meio impugnativo específico.

c) a questão da alteração da jurisprudência sobre a matéria constitucional. Com efeito, nada impede que, na hipótese de uma nova orientação jurisprudencial vir a alcançar determinadas situações de fato, objeto de casos propostos na confiança do precedente antigo, o Tribunal perceba que, ao voltar atrás inteiramente (efeito “ex tunc”), acabe criando uma situação violadora da isonomia não desejada. Com base em critérios de razoabilidade, torna-se imperativa a atribuição de efeito “ex nunc” às decisões modificadoras de jurisprudência, em nome da justiça e da segurança jurídica.⁵⁶¹

A modificação de entendimento do STF sobre determinada questão constitucional é inegável hipótese de inconstitucionalidade superveniente, todavia com maior gravidade. O princípio da segurança jurídica e a consequente proteção da confiança reclamam que o Supremo atribua efeito “ex nunc” às decisões modificativas de jurisprudência. Nelson Nery Junior bem coloca que

de lei: a existência de controvérsia jurisprudencial interpretativa de um mesmo preceito normativo. Diz o enunciado sumular que “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Posteriormente, o próprio STF firmou entendimento de que o enunciado não se aplica quando a questão submetida a julgamento for de natureza constitucional. O argumento utilizado foi a supremacia da norma constitucional sobre todo o sistema, devendo-se prestigiar o pronunciamento do guardião da Constituição que dá a última palavra em matéria de interpretação constitucional, qual seja, o STF. Neste sentido: STF, Pleno, RE 328.812-AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2008, p. 02/05/2008).

⁵⁶¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008, p. 27.

do ponto de vista prático, o dever de os poderes públicos – aqui incluído o Poder Judiciário, cujas decisões são objeto deste estudo – agirem com boa-fé significa que não devem impor aos administrados e jurisdicionados sanções ou desvantagens relativamente a direitos e obrigações, fruto da modificação de seu entendimento a respeito de determinada situação ou relação jurídica. Assim, modificada a jurisprudência do tribunal, seus efeitos têm de ser para o futuro, ainda que a natureza da decisão judicial seja declaratória, como ocorre nas decisões que reconhecem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de norma.⁵⁶²

Pelo exposto, sempre que o STF se desvincular de sua decisão anterior, modificando sua interpretação, “essa nova sentença modificativa de decisões anteriores deverá *obrigatoriamente* ter eficácia *ex nunc* para se preservar a segurança jurídica e a boa-fé objetiva”.⁵⁶³

Por derradeiro, releva diferenciar o juízo de inconstitucionalidade do juízo da não recepção. O juízo de compatibilidade entre um ato normativo anterior a uma nova ordem constitucional se dá por meio de um juízo de recepção ou não-recepção (revogação), e não por juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.⁵⁶⁴ As normas que forem incompatíveis com a nova Constituição serão apenas revogadas, por ausência de recepção, ou seja, não há juízo de inconstitucionalidade algum. Não existe no Brasil, portanto, o fenômeno

⁵⁶² NERY JUNIOR, Nelson. Boa-fé objetiva e segurança jurídica, Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior, cit., p. 87.

⁵⁶³ ABBoud, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011, p. 160.

⁵⁶⁴ “A compatibilidade dos atos normativos e das leis **anteriores** com a nova Constituição será resolvida pelo fenômeno da **recepção**, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência atual. Como ensinado por Paulo Brossard, “é por esta singelíssima razão que as **leis anteriores à constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela**, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá a revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.” (MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, cit., p. 768).

da "inconstitucionalidade superveniente" de lei ou ato normativo.⁵⁶⁵

3.3. Fundamentos da relativização

3.3.1. Controle de constitucionalidade dos atos jurisdicionais e o princípio da constitucionalidade

Os atos legislativos, executivos e jurisdicionais se submetem a um controle efetivo de constitucionalidade. A despeito da construção do mito da impermeabilidade das decisões judiciais, especialmente após operada a coisa julgada e ultrapassado o prazo para a sua impugnação, os tribunais também podem desenvolver atos geradores de situações patológicas, que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cheguem a violar a Constituição.⁵⁶⁶

Ainda que seja possível a impugnação, na via recursal, da decisão cujo comando contrarie a lei ou a Constituição, não são tão amplos os meios de fiscalização da coisa julgada que avilta a Constituição – ao dirimir o litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional; deixar de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional; ou deliberar

⁵⁶⁵ “Em suma: a superveniência de uma nova Constituição não torna inconstitucionais os atos estatais a ela anteriores e que, com ela, sejam materialmente incompatíveis. Na hipótese de ocorrer tal situação, a incompatibilidade normativa superveniente resolver-se-á pelo reconhecimento de que o ato pré-constitucional acha-se revogado, expondo-se, por isso mesmo, a mero juízo negativo de recepção, cuja pronúncia, contudo, não se comporta no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade” (STF, Pleno, AgRg-ADI 4222, rel. Min. Celso de Mello, j. 01/08/2014, p. 02-09-2014).

⁵⁶⁶ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 9.

contrariamente à regra ou princípio constitucional.⁵⁶⁷

Em função da posição de destaque do juiz – pela proliferação do uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, assim como ao controlar as demais funções do Estado –, deve ser maior a preocupação com a constitucionalidade e a legalidade das suas decisões, inclusive aquelas acobertadas pela coisa julgada material.⁵⁶⁸ A admissão da coisa julgada inconstitucional conferiria aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição, o que não se adequaria às noções do Estado de Direito, até mesmo porque colocaria a função jurisdicional em posição de vantagem em relação às demais.⁵⁶⁹

Todos os poderes e órgãos do Estado, inclusive o Judiciário, ficam submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores previstos na Constituição, pois qualquer norma ou ato estatal extrai dela o seu fundamento de validade.⁵⁷⁰

Pelo princípio da constitucionalidade, a supremacia da Constituição Federal é o único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela

⁵⁶⁷ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 35-36.

⁵⁶⁸ É “inconcebível em face dessas idéias 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”, frisando ainda que “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” (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; DELGADO, José Augusto (Org). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 107-108).

⁵⁷⁰ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999, p. 168.

da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade. A Constituição, além de outorgar garantias, deve ser garantida juridicamente. Trata-se de consequência da sua força normativa e vinculativa enquanto fundamento de toda ordem jurídica, que resume a garantia de observância do texto constitucional, atribuindo a pecha de inválido ao ato ou norma que a desrespeite (efeito negativo do ato inconstitucional). Este princípio se aplica a toda a categoria de ato estatal, inclusive os oriundos da função jurisdicional, pois até mesmo ela se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade de seus atos da conformidade com a lei fundamental.⁵⁷¹

Desse modo, nem mesmo a coisa julgada pode suplantar a invalidade do ato inconstitucional, sob pena de ser transformada em um instituto mais elevado e importante que a própria Constituição. Se nem mesmo a lei é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, não haveria fundamento para a coisa julgada sê-lo. A imutabilidade inerente à coisa julgada deve ser compreendida em seus reais contornos: a inalterabilidade de seus efeitos se tornou vedada através da via recursal, mas é possível que ocorra por outras vias. Em situações excepcionais, poderá ser modificada, tal como sucede na ação rescisória, que tem por finalidade extirpar decisão judicial que contenha grave injustiça.⁵⁷²

Nesse cenário, o princípio da supremacia da Constituição impõe a necessidade de se fazer incidir a decisão de constitucionalidade proferida pelo STF sobre a coisa julgada individual que contemple outra interpretação para o texto constitucional. A necessária conformação (material e formal) de todos os

⁵⁷¹ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 31.

⁵⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*, cit., p. 144.

atos estatais com a Constituição, encarada como a lei suprema do país que serve de fundamento de validade para as demais, impede a prevalência de uma decisão judicial em relação ao entendimento do STF, que é seu guardião.⁵⁷³

O “vício da inconstitucionalidade gera a invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário”, motivo pelo qual “a coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal”. Deste modo, em se tratando de “sentença nula de pleno direito”, o reconhecimento “do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável”, pelo que “não há que se objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais à espécie poderia comprometer o princípio da segurança jurídica”.⁵⁷⁴

Teori Albino Zavascki entende que a supremacia da Constituição conduz à inexecução de sentenças tidas por inconstitucionais, dispensado o ajuizamento de ação rescisória para tanto. Em julgamento no STJ do qual foi relator, ao discorrer sobre a coisa julgada inconstitucional, destacou que

na interpretação do art, 485, V, do Código de Processo Civil, que prevê a rescisão da sentença que ‘violar literal disposição de lei’, a jurisprudência do STJ e do STF sempre foi no sentido de que não é toda e qualquer violação à lei que pode comprometer a coisa julgada, dando ensejo à ação rescisória, mas apenas aquela especialmente qualificada. Ocorre, porém, que a lei constitucional não é uma lei qualquer, mas a lei fundamental do sistema, na qual todas as demais assentam suas bases de validade

⁵⁷³ PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p.159.

⁵⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 192.

e de legitimidade, e cuja guarda é a missão do órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102). Por essa razão, a jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o enunciado de sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta.⁵⁷⁵

Para ele, “pouco importa, para efeito de inexigibilidade da sentença exequenda, a época em que o precedente do STF em sentido contrário foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado”, bem como se esse precedente “tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma”. Defende ainda que o entendimento esposado pelo STF, independentemente da forma em que foi exarado, com ou sem resolução do Senado (art. 52, X, da CF, para o caso do controle difuso), não pode ser contrariada de modo algum, razão pela qual decisões contrárias a esses enunciados não devem continuar a prevalecer sob o argumento de preservação da coisa julgada.⁵⁷⁶

3.3.2. *Questionamento do alcance do “status” constitucional da coisa julgada*

Há quem diga que a Constituição Federal só prevê a imunidade da coisa julgada em relação aos efeitos de lei nova, como mera norma de direito intertemporal (norma de sobredireito). A noção de intangibilidade de coisa julgada resultaria de norma contida no Código de Processo Civil

⁵⁷⁵ STJ, 1ª Turma, REsp 479.909/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 05/08/2004, p. 23/08/2004.

⁵⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 336.

(infraconstitucional), a qual não poderia estar imune ao princípio da constitucionalidade, hierarquicamente superior. Nessa perspectiva, inexistente conflito entre princípios constitucionais, pois intangível a coisa julgada apenas quando em conformidade com a Constituição.⁵⁷⁷

A sentença violadora da vontade constituinte não é passível de encontrar um fundamento constitucional indireto para daí retirar a sua validade ou, pelo menos, a sua eficácia na ordem jurídica como coisa julgada. Na ausência de expressa concordância com a Constituição, a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade no sistema.⁵⁷⁸

3.3.3. Ausência de coisa julgada no caso de inconstitucionalidade da sentença

Não há concordância entre os defensores da relativização.

Para Dinamarco, onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e, portanto, não incidirá a autoridade da coisa julgada material, pois não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídica constitucional. A sentença portadora de efeitos juridicamente impossíveis jamais fica coberta pela “res judicata”, porque desprovida de efeitos substanciais,

⁵⁷⁷ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 60-61.

⁵⁷⁸ Conforme posicionamento do STF já apresentado, a coisa julgada tem natureza de garantia fundamental, não só por ser um corolário do direito à segurança jurídica, mas em razão do disposto no art. 5º, XXXVI, da CF/1988 (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), que não apenas engloba o princípio da irretroatividade das leis.

tal como sucede com a sentença terminativa, que não obtém a autoridade da coisa julgada material porque não tem efeitos externos.⁵⁷⁹

A coisa julgada material pressupõe que a sentença produza efeitos no mundo dos fatos. Sendo assim, razões superiores de status constitucional podem impor uma *aparente* produção de efeitos desta sentença graças à impossibilidade jurídica na produção deles, obstando a formação da coisa julgada material. 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, é natural que não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condição de se impor.⁵⁸⁰

Celso Bastos e Ives Gandra da Silva Martins entendem que o texto constitucional assegura a coisa julgada contra atentados que possa vir a sofrer, inclusive provindos da própria lei. Mas não afirma que toda decisão com trânsito “em julgado constitui coisa julgada. Isto faz com que necessariamente caiba à lei, à doutrina e à própria jurisprudência o dirimirem em cada caso concreto se há ou não coisa julgada”.⁵⁸¹

⁵⁷⁹ Uma vez que a autoridade da “res iudicata” recai sobre os efeitos substanciais da sentença, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também a coisa julgada material, tal como sucede com as sentenças terminativas (que nada dispõem sobre o mérito e, por isso, ficam cobertas unicamente pela coisa julgada formal). Portanto, se uma dada sentença de mérito ditar comando juridicamente impossível, não terá força para se impor sobre as normas ou princípios que o repudiam. Nessas situações, apenas aparentemente que a sentença produz seus efeitos substanciais programados, posto que serão repelidos por razões superiores, de ordem constitucional. Dito de outro modo, uma sentença contendo o enunciado de efeitos juridicamente impossíveis é, na verdade, sentença desprovida de efeitos substanciais, porque os efeitos impossíveis não nunca se produzem e, conseqüentemente, não existem na realidade do direito e na vida dos litigantes (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 245 e ss.).

⁵⁸⁰ Ibidem, p. 248.

⁵⁸¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*, cit., p. 201.

José Augusto Delgado também defende que 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".⁵⁸²

Humberto Theodoro Junior e Juliana Cordeiro defendem que uma decisão que viole diretamente a Constituição,

ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer, que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando aos requisitos formais e processuais mínimos. Não lhe faltando elementos materiais para existir como sentença, o ato judicial existe. Mas, contrapondo-se a exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para valer, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado. [...]. Assim, embora existente, a exemplo do que se dá com a lei inconstitucional, o ato judicial é nulo.⁵⁸³

Para outros, no entanto, sempre que colocado termo ao processo mediante efetiva decisão sobre o mérito da demanda, a coisa julgada material incidirá. É, no entanto, a colisão entre a coisa julgada formada e outros princípios constitucionais que fará sucumbir a coisa julgada no caso concreto.⁵⁸⁴

⁵⁸² 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, cit., p. 113.

⁵⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, cit., p. 130.

⁵⁸⁴ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Coisa julgada e justiça das decisões. *Revista de Processo online*, v. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 6.

3.3.4. Instrumentalidade do processo

O valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada material. Ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, qual seja, a justiça das decisões judiciais. A justiça das decisões é um predicado essencial à tutela jurisdicional, não sendo legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas, devendo ser valorizados os desígnios do direito material sobre a forma sacramental dos institutos processuais.⁵⁸⁵ A instrumentalidade consiste naquele

aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídicos. Falar de instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à “ordem jurídica justa”. Para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir, como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que se antepõem ao livre acesso à justiça.⁵⁸⁶

A permissão para a relativização da coisa julgada independentemente de prévia desconstituição da sentença transitada em julgado,

⁵⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 220.

⁵⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, cit., p. 47.

em hipóteses excepcionais, vem justificada pelo escopo da pacificação com Justiça. O intérprete deve se concentrar nos resultados a serem alcançados com o processo, razão pela qual, perante um conflito entre valores constitucionais, impõe-se verificar qual deles tem maior importância para a concretização do acesso à ordem jurídica justa. Nenhum princípio ético ou

político tem valor absoluto no universo dos valores e atividades de uma nação ou da própria Humanidade, nem valor suficiente para impor-se invariavelmente sobre outros princípios e sobre todas as legítimas necessidades de uma convivência bem organizada. O culto exagerado a determinado princípio ou idéia fundamental resolve-se em fetichismo e presta-se a aniquilar outros princípios ou idéias fundamentais de igual ou até maior relevância científica ou social, a dano de valores que clamam por zelo e preservação.⁵⁸⁷

Muitos dos princípios processuais, se levados às suas últimas consequências, sem considerar a realidade fática sobre a qual irão incidir,

podem tornar-se verdadeiros óbices aos escopos do processo. Necessário, pois, “relativizá-los”, isto é, considerar os princípios processuais sempre como meios para obtenção de uma justiça rápida e eficiente. Sua aplicação jamais pode desconsiderar o litígio, sob pena de se construir um modelo processual inadequado ao seu objeto.⁵⁸⁸

Avalia-se que o direito processual atual é infenso ao superado fetichismo de regras processuais que possam consagrar a injustiça, a imoralidade e a ilegalidade, contra a evidência dos fatos e com a execrável prevalência de uma verdade meramente formal diante da inocultável verdade material, única que

⁵⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 244.

⁵⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo*, cit., p. 67.

reflete o real ideal de justiça, ínsito na garantia do devido processo legal. Em casos extremos, a coisa julgada reclamaria interpretação conjunta com outros direitos constitucionais relevantes, de modo a se garantir a produção de resultados verdadeiramente justos, corolário do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF).⁵⁸⁹

Quando violado direito fundamental inserido na Constituição que possua maior relevância para a consecução da ordem jurídica justa como um todo, proclama essa corrente a desconsideração da coisa julgada material sem maiores formalidades,⁵⁹⁰ pois nenhuma norma constitucional, nem mesmo a regra da coisa julgada ou o princípio da segurança jurídica, pode ser interpretada isoladamente.

⁵⁸⁹ O “instituto da coisa julgada, tal qual vinha sendo concebido pela doutrina tradicional, já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança jurídica que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito da coisa julgada, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado a todo custo, à luz da mentalidade que vem prevalecendo (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 13).

⁵⁹⁰ No sistema brasileiro, José Augusto Delgado enumera alguns exemplos de sentenças inconstitucionais: a) a sentença expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigidas pela lei processual; b) a ofensiva à soberania estatal; c) a violadora dos princípios guardadores da dignidade humana; d) a provocadora de anulação dos valores sociais e da livre iniciativa; e) a que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; f) a que obrigue alguém a fazer ou deixar de fazer algo de forma contrária à lei; g) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém; h) a que julga válido ato praticado sob a forma de anonimato na manifestação de pensamento ou que vede essa livre manifestação; i) a que impeça a liberdade de atuação dos cultos religiosos; j) a que consagra a possibilidade de violação ao direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem da pessoa; k) a que abra espaço para a quebra do sigilo da correspondência; l) a que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado; m) a que reduza o salário do trabalhador, salvo o caso de convenção ou de acordo coletivo; n) a que autorize a empresa, por motivos de dificuldades financeiras, a não pagar o 13º salário do trabalhador; o) a que estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, além dos casos previstos na Constituição da República; p) a que proíba a União de executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária; q) a que autorize alguém a assumir cargo público descumprindo os princípios fixados na Constituição da República e nas leis específicas; r) a que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, os princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade; s) a que reconheça vitalício no cargo o juiz com, apenas, um ano de exercício; t) a que, no trato de indenização da propriedade pelo poder público, para qualquer fim, não atenda ao princípio da justa indenização” (Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal, cit., p. 101 e ss.).

3.3.5. Incidência do princípio da proporcionalidade

Não há nenhum direito ou garantia sequer que conduza invariavelmente e de modo absoluto à renegação de valores juridicamente relevantes. Afirmar o valor da segurança jurídica (ou certeza) não pode implicar no desprezo a outros primados constitucionais, *v.g.*, da unidade federativa, da dignidade humana, da intangibilidade do corpo etc.⁵⁹¹

Nos casos de direitos em conflito, impõe-se a harmonização prudencial e a concordância prática dos enunciados constitucionais em jogo, a fim de que cada um tenha seu respectivo âmbito de proteção assegurado, como decorrência do princípio da unidade da Constituição.⁵⁹² Por esse olhar,

⁵⁹¹ “Os princípios são determinações para que determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem. Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõem que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso, é factível que um princípio seja aplicado em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai” (MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 284). Havendo choque entre direitos fundamentais, deve o intérprete se socorrer da hermenêutica constitucional para verificar qual princípio constitucional deverá prevalecer no caso concreto. Esse conflito não conduz à necessidade de uma das normas ser eliminada do sistema; o conflito se manifesta, porém dele não resulta em antinomia jurídica, tal como sucederia no choque entre regras jurídicas (em regra). E “a opção do intérprete por um deles (princípios), em detrimento do que a ele se opõe, não implica desobediência do outro” (GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, cit., p. 195).

Não é incomum ver o princípio da proporcionalidade, de origem suíça e germânica, como sinônimo do princípio da razoabilidade, criação norte-americana: “o princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico” (MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120).

⁵⁹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 166.

nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um Sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil, com a consciência de que os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual.⁵⁹³

Os direitos e garantias fundamentais encontram seus limites nos demais igualmente consagrados pelo texto constitucional. Quando houver a colidência entre dois ou mais direitos ou garantias constitucionais, cabe ao intérprete se utilizar do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos conflitantes, de modo a evitar o sacrifício total de algum em relação a outro, realizando, assim, uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual. É necessário conciliar as normas constitucionais para se obter a mais ampla efetividade à Constituição, sem que qualquer de seus vetores seja relegado ao vazio, desprovido de eficácia normativa. Desta maneira, havendo conflito entre a coisa julgada inconstitucional e outros bens de igual ou superior valor a ela, devido à necessidade de coexistência pacífica entre diversos direitos, seria cabível a relativização da coisa julgada, equilibrando-se o valor justiça com o valor segurança jurídica.⁵⁹⁴

Considerando-se que o princípio da intangibilidade do caso julgado não é absoluto, devendo ser conjugado com outros e podendo sofrer

⁵⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 219.

⁵⁹⁴ É do “recurso ao *princípio da proporcionalidade* de que se encontra solução para conflitos de ordem constitucional como o que se trava entre o princípio da segurança (ou da intangibilidade da *coisa julgada*) e o princípio da supremacia da Constituição (princípio da constitucionalidade ou princípio de justiça em seu grau máximo).” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado, cit., p. 186).

restrições, precisa ser percebido em um contexto global que não renegue invariavelmente e de modo absoluto os demais direitos e valores previstos na Constituição Federal. Deve o aplicador analisar o sistema de princípios e de regras, guiado por um inafastável senso de coerência.⁵⁹⁵

No enfoque pós-positivista, princípios e regras se inserem na categoria de normas jurídicas, já que ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade”, para cuja aplicação “se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.⁵⁹⁶

Quando se mostrar infrutífera essa definição dos limites próprios a cada norma fundamental, faz-se uso da técnica de ponderação de valores, instrumentalizada pelo manuseio do postulado da proporcionalidade, a fim de serem operadas concessões recíprocas entre os enunciados normativos em jogo, resguardado, sempre, o núcleo essencial de cada direito fundamental. De fato, alguns princípios gozam de aparente preferência valorativa dentro do sistema, v.g., a vida, a integridade física, a dignidade humana.⁵⁹⁷

Não sendo lícita a amputação da eficácia, em abstrato, das normas constitucionais, o resultado da técnica de ponderação há de estabelecer uma relação de precedência condicionada entre os princípios em jogo, identificando-

⁵⁹⁵ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 277.

⁵⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78-79.

⁵⁹⁷ ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*, cit., p. 163 e ss.

se o peso prevaiente de uma das normas sobre outra. Essa ponderação de valores deve ser conduzida à luz do exame (i) do peso abstrato dos princípios em conflito, (ii) da intensidade de interferência, no princípio oposto, que se faz necessária para a preservação da eficácia de um direito fundamental, e (iii) da confiabilidade das premissas empíricas, nas quais se fundam as afirmações a respeito da configuração de violação ou de promoção da efetividade de uma norma fundamental.⁵⁹⁸

3.3.6. *Natureza do vício de inconstitucionalidade*

A doutrina que encampa a tese da relativização da coisa julgada não é uniforme quanto à natureza do vício da sentença eivada de inconstitucionalidade. Os juristas divergem se a decisão é inexistente, sequer se formando a coisa julgada, ou se nula (nulidade absoluta insanável), porém existente. Seja como for, essas duas vertentes convergem para a sobreposição do valor justiça, com esteio no princípio da supremacia da constituição, além da moralidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Segundo Paulo Otero, “as normas inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destruídas judicialmente”.⁵⁹⁹

Para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria, a

⁵⁹⁸ Sobre o tema: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 167 e ss.

⁵⁹⁹ OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 80.

coisa julgada inconstitucional se reveste de uma nulidade insanável, com mera aparência de coisa julgada. Dizem que a sentença que se pauta em norma inconstitucional carrega um vício de alta gravidade (“nulidade absoluta”), permitindo que a decisão seja revista a qualquer tempo.⁶⁰⁰ Nessa mesma linha, Carlos Valder do Nascimento entende que houve, no Brasil, um acolhimento normativo da doutrina atinente à coisa julgada inconstitucional, prevalecendo a tese da nulidade da coisa julgada constituída em descompasso com a vontade constitucional, “podendo ser reconhecida independentemente de qualquer limitação temporal ou de ordem processual. Cuida, pois, a espécie, de nulidade de pleno direito, insanável”.⁶⁰¹

Há quem argumente pela inexistência jurídica da sentença, pois se baseou em lei que nunca entrou no ordenamento legal, em decorrência dos efeitos “ex tunc” da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.⁶⁰² Para Teresa

⁶⁰⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, cit., p. 197.

⁶⁰¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada, segurança jurídica e verdade social – justiça da decisão judicial. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de (Org.). *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 51. Neste mesmo sentido: “A coisa julgada infringe, *in casu*, a norma mais alta do ordenamento jurídico (a Constituição), que contém normas indisponíveis. A nulidade é absoluta. Não convalesce e pode ser impugnada a todo tempo, também via *querela nullitatis* (ação declaratória de nulidade, sem prazo decadencial ou prescricional).” (SIQUEIRA, Pedro Eduardo Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 204-205).

⁶⁰² “Imagine-se uma sentença que declarasse o recesso de algum Estado federal 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. Sequer a mais elevada das decisões judiciais, proferida que fosse pelo órgão máximo do Poder Judiciário, seria suficiente para superar a barreira política representada pelo art. 1.º da Constituição. Imagine-se também uma sentença que condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em consequência 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. 1.º, inc. II e art. 5.º) Pensar ainda na condenação do devedor à prisão por dívida, fora dos casos constitucionais ressalvados (art. 5.º, inc. LXVII).” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 27).

Wambier, ainda sob a sistemática do CPC/1973, se a sentença exequenda é fundada em lei que, por ter sido declarada inconstitucional pelo STF, nunca vigeu, faltou ao pedido inicial formulado a possibilidade jurídica. Consequentemente, o pronunciamento jurisdicional que o acolheu padece do vício de inexistência. Segundo a autora, as sentenças de mérito “proferidas em processo a que tenha sido dado início apesar da ausência das condições da ação são juridicamente inexistentes e não transitam em julgado”.⁶⁰³

Mesmo inexistente, a sentença inconstitucional é apta a produzir efeitos, já que “os atos inexistentes juridicamente podem produzir efeitos, desde que isto seja possível material, fática e concretamente”, motivo pelo qual se faz necessário novo pronunciamento jurisdicional que venha a declarar a sua inexistência e, assim, fazer cessar os possíveis efeitos produzidos. Em se tratando de um vício de ordem pública, essa declaração pode ser veiculada através da impugnação ao cumprimento da sentença, alguma ação autônoma ou até mesmo mero incidente processual. Mais do que isso, o reconhecimento do vício sequer precisaria ser provocado, pois que é cognoscível de ofício pelo órgão julgante.⁶⁰⁴

Essa orientação também encontra ressonância na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, que sustenta ser possível atingir a “res iudicata” mediante a proposição de nova demanda idêntica à primeira, desconsiderando-se assim a coisa julgada; resistência na própria execução por impugnação ao cumprimento da sentença ou ainda defesas informais (v.g., exceção de pré-executividade); alegação incidental de inconstitucionalidade em outros processos,

⁶⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 406. No mesmo sentido: SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 300.

⁶⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 461.

inclusive em peças defensivas.⁶⁰⁵

3.4. Argumentos contrários à relativização

O tema se arvora em terreno extremamente arenoso. Não são poucas as vozes que refutam qualquer possibilidade de supressão da coisa julgada com veemência.

Crítico da relativização, Sérgio Gilberto Porto diz que há 3 (três) estágios evolutivos no estudo sobre a denominada relativização de direitos fundamentais e, por consequência, da coisa julgada material. A "primeira onda" encontra fundamento na relativização dos direitos e garantias fundamentais, mediante a técnica da ponderação dos interesses conflitantes. Tudo se opera no plano constitucional, vez que admitida a mitigação de certo direito frente a outro ainda mais relevante, sob pena de, em se mantendo a inflexibilidade, gerar-se um resultado desproporcional, haja vista que se estaria prestigiando um direito de menor hierarquia, embora também de assento constitucional. A “segunda onda” é extraída do comportamento do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, que permitem, em certas hipóteses, relativizar garantia ou direito constitucional por lei infraconstitucional; o Legislativo edita leis de tal índole e o Judiciário dá guarida a elas.⁶⁰⁶ Já a “terceira onda”, consequência direta da anterior, admite a

⁶⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova era do processo civil*, cit., p. 256.

⁶⁰⁶ São exemplos as liminares “inaudita altera pars”, em face da garantia do contraditório, que fica postergado; os prazos processuais beneficiados da Fazenda Pública, frente à garantia da isonomia; a decisão arbitral com força de coisa julgada material, frente à garantia da inafastabilidade; o depósito prévio da rescisória, frente à garantia do acesso à justiça etc.

relativização da coisa julgada para além das hipóteses nominadas em lei, nascendo nova e informalizada espagíria processual.⁶⁰⁷

A expressão “relativizar a coisa julgada material” aqui empregada quer significar qualquer pronunciamento conflitante com o primado constitucional da “res judicata”, abrangendo, inclusive, as regras legais que autorizem a desconsideração da coisa julgada material em face da declaração de inconstitucionalidade (ou de uma nova interpretação constitucional) emanada do Supremo Tribunal Federal, como prescrevem, *v.g.*, os arts. 525, § 12, e 535, § 5º, do CPC/2015 (arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC/1973).⁶⁰⁸

Contra a tese da relativização da coisa julgada podem ser encontrados alguns fundamentos, a seguir enumerados.

3.4.1. O alto significado da coisa julgada na ordem jurídica

A coisa julgada, uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito, é norma principiológica que se irradia por todo o ordenamento jurídico. Sua mitigação é fator de exceção, que deve estar expressamente previsto no sistema, mediante ação rescisória (art. 966, do CPC/2015).

⁶⁰⁷ PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo on-line*, v. 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 7.

⁶⁰⁸ GRECO, Leonardo, Eficácia da decisão “erga omnes” de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior, *cit.*, p. 252. Em sentido contrário, entendendo que as inovações legislativas não se submetem ao regime da “relativização da coisa julgada”, por serem previstas em lei: ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de processo on-line*, v. 125. Revista dos Tribunais, 2005.

É característica da jurisdição a possibilidade de formação da coisa julgada material, atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário. Cuida-se de uma consequência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais, que encontra ancoragem no princípio do Estado de Direito. Por isso, o interesse na preservação da “res iudicata” ultrapassa o círculo das pessoas envolvidas, posto que a segurança jurídica interessa aos jurisdicionados e ao próprio Estado. Em relação àqueles, “a estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial”; quanto ao último, “ao próprio Estado interessa que suas decisões jurisdicionais se armem de solidez”.⁶⁰⁹

De nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver seu conflito solucionado permanentemente, dada a íntima conexão entre coisa julgada e confiabilidade. Deve-se evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou mesmo da conduta do Estado.⁶¹⁰

Considerando-se a garantia de que a “res iudicata” não permite a

⁶⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, cit., p. 49.

⁶¹⁰ A face subjetiva da segurança jurídica, voltada à proteção à confiança tem por objetivo justamente proteger os particulares contra alterações normativas, que mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências se revelam chocantes. Encarada a sentença como um ato judicial que cria a norma jurídica do caso concreto, impede-se a revisão do julgado por qualquer outro ato do Poder Público, ou seja, a decisão deve ser respeitada, inclusive pelo próprio Estado. Enfim, a coisa julgada garante o estado ideal da confiabilidade perseguido pela segurança jurídica (MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 117).

alteração da decisão de mérito já transitada em julgado, não é correto simplesmente desconsiderá-la quando se entenda que ela tenha causado alguma situação indesejável ao próprio sistema. A afirmação de que o Judiciário não possa emitir decisões contrárias à Constituição, à justiça, à realidade dos fatos ou à lei, não deve ser vista como o fundamento para a “relativização” da coisa julgada.⁶¹¹

O próprio sistema não é alheio à possibilidade de que as respostas jurisdicionais sejam indesejáveis ou imperfeitas; para tanto prevê a ação rescisória, cabível nos casos tipificados pela lei. Com isso, a um só tempo, deu-se atenção a decisões absolutamente discrepantes, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade da coisa julgada, imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas.⁶¹²

No mais, as teses da “relativização” não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da segunda decisão que substituiria a primeira decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado-juiz se equivocou no julgamento antecedente implica em aceitar que pode errar novamente, agora no segundo julgamento.⁶¹³

A coisa julgada material recebe da própria Constituição uma especial proteção destinada a preservar a inalterabilidade dos pronunciamentos

⁶¹¹ De nada “adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente” (MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 75).

⁶¹² Neste sentido: STF, 2ª Turma, AgRg-RE 580870, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/05/2016, p. 16/05/2016.

⁶¹³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 115 e ss.

emanados dos juízes e tribunais. Possibilita uma situação de certeza, de estabilidade e de segurança para as relações jurídicas, por um imperativo de ordem prática (política) – garantia da segurança nas relações jurídicas e a preservação da paz no convívio social.⁶¹⁴

A exigência de segurança jurídica é impregnada de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público, sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos estatais (legislativo, executivo e judicial), para que se preservem situações consolidadas e protegidas pelo fenômeno da “res judicata”. A segurança jurídica e a proteção da confiança exigem clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder, de forma que o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos, o que é incompatível com a relativização da coisa julgada.⁶¹⁵

A coisa julgada não é mera regra jurídica, mas importante norma constitucional indispensável à eficácia concreta do direito à segurança (art. 5º, “caput”, da CF), que não contempla apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

⁶¹⁴ “Entre o valor abstrato e o valor que se canaliza em princípios e regras, fica-se com o segundo e foi assim que agiu o legislador brasileiro. O justo utópico está solitário, o Brasil permaneceu com o justo viável, que se desdobra no Estado Democrático de Direito, via segurança jurídica atinente ao instituto da coisa julgada, com as suas regras esboçadas pelo sistema processual. Estamos no arquétipo do Estado Kelseniano, com as exceções legisladas, como a prevista nos Embargos à Execução do parágrafo inico do art. 741 do CPC (LGL\1973\5) (cumprе ressaltar que o mencionado dispositivo foi alterado pela Lei 11.232/2005, com período de *vacatio legis* de 6 meses, o qual passa a vigorar como Embargos à Execução contra a Fazenda Pública) e Ação Rescisória (capítulo dos arts. 485 a 495 do CPC (LGL\1973\5)) e revisão criminal (art. 622 do CPP (LGL\1941\8)).” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: um exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). *Revista de Processo on-line*, v. 135. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 8).

⁶¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 256-257.

A pretendida relativização provocaria consequências altamente lesivas à estabilidade das relações intersubjetivas, à exigência de certeza e de segurança jurídica e para a consecução do equilíbrio social. O risco político de existir uma sentença injusta parece ser menos grave do que o advindo da instauração de uma insegurança generalizada com a relativização, ou melhor, descon sideração da coisa julgada.⁶¹⁶ De nada adianta

a doutrina que defende essa tese pregar que seria de aplicação excepcional, pois uma vez aceita, a cultura jurídica brasileira vai, seguramente, alargar seus espectros – vide mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso que legalmente não o tinha, que, de medida excepcional, se tornou regra, como demonstra o passado recente da história do processo civil brasileiro.⁶¹⁷

Lopes da Costa, há muito, já revelava preocupação com perpetuação dos litígios, ponderando que a

possibilidade de injustiça da decisão será um mal menor do que a perpétua incerteza das relações no mundo jurídico. Depois, quem poderia de antemão assegurar que uma outra decisão haveria de ser mais justa que a antecedente? A parte? Não teria autoridade para isso. Outro juiz? Seria uma sucessão infinita de sentenças.⁶¹⁸

Interpretar a coisa julgada, se justa ou injusta, é instrumento do totalitarismo de esquerda ou direita, nada tendo a ver com a democracia, com o Estado Democrático de Direito. Tanto é assim que, na Alemanha de Hitler, admitia-se a rescisão da sentença pela sua injustiça, nos termos dos fundamentos

⁶¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 880 e ss.

⁶¹⁷ NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 48.

⁶¹⁸ LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1956, p. 196.

do Reich alemão e dos anseios do povo alemão, experiência que demonstrou como a utilização inadequada do instituto pode servir de “instrumento de totalitarismo e de abuso de poder dos governantes do momento, em detrimento do estado democrático de direito”.⁶¹⁹

3.4.2. A indispensabilidade da ação rescisória para a vulneração da coisa julgada

A sentença de mérito transitada em julgado só admite desconstituição mediante o ajuizamento de ação rescisória proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei. Com o esgotamento desse lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que a sentença encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (em sede de controle abstrato ou concreto).

Não se pode autorizar um novo juízo que simplesmente desconsidere o julgamento já realizado. Do ponto de vista jurídico, é indispensável a prévia e necessária invalidação do primeiro, para só então haver um novo julgamento do caso julgado. Conquanto indispensável a propositura da ação rescisória, em algumas hipóteses excepcionais, há quem defenda que ela tenha um prazo maior ou até mesmo não se sujeite a prazo algum, o que acabou

⁶¹⁹ No Brasil, que “é república fundada no estado democrático de direito, o intérprete quer desconsiderar a coisa julgada nos casos em que ele acha que deva fazê-lo – o intérprete que ser pior do que os nazistas. Isso é intolerável. O processo é instrumento da democracia e não o seu algoz” (NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 49).

agasalhado pelo CPC/2015 em certa medida.⁶²⁰

Convém enfatizar o posicionamento do Plenário do STF sobre a matéria, que no julgamento do Recurso Extraordinário 730.462/SP,⁶²¹ com repercussão geral reconhecida (art. 543-B, § 1º, do CPC/1973), proclamou a indispensabilidade da ação rescisória para a vulneração da coisa julgada. No caso, debateu-se o alcance da eficácia das sentenças que, em controle concentrado, declaram a inconstitucionalidade de um preceito normativo, ou seja, se a declaração de inconstitucionalidade tomada em decisão do STF atinge, desde logo, as sentenças anteriores acobertadas pelo manto da coisa julgada material que tenham decidido em sentido contrário.

Decompôs-se a eficácia normativa da eficácia executiva da decisão do STF. A afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma no âmbito do controle concentrado simplesmente reconhece a sua validade ou a sua nulidade; no plano do ordenamento jurídico, gera a consequência de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito (eficácia normativa). De outra banda, dessa sentença de mérito decorre também o efeito vinculante, consistente na atribuição ao julgado de uma força impositiva e obrigatória em relação aos supervenientes atos administrativos e/ou judiciais (eficácia executiva ou instrumental).

A eficácia normativa (declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) se opera “ex tunc”, pois o juízo de validade ou nulidade se

⁶²⁰ Sobre a tese proposta, que acabou agasalhada no CPC/2015: TESHEINER, José Maria. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. *Revista de processo on-line*, v. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁶²¹ STF, Plenário, RE 730.462/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 28/05/2015, p. 09/09/2015.

dirige ao próprio nascimento da norma questionada. Entretanto, a eficácia executiva não se verifica desde a origem da norma: o efeito vinculante que lhe dá suporte não decorre da validade ou da invalidade da norma examinada, mas da sentença que a examina, com termo inicial na data da publicação do acórdão do STF no Diário Oficial (art. 28, da Lei 9.868/1999). Consequentemente, a eficácia executiva atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, jamais os atos pretéritos; todos atos anteriores, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, somente poderão ser desfeitos ou rescindidos em processo próprio.

Sobrevindo decisão do STF declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de certo preceito normativo, nem por isso se opera a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para o desfazimento dessas sentenças anteriores, será indispensável

ou a interposição de recurso próprio (se cabível), ou, tendo ocorrido o trânsito em julgado, a propositura da ação rescisória, nos termos do art. 485, V, do CPC [art. 966, V, do CPC/2015], observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495) [art. 975, do CPC/2015]. Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto, notadamente quando decide sobre relações jurídicas de trato continuado [...].⁶²²

O julgamento Plenário do STF em sede de fiscalização normativa abstrata, quer declarando a inconstitucionalidade, quer reconhecendo a constitucionalidade de determinado diploma normativo, por si só, não é fator de

⁶²² Excerto do voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento do RE 730.462/SP.

invalidação da sentença proferida em momento anterior. É indispensável a utilização, pela parte interessada, das vias recursais ou o ajuizamento da ação rescisória, no prazo decadencial de 02 (dois) anos previsto em lei, no caso de trânsito em julgado.

E uma vez esgotado o biênio legal, inviabiliza-se a própria ação rescisória, ficando a sentença, por consequência, insuscetível de ser rescindida, mesmo que contrária à decisão do STF em controle concentrado.⁶²³

3.4.3. A eficácia preclusiva da coisa julgada e o controle difuso de constitucionalidade

O nosso sistema não reserva apenas ao STF a competência para a avaliação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Os juízos de primeiro e segundo graus também podem fazer esse controle, no curso de um processo qualquer, como questão incidental ao julgamento do mérito.

Na perspectiva da eficácia preclusiva da “res judicata”, não mais se justifica a renovação do litúgio que foi objeto de resolução na fase de conhecimento, especialmente quando a decisão adquire autoridade da coisa julgada. Uma vez transitada em julgado “a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido” (art. 508, do CPC/2015).

⁶²³ Também neste sentido: STF, 2ª Turma, AgRg-RE 592.912, rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/2012, p. 21/11/2012; STF, 1ª Turma, AgRg-RE 473.715, rel. Min. Carlos Britto, j. 26/04/2007, p. 25/5/2007.

Pelo princípio do deduzido pelo dedutível, a extensão da autoridade da coisa julgada material abrange não só o efetivamente arguido, mas igualmente o que poderia ter sido alegado, mas não o foi. Tanto as questões que foram discutidas, como as que o poderiam ser, ficam acobertadas pela autoridade da “res iudicata”.⁶²⁴ A regra do “tantum judicatum quantum disputatum vel disputari debebat” importa em dizer que,

transitada em julgado a sentença de mérito, as partes ficam impossibilitadas de alegar qualquer outra questão relacionada com a lide sobre a qual pesa a autoridade da coisa julgada. A norma reputa repelidas todas as alegações que as partes poderiam ter feito na petição inicial e contestação a respeito da lide e não o fizeram. Isto quer significar que não se admite a propositura de nova demanda para rediscutir a lide, com base em novas alegações.⁶²⁵

A formação da coisa julgada resolve todas as questões e soluciona todos os argumentos que tenham (ou não) sido oportunamente apresentados no processo. Caso contrário, restariam eliminadas a eficácia e a utilidade do controle difuso da constitucionalidade das leis, pois toda decisão passaria a ser dotada de provisoriedade, no aguardo do pronunciamento do STF sobre a matéria, o que protelaria para o infinito a resolução definitiva do litígio. Sobrevindo a qualidade de coisa julgada à decisão judicial, esta não mais poderá ser avaliada, em termos de compatibilidade constitucional, pois já vencidas todas as oportunidades dentro

⁶²⁴ Se “uma questão pudesse ser discutida no processo, mas de fato não o foi, também a ela se estende, não obstante, a coisa julgada, no sentido de que aquela questão não poderia ser utilizada para negar ou contestar o resultado a que se chegou naquele processo. Por exemplo, o réu não opôs uma série de deduções defensivas que teria podido opor, e foi condenado. Não poderá ele valer-se daquelas deduções para contestar a coisa julgada. A finalidade prática do instituto exige que a coisa julgada permaneça firme, embora a discussão das questões relevantes tenha sido eventualmente incompleta; absorve ela, desse modo, necessariamente, tanto as questões que foram discutidas como as que o poderiam ser.” (LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 52-53).

⁶²⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 730.

do processo.⁶²⁶

Convém repetir que o Brasil adota o modelo misto de controle de constitucionalidade, pelo qual todo e qualquer juiz tem o dever de recusar a aplicação de norma que entenda ser contrária à Constituição, ou seja, toda decisão de mérito importa em verdadeiro juízo de constitucionalidade. Nesta perspectiva, sobrevivendo decisão posterior do STF em sentido contrário, admitir-se sua retroatividade a ponto de atingir a coisa julgada é, no mínimo, permitir a invalidação de uma decisão judicial legítima, ou pior ainda, consagrar uma espécie de "controle da constitucionalidade da sentença transitada em julgado", o que é de todo inadmissível.⁶²⁷

A partir do momento em que configurada a coisa julgada material, não mais se admite a indagação sobre uma situação anterior que já fora ou poderia ter sido aduzida em juízo, nem mesmo relativa à inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

⁶²⁶ “[...] não se deve supor que a declaração de inconstitucionalidade afete todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional. Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite, genericamente, a ideia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se a proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre efeito da decisão no “plano normativo (*Normenbene*)” e no “plano do ato singular” (*Einzelaktebene*)” mediante a utilização das chamadas “fórmulas de preclusão.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade da lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 99).

⁶²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 83.

3.4.4. Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada material

A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado dispositivo no qual se apoie a sentença, mesmo com eficácia “ex tunc”, encontra óbice na autoridade da coisa julgada, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos da Suprema Corte.

Se nem mesmo lei posterior – que haja alterado ou revogado prescrições normativas aplicadas na resolução do litígio – tem o poder de afetar ou de desconstituir a autoridade da coisa julgada, não se pode atribuir tal poder aos atos emanados do Poder Judiciário, ainda que do STF. A decisão posterior não pode atingir a coisa julgada formada anteriormente, que deu origem a título executivo judicial.

A noção de que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a coisa julgada que nela se fundado gera um “controle da constitucionalidade” da própria sentença transitada em julgado, ou melhor, a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para apanhar a coisa julgada. Equivale a dizer que a sentença fundada em lei reputada constitucional, mas proferida em processo que observou todas as garantias processuais das partes, pode ser nulificada por decisão do Supremo Tribunal Federal que, mais tarde, declare a mesma lei inconstitucional.

Importa é saber se a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pode retroagir para atingir a coisa julgada material. No direito brasileiro, como visto, não há dúvida que a decisão de inconstitucionalidade

produz efeitos “ex tunc” - retroage até o momento da edição da norma. Tal decisão não possui caráter desconstitutivo e, por isso, não apenas revoga a lei; sua natureza é declaratória, pois reconhece a nulidade da lei, ou seja, um estado já existente.

Mesmo quando dotada de eficácia retroativa “ex tunc”, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei, a decisão encontra óbice intransponível na coisa julgada. Desta maneira, não pode alcançar as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a autoridade de coisa julgada, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). Caso admitida a retroação, ofende-se diretamente os arts. 1º, “caput” (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação) e 5º, XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada), da Constituição Federal.⁶²⁸

A coisa julgada consiste em importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade, representando uma ressalva expressa à doutrina da retroatividade das decisões em controle de constitucionalidade: a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tábula rasa da coisa julgada. A nulidade “ex tunc” não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão.⁶²⁹

⁶²⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1173.

⁶²⁹ Neste sentido, excerto do voto do Min. Celso de Mello no julgamento do RE 730.462/SP: “**Em suma: a decisão** do Supremo Tribunal Federal **que haja declarado inconstitucional, em momento posterior**, determinado diploma legislativo **em que se apoie** o ato sentencial **transitado** em julgado, **não obstante** impregnada de eficácia “ex tunc”, **como sucede**, ordinariamente, com os julgamentos proferidos **em sede** de fiscalização concentrada (**RTJ** 87/758 – **RTJ** 164/506-509 – **RTJ** 201/765), **detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável** à força retroativa **resultante** dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte”.

Aliás, a retroatividade “ex tunc” da coisa julgada sequer é absoluta no direito brasileiro. A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1.999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, estabeleceu no seu art. 27 a possibilidade da modulação de efeitos da decisão que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, por maioria de dois terços de seus membros, para “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento em que venha a ser fixado”.

A análise do sistema que deu origem ao mencionado art. 27 também não leva ao caminho da desconstituição automática de “sentença inconstitucional”. A Constituição portuguesa é expressa no sentido de que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não atingem a coisa julgada, o que somente pode acontecer em casos excepcionais, quando a própria decisão de inconstitucionalidade assim declarar. Segundo seu art. 282º, 3, ficam ressalvados “os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”.⁶³⁰

⁶³⁰ A interpretação não é pacífica. Confira-se: “No moderno Estado de direito, directamente vocacionado para uma concentração de decisões definidoras do direito nos juízes, verdadeira gênese de um possível governo de juízes, coloca-se, como toda a actualidade, a questão de saber se as decisões judiciais são ainda uma espécie de feudo isento de qualquer controlo efectivo de validade jurídico-constitucional, encontrando-se apenas formalmente submetidas a uma vaga proclamação de conformidade com a Constituição.

Por um lado, verifica-se que, apesar dos amplos poderes decisórios do juiz ao nível da própria criação do Direito, não há uma vinculação a precedentes jurisprudenciais, nem, regra geral, às anteriores decisões dos tribunais superiores. Em consequência, a actividade jurisdicional escapa, em princípio, a qualquer subordinação ao princípio da igualdade na aplicação do Direito. A coroar tudo isto, refira-se o princípio da irresponsabilidade do juiz.

Por outro lado, observamos que, ainda hoje, em finais do século XX, existem actos jurídicos provenientes do poder público sem mecanismos efectivos de controlo da sua validade, nem sequer

Em outras palavras, com relação à coisa julgada, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade não retroagem, o que só pode acontecer em hipóteses excepcionais, expressamente declaradas pelo Tribunal Constitucional. Conforme ensinamento de Gomes Canotilho,

quando a Constituição (art. 282º /3) estabelece a ressalva dos casos julgados isso significa a imperturbabilidade das sentenças proferidas com fundamento na lei inconstitucional. Deste modo, pode dizer-se que elas não são nulas nem reversíveis em consequência da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Mais: a declaração de inconstitucionalidade não impede sequer, por via de princípio, que as sentenças adquiram força de caso julgado. Daqui se pode concluir também que a declaração de inconstitucionalidade não tem efeito constitutivo da intangibilidade do caso julgado [...]. Em sede do Estado de direito, o princípio da intangibilidade do caso julgado é ele próprio um princípio densificador dos princípios da garantia da confiança e da segurança inerentes ao Estado de Direito.⁶³¹

O direito português estabelece uma única exceção ao princípio da intangibilidade da coisa julgada, quando a coisa julgada recair sobre matéria de

ilícito penal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social, a exceção à ressalva do caso julgado pode justificar-se em nome do *tratamento mais favorável aos indivíduos* que foram sujeitos a medidas sancionatórias penais, disciplinares ou contra-ordenacionais. A exceção à regra consistiria, portanto, no seguinte: a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos mesmo em relação aos casos julgados se da revisão retroativa das decisões transitadas em julgado resultar um regime mais favorável aos cidadãos condenados por ilícito criminal, ilícito disciplinar ou ilícito contra-ordenacional. Note-se que esta

quando desconformes com a Constituição!

No entanto, se é chocante verificar que num Estado de Direito podem existir decisões judiciais violadoras da Constituição, sem receio de qualquer mecanismo fiscalizador, também é certo que o controlo de tais actos suscitaria o problema de saber que, por sua vez, controlaria o órgão fiscalizador.” (OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 35).

⁶³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1004.

*exceção ao princípio da intangibilidade do caso julgado não opera automaticamente como mero corolário lógico da declaração de inconstitucionalidade. A revisão de sentenças transitadas em julgado deve ser expressamente decidida pelo Tribunal em que se declare a inconstitucionalidade da norma.*⁶³²

Some-se a isso que, admitida hipótese de efeito retroativo da decisão de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada, o objeto atingido não seria o texto legal, mas a própria decisão judicial ou a norma do caso concreto. Essa tese da retroatividade absoluta em relação à coisa julgada, que não encontra amparo no direito comparado, não se apercebe de que a decisão judicial transitada em julgado “não é uma simples lei - que pode ser negada por ser nula -, mas sim o resultado da interpretação judicial que se fez autônoma ao se desprender do texto legal, dando origem à norma jurídica do caso concreto”.⁶³³

Portanto, a proposta de eliminação da coisa julgada diante de uma superveniente decisão de inconstitucionalidade pelo STF trai não só o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, como também parece se fundar na ideia de impor um controle sobre as situações pretéritas já consolidadas.

⁶³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1005.

⁶³³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 116.

4. OS MEIOS DE DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.1. Justificativa da terminologia empregada e delimitação do tema

O afastamento da coisa julgada é situação excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, pois o instituto foi elevado à categoria de direito fundamental pelo art. 5º, inciso XXXI, da Constituição da República. Tanto é assim que parcela da doutrina e mesmo da jurisprudência⁶³⁴ a consideram absolutamente inafastável.

Por outro lado, importantes juristas semearam no país que, em certas situações, a coisa julgada cederia em detrimento de outros direitos igualmente relevantes. Uma das hipóteses mais largamente discutidas tem justamente a ver com a decisão transitada em julgado que tenha se baseado em alguma norma, interpretação ou sentido inconstitucionais. Nessa hipótese, tudo está a indicar que o legislador, desde meados dos anos 2000, fez opção pela prevalência da supremacia da constituição em face da imutabilidade dos comandos judiciais transitados em julgado.

A despeito do entendimento segundo o qual os tribunais não podem se furtar de reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, até mesmo de ofício, “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

⁶³⁴ STJ, 6ª Turma, REsp 893.477/PR, rel. Min. Nilson Naves, j. 22/09/2009, p. 19/10/2009.

execução/impugnação ao cumprimento de sentença”,⁶³⁵ certo é que a alegação de inconstitucionalidade da coisa julgada depende de um veículo, um instrumento pelo qual o vício será suscitado em juízo.

A relativização ou desconstituição da coisa julgada pode ser obtida por mecanismos processuais típicos e atípicos. Os meios típicos são aqueles expressamente previstos em lei com o desiderato de impugnar a decisão judicial imutável, que são: a ação rescisória (art. 485, do CPC/1973; art. 966, do CPC/2015), a impugnação do executado (art. 475-L, do CPC/1973; art. 525, do CPC/2015) e a impugnação ofertada pela Fazenda Pública (art. 535, do CPC/2015) – antigos embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 741, do CPC/1973).

Os meios atípicos, por sua vez, são quaisquer outros métodos que sejam utilizados pelas partes com o mesmo fim de impugnar a decisão transitada em julgado,⁶³⁶ ou seja, à parte dos instrumentos expressamente previstos em lei para a veiculação da alegação do vício de inconstitucionalidade, o ordenamento jurídico oferece outros que possuem a mesma aptidão para desconsiderar a coisa julgada formada, sendo mencionados pelos juristas a exceção de pré-executividade (objeção de não executividade ou incidente de pré-executividade), a “querela nullitatis insanabilis” e a ação declaratória de inexistência jurídica.⁶³⁷

Pois bem, preferiu-se o uso da expressão “meios de

⁶³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, cit., p. 209.

⁶³⁶ KLIPPEL, Rodrigo. *A coisa julgada e sua impugnação: relativização da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11-12.

⁶³⁷ A opção por um ou outro meio depende de que modo é encarado o vício da inconstitucionalidade.

desconsideração da coisa julgada inconstitucional” em detrimento de “meios atípicos” porque a primeira traduz com maior precisão o objeto do estudo, afastando da pesquisa importantes institutos processuais, quais sejam: os recursos,⁶³⁸ a ação rescisória,⁶³⁹ a reclamação constitucional⁶⁴⁰ e o mandado de

⁶³⁸ A potencial existência de decisões contrárias à Constituição Federal fundamenta a necessidade de um sistema processual apto a controlar a constitucionalidade dos atos jurisdicionais. Recurso “é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada” (NERY JUNIOR, Nelson, *Teoria geral dos recursos*, cit., p. 208). Já que o principal efeito do recurso é obstar a formação da coisa julgada, a utilização das vias recursais não pode ser encarada como mecanismo para sua desconsideração. Neste sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 230.

⁶³⁹ O cabimento da rescisória se limita aos casos de rescindibilidade das decisões de mérito, inclusive quando presente vício de inconstitucionalidade (BUZAID, Alfredo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, cit., p. 137). Tem por finalidade atacar defeito localizado no campo da validade da sentença ou do processo que a originou, limitada ao rol taxativo previsto em lei (art. 966, do CPC/2015), sob pena de banalização da medida acarretando “verdadeiro caos na ordem jurídica, gerado pela consequente ausência de estabilidade jurídica, gerado pela consequente ausência de estabilidade nas relações sociais” (PORTO, Sérgio Gilberto, *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*, cit., p. 10).

Como afirmado, pode veicular a alegação da inconstitucionalidade da decisão de mérito transitada em julgado, já que o art. 966, V, do CPC/2015, autoriza a rescisão quando violada “manifestamente a ordem jurídica”. A ação rescisória tem sua utilização limitada no tempo. A lei processual fixa um prazo bienal, de natureza decadencial, para o exercício do direito à rescisão das decisões transitadas em julgado (art. 975, “caput”, do CPC). Não é apta a rever decisões injustas, ainda que sob o fundamento de erro de fato, pois “a mera injustiça, ou má apreciação de uma prova, não autorizam a rescisão do julgado” (STJ, 3ª Turma, REsp 225.309/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06/12/2005, p. 22/05/2006).

Considerando-se que a ação rescisória sempre tem por finalidade rescindir a coisa julgada, para que eventualmente se profira em seguida um novo julgamento da causa, sua propositura conduz à conclusão lógica da existência de coisa julgada material precedente, ou seja, não só não desconsidera a coisa julgada, como a coisa julgada funciona de causa de pedir para o pedido da rescisão. Sobre o cabimento da rescisória para desconstituir a coisa julgada contrária ao entendimento fixado pelo STF, confira-se: STJ, 1ª Seção, EDiv-REsp 608.122, rel. Min. Teori Zavascki, j. 09/05/2007; STF, Pleno, EDcl-RE 328.812/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2008, p. 02/05/2008.

⁶⁴⁰ A reclamação tem natureza jurídica de ação e é voltada a “**garantir**, não pura e simplesmente, que o **direito material seja cumprido**, mas, mais do que isso, de **garantir** que as **decisões jurisdicionais** (no sentido lato, abrangendo também as “súmulas vinculantes” em que direitos *já foram reconhecidos, sejam respeitadas*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 1570). Por força do art. 988, § 5º, inciso I, do CPC/2015, é inadmissível a reclamação “proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada”, motivo pelo qual não é instrumento para vulnerar a coisa julgada material, que pressupõe o trânsito em julgado da decisão de mérito.

segurança.⁶⁴¹

4.2. Alegação de inconstitucionalidade veiculada na impugnação ao cumprimento da sentença

4.2.1. O sincretismo e a alegação de inconstitucionalidade no CPC/1973

As alterações promovidas pela Lei nº 11.232/2005 conduziram à quebra da dicotomia então existente no CPC/1973 entre os processos de conhecimento e de execução. Desde então, a execução da sentença condenatória passou a ser realizada incidentalmente ao processo de acerto, nos termos de seu art. 475-I, com a consagração de um modelo sincrético de tutela capaz de melhor atender aos princípios da efetividade e da celeridade processual.

A execução (cumprimento) da sentença passou a ser mera continuidade do mesmo processo em que concedida a tutela de conhecimento, ficando reservada a propositura da ação de execução aos títulos executivos

⁶⁴¹ O mandado de segurança é “o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29).

Nos termos do art. 5º, I, da Lei 12.016/2009, não se admite o “mandamus” para atacar decisões transitadas em julgado (STJ, 3ª Turma, REsp 246.181/PB, rel. Min. Ari Pargendler, j. 23/05/2000, p. 01/08/2000). O STF também se manifestou por intermédio do enunciado da Súmula 268: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”, em razão da inalterabilidade da coisa julgada e da falta de previsão legal para esta finalidade, ao contrário do que ocorre, *v.g.*, com a ação rescisória.

extrajudiciais (art. 585, do CPC/1973). De maneira residual, a via processual executiva autônoma ainda se fazia necessária, v.g., na execução proposta em face da Fazenda Pública (art. 730, do CPC/1973) e na execução de alimentos (art. 732 do CPC/1973).⁶⁴²

No que toca ao cumprimento da sentença condenatória em obrigação por quantia certa, a impugnação se tornou o único meio expressamente previsto em lei para a resistência do executado (art. 475-L, do CPC/1973). Houve clara correlação com o art. 741 do mesmo diploma, que já cuidava dos embargos à execução opostos contra a Fazenda Pública.⁶⁴³

Há grande controvérsia a respeito da natureza jurídica da impugnação, podendo-se mencionar a existência de 3 (três) correntes. Alexandre Câmara,⁶⁴⁴ Cassio Scarpinella Bueno,⁶⁴⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier⁶⁴⁶ e Luiz Guilherme Marinoni⁶⁴⁷ afirmam ser ela um verdadeiro instrumento de defesa do

⁶⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 384-406.

⁶⁴³ “[...] não há diferença de conteúdo entre os dispositivos em confronto. A Lei nº 11.232/2005 apenas aperfeiçoou a redação da norma, tornando-a mais inteligível” (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 87).

⁶⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 125.

⁶⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 116-117.

⁶⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues, MEDINA, José Miguel Garcia, *Breves comentários à nova sistemática processual civil*, cit., p. 151.

⁶⁴⁷ Expõe o autor que “a defesa do executado era reservada a uma *ação de conhecimento*, autônoma e incidente sobre o processo de execução, chamada de embargos ao executado. O executado que tivesse interesse em se opor à execução deveria ajuizar embargos do executado, tornando-se autor de ação de conhecimento em face do exequente. [...]. Frise-se que a sentença condenatória não constitui tutela jurisdicional do direito, mas mera técnica processual, destinada a viabilizar a obtenção daquilo que foi prometido pelo direito material. Pela mesma razão, é inconcebível imaginar que o executado, ao se defender da execução, propõe ação, pretendendo a tutela jurisdicional de direito. Quando a ação

executado. De outro lado, Araken de Assis,⁶⁴⁸ Arruda Alvim⁶⁴⁹ e Vicente Greco Filho⁶⁵⁰ entendem que a impugnação é uma ação incidental, idêntica aos antigos embargos à execução da sentença. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶⁵¹ ainda sustentam ser um misto de ação e defesa, conforme o teor da matéria veiculada.

Relativamente à matéria alegável, não havia impedimento à apresentação de outras defesas relevantes, máxime aquelas passíveis de conhecimento “ex officio” pelo juiz.⁶⁵²

passa à fase de execução, o executado, ao apresentar impugnação, obviamente não exerce pretensão à tutela jurisdicional do direito, limitando-se a negar a tutela jurisdicional do direito almejada pelo autor. Portanto, a impugnação tem nítido caráter de defesa, de reação à tutela jurisdicional do direito, pretendida através da ação” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 296-297).

⁶⁴⁸ “É flagrante, naturalmente, a posição de defesa assumida pelo executado. Daí por que, mais recentemente, pugna-se no direito germânico por uma designação mais adequada, chamando à oposição de demanda de defesa contra a execução, *Vollstreckungssabwehrklage*. Todavia, a finalidade defensiva e reativa da impugnação não lhe retira o que é essencial: o pedido de tutela jurídica do Estado, corrigindo os rumos da atividade executiva ou extinguindo a pretensão de executar (ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 314).

⁶⁴⁹ ALVIM, Arruda. A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006, p. 44 e ss.

⁶⁵⁰ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: processo de execução e procedimentos especiais*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 3, p. 87.

⁶⁵¹ “Impugnação ao cumprimento de sentença. Natureza Jurídica. Misto de ação e de defesa, a impugnação caracteriza-se como incidente ao cumprimento da sentença. É ação porque o impugnante tem a pretensão declaratória (v.g. inexistência da citação, inexigibilidade do título, ilegitimidade das partes, prescrição) ou desconstitutiva da eficácia executiva do título exequendo (v.g. nulidade da citação, excesso de execução) ou de atos de execução (v.g. penhora incorreta, avaliação errônea).” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 888).

⁶⁵² “A alegação da falta de pressupostos processuais (v.g., a incompetência absoluta; a nulidade da intimação prevista no art. 475-J, § 1º) e de outra condição da ação (art. 267, VI) além da legitimidade (art. 475-L, IV). Em tais assuntos, a iniciativa da parte tão-só supre a inércia do órgão judiciário. Também exceções materiais, excepcionalmente, comportam conhecimento de ofício; por exemplo, a prescrição em favor de incapazes (art. 194, *in fine*, do CC de 2002). E não se pode estimar fechado o catálogo de exceções materiais. O emprego do prenome ‘qualquer’, no início do inciso VI do art. 475-L, e do advérbio “como” antes da explicitação das exceções admissíveis, salvo engano, denota o

Pelo parágrafo único do art. 741, do CPC/1973, acrescentado ao texto pela Medida Provisória nº 2.180-35,⁶⁵³ tornou-se possível a arguição da inexigibilidade do título judicial “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”.⁶⁵⁴ O dispositivo foi alvo de grande divergência no que concerne à sua compatibilidade com o texto constitucional no aspecto material (ao regulamentar a relativização da coisa julgada) e formal.⁶⁵⁵

Posteriormente, a Lei nº 11.232/2005 alterou sutilmente a redação legal e ampliou o cabimento desta alegação à impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-L, § 1º, do CPC/1973). Por analogia, o incidente também era admitido nas demais ações denominadas executivas “*lato sensu*”, assim

cunho exemplificativo do rol” (ASSIS, Araken de, *Cumprimento da Sentença*, cit., p. 318).

⁶⁵³ Trata-se de medida provisória que estava em vigor no momento do início da vigência da Emenda Constitucional nº 32/2001, razão pela qual a mesma se tornou uma “medida provisória permanente”.

⁶⁵⁴ “A redação anterior do CPC 741 par.ún., revogada pela L 11232/05, padecia de inconstitucionalidade *formal*, porque o par.ún. do CPC 741 foi incluído pela MedProv 2180-35 10, editada sem os requisitos da relevância e urgência exigidos pela CF 62 para que o Presidente da República possa, em caráter absolutamente excepcional, editar medida provisória. Qual a relevância e em que consistiria a urgência de acrescentar-se esse parágrafo ao CPC 741, que justificaria a edição de medida provisória *sem que se aguardasse o processo legislativo normal*? A norma, instituída pela MedProv 2180-35 10, era, portanto, *formalmente inconstitucional*. A tolerância com que vem sendo tratada essa prerrogativa de exceção do Presidente da República indica que ainda estamos em estágio precário de normalização das instituições e que o Estado Democrático de Direito, fundamento da República brasileira (CF 1.o *caput*), tem sido interpretado e aplicado apenas formalmente, mas não na essência. Resta-nos a esperança de que algum dia cheguemos à democracia substancial e não apenas formal como a que temos hoje, e que normas como essa, inconstitucionais, não sejam aplicadas pelos juízes e que sejam rechaçadas do ordenamento por um STF autônomo, independente, que preze as instituições democráticas e que faça respeitar a CF. Como a atual redação do dispositivo proveio de legítimo processo legislativo, não há inconstitucionalidade formal” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1298).

⁶⁵⁵ Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 32/2001, medidas provisórias não eram adequadas para a veiculação de normas processuais.

caracterizadas por concentrarem, na mesma relação processual, a atividade jurisdicional cognitiva e executiva, v.g., nas ações para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer (art. 461, do CPC/1973) e de entregar coisa (art. 461-A, do CPC/1973).⁶⁵⁶

Os embargos e a impugnação ao cumprimento da sentença poderiam arrazoar a “inexigibilidade do título” a partir da alegação de coisa julgada inconstitucional, que deixaria de ser considerada “título exigível” para fins executivos. A exigibilidade pressupõe sempre a certeza jurídica do título, ao passo que a sentença nula (pela inconstitucionalidade) não gera certeza, carecendo ela, portanto, de exigibilidade.⁶⁵⁷

A lei, inspirada no direito alemão,⁶⁵⁸ criou novos mecanismos de eliminação da coisa julgada, mas que não se submetem ao regime da ação rescisória. Por encontrarem fundamento em vício de inconstitucionalidade da sentença exequenda, caso fossem julgados procedentes, inibiam a prática dos atos executivos da sentença atacada com a extinção da atividade jurisdicional

⁶⁵⁶ Sobre a possibilidade da impugnação em relação às decisões mandamentais e executivas “lato sensu”: ZAVASCKI, Teori Albino, Embargos à execução com eficácia rescisória, cit., p. 3. Descabe a impugnação nas sentenças com natureza meramente declaratória ou constitutiva, pois não dependem de atos ou procedimentos ulteriores para serem efetivadas, não havendo que se falar em impugnação (TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 484).

⁶⁵⁷ O uso do termo “inexigibilidade” não primou pela técnica, pois se refere a uma obrigação que não precisa ser cumprida ainda, por estar sujeita a termo ou condição suspensiva, o que não se confunde com o afastamento do título executivo acobertado pela coisa julgada material (TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 462).

⁶⁵⁸ Há clara inspiração no ordenamento germânico (§79 da Lei do Tribunal Constitucional Alemão), que obsta a execução de sentença fundada em norma declarada inconstitucional, aplicando-se a medida processual prevista no §767 do diploma processual alemão (ZPO), isto é, o meio adequado para veicular objeções à pretensão executiva (MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 124-125).

executiva.⁶⁵⁹

Argumentaram pela inconstitucionalidade material da norma, dentre outros, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery,⁶⁶⁰ Luiz Guilherme Marinoni⁶⁶¹ e Dalton Luiz Dallazem.⁶⁶² A premissa básica é a valorização da coisa julgada e da segurança jurídica, acima de qualquer outro princípio constitucional.⁶⁶³ Outros se manifestaram pela constitucionalidade da norma.⁶⁶⁴

⁶⁵⁹ “Alargou-se o campo de rescindibilidade das sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, *também contrárias a precedente da Suprema Corte*, ficam sujeitas à rescisão por via de embargos, dispensada a ação rescisória própria” (ZAVASCKI, Teori Albino, Embargos à execução com eficácia rescisória, cit., p. 6).

⁶⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 1298 e ss.

⁶⁶¹ “Ora, é inquestionável, em um sistema de controle difuso, o dever de o juiz controlar de ofício, a constitucionalidade da lei. Trata-se de noção assente desde as origens do *judicial review no Rule of Law* estadunidense, que se encontra à base da conformação do Estado Constitucional brasileiro. Assim, a decisão que aplicou uma lei inconstitucional, mesmo que sem juízo explícito acerca da questão constitucional, impede que a questão constitucional possa vir a ser suscitada para infirmar a decisão conferida ao litígio. É impossível, à luz da eficácia preclusiva da coisa julgada material, e, portanto, da técnica garantidora da estabilidade das decisões judiciais” (MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 37-38).

⁶⁶² DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 14. São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

⁶⁶³ Em outro extremo, considerando 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: THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 89. Belo Horizonte, 2004.

⁶⁶⁴ Por todos: ALVIM, Thereza. O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de flexibilização ou inexistência da coisa julgada?. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, p. 399 e ss.

Recentemente, o Plenário do STF, por maioria, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2418, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do

Abstraída a questão sobre a inconstitucionalidade da norma, a solução dada pelos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC/1973, não abarcou todos os casos possíveis de sentença inconstitucional. São variados os modos pelos quais as sentenças podem operar ofensa à Constituição. Ela pode ser inconstitucional quando (a) aplica norma inconstitucional (ou ainda com um sentido e/ou a uma situação considerados inconstitucionais); (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional; (c) aplica dispositivo da Constituição considerado não autoaplicável; (d) aplica dispositivo constitucional à base de interpretação equivocada; (e) deixa de aplicar dispositivo da Constituição autoaplicável, dentre outros casos. De outro lado, a alegação de inexigibilidade se resumia a título judicial “fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”. Destarte, são apenas três os vícios de inconstitucionalidade para a utilização do mecanismo: (a)

Brasil contra os arts. 4º e 10 da Medida Provisória 2.102-27/2001, que além de outras inovações, veicularam a inserção do parágrafo único ao art. 741, do CPC/1973. Segundo o Ministro Relator, Teori Zavascki, o dispositivo é válido por harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, agregando ao “sistema processual um instrumento com eficácia rescisória de certas sentenças eivadas de especiais e qualificados vícios de inconstitucionalidade”. Para ele, “a solução oferecida pelo § 1º do art. 475-L e parágrafo único do art. 741 do CPC/73 (e seus correspondentes no atual Código de Processo Civil) não abarca todos os possíveis casos de sentença inconstitucional. Muito pelo contrário, é solução legislativa para situações específicas, razão pela qual, convém alertar, não envolve e nem se confunde com a controvertida questão, aqui impertinente e por isso não tratada, a respeito da denominada ‘*relativização da coisa julgada*’, questão essa centrada, como se sabe, na possibilidade ou não de negar eficácia a decisões judiciais em hipóteses não previstas pelo legislador processual, o que não é o caso”.

Há julgamento relativamente recente da corte em sentido diametralmente oposto, com repercussão geral reconhecida (STF, Pleno, RE 590.809, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22/10/2014, p. 24/11/2014). No caso, considerou-se que a decisão do STF ulterior ao trânsito em julgado da decisão não pode servir de fundamento para a ação rescisória. Considerou-se que a Súmula 343 (“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”) também é aplicável à norma constitucional, afastando-se o cabimento da rescisória porque havia divergência interpretativa da matéria constitucional à época da prolação da decisão rescindenda. Decidiu-se que a invocação de precedente constitucional posterior à formação da coisa julgada, com a finalidade de desconstituí-la, é incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada material, prevista na Constituição Federal.

a aplicação de lei inconstitucional; (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; (c) a aplicação da lei com um sentido (uma interpretação) julgada inconstitucional.⁶⁶⁵

Distinta situação não expressa nos dispositivos legais também acabou considerada para fins da invocação da inexigibilidade da obrigação contida no título executivo judicial, com base em interpretação sistemática: quando a sentença exequenda reconhecer a inconstitucionalidade ou deixar de aplicar norma que o STF já declarou constitucional.⁶⁶⁶

Como se vê, em todos os casos, a existência de decisão do STF sempre foi elemento indispensável.⁶⁶⁷ Além disso, indispensável que a lei ou ato normativo declarados inconstitucionais tenham sido essenciais para a procedência do pedido.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ ZAVASCKI, Teori Albino, Embargos à execução com eficácia rescisória, cit., p. 5.

Outra corrente, mais extensiva, via que o texto legal abarcaria também as situações em que: (a) a sentença exequenda desse aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado (art. 52, X, da CF); (b) a sentença exequenda negasse aplicação a preceito normativo declarado constitucional pelo STF, em controle concentrado (TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *Revista de Processo*, v. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 19 e ss.).

⁶⁶⁶ Nos termos do voto do Ministro Teori Zavascki no julgamento da ADI 2418, “não há razão alguma de ordem jurídica ou institucional para estabelecer distinções ou discriminações, no âmbito das relações jurídicas, quanto ao grau de eficácia entre juízos positivos ou negativos formulados pelo STF sobre a constitucionalidade das normas. Pelo contrário, estranho e írrito ao sistema seria, com base na única justificativa da interpretação literal e a *contrario sensu* do parágrafo único do art. 741 do CPC/73, estabelecer essa espécie de *discrímen* das decisões do STF”.

Ainda sobre o cabimento das alegações, Eduardo Talamini rechaça a possibilidade da arguição da “inexigibilidade” sob o argumento de violação à Súmula Vinculante, mesmo que obedecida sua eficácia “ex nunc”, por ausência de previsão legal (TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 459-460).

⁶⁶⁷ Em sentido contrário, dispensando até mesmo apreciação da matéria pelo STF: THEODORO JÚNIOR, Humberto, A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional, cit.

⁶⁶⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 299.

Outra digressão detectada diz respeito à qualidade do controle de constitucionalidade exercido pelo STF, pois omissa o Código revogado neste particular.⁶⁶⁹

Pelo controle difuso, “a sentença que liquida a controvérsia constitucional não conduz à anulação da lei, mas tão-somente à sua aplicação ao caso particular, objeto da demanda”,⁶⁷⁰ produzindo efeito unicamente entre as partes, enquanto que, pelo controle concentrado, “o acto normativo, uma vez declarada a inconstitucionalidade, é eliminado do ordenamento jurídico”.⁶⁷¹ Por esse panorama, somente a declaração de inconstitucionalidade proveniente do controle abstrato poderia caracterizar a inexigibilidade do título executivo judicial, já que a inconstitucionalidade de norma reconhecida pela via concreta não ultrapassa os limites subjetivos da demanda que lhe deu origem; ou ainda se expedida resolução pelo Senado no controle difuso (art. 52, X, da CF).⁶⁷²

De outra banda, foi grande o movimento pela indiferença da espécie do controle, com base na chamada “objetivação do controle difuso de

⁶⁶⁹ Como a decisão liminar em controle abstrato, ainda que afaste a eficácia legal da norma impugnada “*erga omnes*”, não chega a reconhecer a inconstitucionalidade do ato normativo, nunca deu ensejo à apresentação de embargos ou de impugnação (ASSIS, Araken de, *Cumprimento da sentença*, cit., p. 331).

⁶⁷⁰ BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 302.

⁶⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1130.

⁶⁷² A “declaração de inconstitucionalidade de uma norma só produz efeitos *erga omnes* (como regra) quando é obtida por meio do controle concentrado, ou seja, por meio de ação cujo mérito (= objeto litigioso) seja a incompatibilidade do teor da lei com o texto constitucional. Quando o controle é *incidenter tantum*, os efeitos só se produzem quanto ao mérito da causa (que não se confunde com a inconstitucionalidade da lei, que é decidida como fundamento da decisão sobre o pedido) e entre as partes daquela ação (= *inter partes*).” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 407).

constitucionalidade”, sendo desnecessária a suspensão da lei pelo Senado Federal.⁶⁷³ A esta conclusão chegou Teori Albino Zavascki:

É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo. [...]. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição, que não pode ser hierarquizada em função do procedimento em que se manifesta.⁶⁷⁴

Mais uma ponderação diz respeito ao momento no qual advém o controle de constitucionalidade. Para uma corrente, somente a declaração de inconstitucionalidade anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda seria passível de alegação em embargos ou impugnação ao cumprimento da sentença.⁶⁷⁵ Para outros, os dispositivos eram reflexo do alcance “erga omnes” das decisões proferidas pelo STF em controle de constitucionalidade, mesmo quando superveniente a declaração de inconstitucionalidade. Não aceitar o afastamento da coisa julgada nessas situações restringiria indevidamente o

⁶⁷³ É paradigmático o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC 82.959, no qual se aventou a eficácia “erga omnes” da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990. Mesmo no campo doutrinário, leciona que “se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, esta decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como é assente não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.” (MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 380).

⁶⁷⁴ ZAVASCKI, Teori Albino, *Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais*, cit., p. 337.

⁶⁷⁵ “Portanto, as normas dos arts. 475-L, § 1º, e art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil permitem apenas uma interpretação: a de que o executado poderá alegar a pronúncia do Supremo Tribunal Federal quando a sentença exequenda houver aplicado lei que já havia sido declarada inconstitucional, ou tiver adotado interpretação que já havia sido declarada incompatível com a Constituição” (MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 37-38).

alcance do decidido pelo Tribunal, que não teria, em rigor, alcance “erga omnes” (afetaria a toda a sociedade, menos os vencidos em demandas específicas). Sobre o tema, o STF acenou pela não admissão da alegação de inexigibilidade do título quando a coisa julgada houver se formado antes da declaração de inconstitucionalidade, ainda que dotada de efeitos “ex tunc”.⁶⁷⁶

O STJ fixou posição no sentido de que os dispositivos não se aplicam às sentenças transitadas em julgado em data anterior à vigência da lei,⁶⁷⁷ culminando na edição do enunciado da Súmula 487: “O parágrafo único do art. 741 do CPC não se aplica às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência”. No geral, fixou essas premissas no julgamento do Recurso Especial nº 1.189.619,⁶⁷⁸ submetido ao rito do art. 543-C, do CPC/1973.

4.2.2. A sistemática do CPC/2015

A matéria recebeu tratamento semelhante no novo Código. Mantida a unicidade da relação processual na qual se obtém a condenação e se lhe dá cumprimento (modelo sincrético de tutela), a impugnação ao cumprimento da sentença é o principal meio pelo qual o executado oferece resistência à pretensão do credor.⁶⁷⁹ Manteve-se a dualidade então existente: em execução de título

⁶⁷⁶ STF, 2ª Turma, AgRg-RE 592.912/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/2012, p. 10/04/2012.

⁶⁷⁷ STJ, 2ª Turma, AgRg-REsp 1.437.621/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 10/02/2015, p. 19/02/2015.

⁶⁷⁸ STJ, 1ª Seção, REsp 1189619/PE, rel. Min. Castro Meira, j. 25/08/2010, p. 02/09/2010.

⁶⁷⁹ O art. 525, do CPC/2015 diz que a impugnação pode ser oposta pelo executado. Não obstante, “tendo em vista a solidariedade existente entre os devedores, qualquer um deles pode impugnar o cumprimento de sentença. Não há restrição legal para que o devedor possa opor o incidente de

executivo judicial, é a impugnação o meio de defesa do executado por excelência, inclusive nos casos de execução contra a Fazenda Pública (arts. 525 e 535); na execução amparada por título extrajudicial, a defesa é veiculada por embargos (art. 914).⁶⁸⁰

Prossegue a controvérsia sobre a natureza jurídica da impugnação, havendo quem a considere um incidente processual de defesa do executado,⁶⁸¹ uma ação incidental de oposição à execução⁶⁸² e outros de natureza mista (ação e defesa).⁶⁸³ Deve ser apresentada no prazo de até 15 (quinze) dias contados da intimação para a realização voluntária da obrigação constante no título judicial (arts. 523 e 525, do CPC/2015), em petição dirigida ao juízo por onde se processa o cumprimento, que também será o competente para processá-la e julgá-la.⁶⁸⁴

impugnação” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015, p. 1300). Entende-se que os coobrigados possuem interesse jurídico na oposição da defesa, já que podem ser atingidos pela execução, pelo que legitimados para tanto.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero entendem que o cônjuge, o companheiro ou a companheira também são legitimados, já que a incidência da execução sobre o patrimônio da família impõe tal autorização. Neste caso, a impugnação tem por finalidade afastar a execução do patrimônio familiar. Da mesma forma, o terceiro que teve seus bens penhorados na execução também teria legitimidade, pois seus bens acabaram sujeitos à responsabilidade patrimonial, ou seja, seus bens responderão pela execução (*Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 548).

⁶⁸⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., 737.

⁶⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 548

⁶⁸² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 1643.

⁶⁸³ Cuida-se de competência funcional e, portanto, absoluta (MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 825-826).

⁶⁸⁴ O executado, depois de intimado a pagar a dívida, terá o prazo de 30 (trinta) dias úteis para apresentar a impugnação: a primeira metade do prazo se dá para realizar o pagamento voluntário; a segunda quinzena para impugnar o cumprimento da sentença, se for o caso. O prazo é contado independentemente de penhora ou depósito, ou seja, o executado pode apresentar a impugnação sem qualquer garantia prévia do juízo (ASSIS, Araken de, *Manual da execução*, cit., p. 1674). Contudo, nada impede que o executado se antecipe ao início do prazo e se insurja contra a execução mediante impugnação, inclusive no prazo do pagamento voluntário, sendo tal ato considerado

Não obstante sua localização, também é cabível para o cumprimento provisório da sentença, bem como nas hipóteses de cumprimento da sentença que imponha obrigação de fazer, não-fazer ou entregar coisa. Seja qual for a natureza da obrigação, o executado pode se insurgir por meio da impugnação, mesmo quando demandada a Fazenda Pública.⁶⁸⁵ Nos casos de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, o prazo de 15 (quinze) dias para impugnar se iniciará com o término do prazo para o cumprimento voluntário da obrigação.⁶⁸⁶

A lei dispensou, expressamente, a segurança do juízo para que o executado possa impugnar o cumprimento da sentença, de modo que está superada a discussão existente, no sistema revogado, sobre a necessidade, ou não, da penhora para apresentar impugnação, a menos que haja requerimento de efeito suspensivo.⁶⁸⁷

Havendo diferentes executados com diferentes procuradores de escritórios de advocacia distintos com prazo comum, o prazo para impugnar ao cumprimento da sentença será contado em dobro, por remissão expressa do art. 525, § 3º, ao art. 229, do CPC/2015.

tempestivo por força do art. 218, § 4º, do CPC/2015 (GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 739).

⁶⁸⁵ Executada a Fazenda Pública a pagar dinheiro, o prazo de 30 (trinta) dias fluirá da intimação da Fazenda, na pessoa de seu representante legal, para apresentar impugnação (art. 535, “caput”, do CPC/2015).

⁶⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 405.

⁶⁸⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1295-1296.

É de cunho preclusivo o prazo da impugnação. Uma vez encerrado, o devedor não poderá mais veicular as matérias com ela relacionadas, exceção feita àquelas de ordem pública, que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, *v.g.*, prescrição, decadência, hipóteses de nulidade da execução etc. Ademais, não se impede que após a impugnação o devedor suscite questões relativas a fato superveniente, bem como aos atos executivos praticados posteriormente, nos termos do § 11 do art. 525, do CPC/2015.⁶⁸⁸

4.2.2.1. *Rol de matérias alegáveis na impugnação*

Como afirmado, o regramento do art. 525 do CPC, que trata da impugnação ao cumprimento de sentença na obrigação de pagar quantia certa, é aplicável qualquer que seja a modalidade de obrigação a executar. O incidente de impugnação também tem vez nas outras modalidades de obrigação (fazer, de não fazer ou de entregar coisa), já que a tutela executiva não pode se desenvolver alheia ao contraditório (art. 538, § 3º, do CPC/2015).⁶⁸⁹

A matéria arguível na impugnação ao cumprimento da sentença é restrita, tendo em vista que não cabe mais se discutir o mérito da causa (eficácia negativa da coisa julgada material). Todavia, o rol previsto em lei não é taxativo, visto que o legislador abandonou o advérbio “somente” (constante do “caput”, do art. 475-L, do CPC/1973) para se valer da expressão “poderá alegar”, transmitindo “sentido de facultatividade, como se as hipóteses apresentadas pelo dispositivo não passassem de meros exemplos. Portanto, o rol das matérias que podem ser

⁶⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, cit., p. 937.

⁶⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processos nos Tribunais, recursos, direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 2, p. 75.

alegadas na impugnação é meramente *exemplificativo* no atual CPC”.⁶⁹⁰

Na realidade, parece que o legislador quis evitar a arguição de matérias já alegadas ou que poderiam ter sido suscitadas na fase de conhecimento, em homenagem ao art. 508, do CPC/2015. Só pode o executado apresentar defesas que digam respeito a fatos ou circunstâncias posteriores ao trânsito em julgado, como regra geral.

Nos termos do art. 525, § 1º, a impugnação poderá versar sobre: I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;⁶⁹¹ II - ilegitimidade de parte;⁶⁹² III - inexecutabilidade do título ou

⁶⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1298-1299. Contra: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 740.

⁶⁹¹ Discute-se na doutrina a natureza do vício da citação (nulidade ou inexistência). Segundo a norma do art. 239, “para a validade do processo, é indispensável a citação do réu ou do executado, ressalvadas as hipóteses de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido”. Para a arguição da falta ou nulidade da citação, nessas circunstâncias, a questão não pode ter sido expressamente resolvida na fase de conhecimento, ou seja, o processo deve ter corrido à revelia. Se, malgrado o grave vício do ato citatório, o réu se fez presente nos autos para se defender, seu comparecimento supriu a citação (art. 239, § 1º, do CPC/2015). Em suma, da ausência da citação ou da nulidade deve ter sido provocada a revelia.

Entende-se que havendo citação ficta inválida e sendo nomeado curador especial que oferte contestação, ainda assim haverá vício passível de alegação no cumprimento da sentença, pois a contestação do curador não supre a revelia, mas unicamente seus efeitos. A procedência da impugnação por este fundamento acarretará a nulidade de todos os atos posteriores à citação do módulo executivo (inexistente ou viciada), restabelecendo-se o módulo de acerto (ABELHA, Marcelo, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 1196-1197).

⁶⁹² Pode ser discutida tanto a ilegitimidade para a causa do exequente quanto do executado. Não cabe rediscussão sobre a legitimidade “ad causam”, quando já decidida em momento processual anterior. No entanto, há fatos supervenientes que podem afetar a titularidade do crédito após a sentença, *v.g.*, por força de sucessão processual, cessão, sub-rogação (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 961).

Assim, *v.g.*, pode o exequente pretender executar dívida de fiador que não tenha participado da fase de conhecimento. Vez que a lei expressamente veda o cumprimento da sentença em face do fiador, do coobrigado ou do corresponsável que não tiver participado do processo, poderá ele aduzir na impugnação que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução.

inexigibilidade da obrigação;⁶⁹³ IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;⁶⁹⁴ V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;⁶⁹⁵ VI -

⁶⁹³ É inexecutível o título ao qual a lei não emprestou a força de título executivo, seja por algum defeito formal, seja porque não previsto no rol do art. 515, do CPC/2015 (v.g., sentença penal condenatória não transitada em julgado ou decisão estrangeira não homologada).

Sobre a inexigibilidade, o exequente pode apresentar título que retrate obrigação certa, mas ainda não exigível (v.g., ausência de demonstração do implemento da condição ou do termo), conforme determina o art. 514, do CPC/2015 (GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 742), pelo que cabível a impugnação por este fundamento.

Aliás, nula é a execução proposta com base em título executivo que não corresponda a obrigação exigível, ou quando a obrigação nele definida dependa de condição ainda não cumprida pelo credor, ou de termo não ocorrido, nos termos do art. 803, do CPC/2015. É matéria de ordem pública.

Além da hipótese da inconstitucionalidade da sentença, que será vista com mais vagar adiante, Humberto Theodoro Júnior equipara a execução sem título ao chamado excesso de execução, fato configurável quando pleiteada quantia superior à do título, coisa diversa da declarada no título, dentre outros casos. De qualquer modo, sendo inexigível a obrigação estampada no título, a consequência será sua inexecutibilidade (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 81).

⁶⁹⁴ Autoriza-se que o impugnante se insurja contra a penhora ilícita ou abusiva, ou seja, aquela que recaia sobre bem inalienável ou legalmente impenhorável, bem como a que desrespeite regras processuais sobre a constituição da segurança do juízo executivo. Trata-se de matéria relativa à validade e adequação dos próprios atos executivos (MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 941).

Esta alegação não aparece no rol das dedutíveis no caso da impugnação ofertada pela Fazenda Pública porque a execução contra ente público não comporta penhora.

⁶⁹⁵ Há execução sem título executivo naquela ajuizada para obter valor exorbitante ao determinado na decisão judicial. Nos termos do art. 917, § 2º, do CPC/2015, ocorre excesso quando o exequente: pleitear quantia superior à do título; coisa diversa daquela declarada no título; quando a execução é processada de modo diferente do que foi determinado no título; o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exigir o adimplemento da obrigação do executado; o exequente não provar que a condição se realizou.

Como se vê, qualquer desconformidade entre o pleiteado pelo exequente e o efetivamente devido caracteriza excesso de execução. Não é só, portanto, o excesso do valor que caracteriza excesso de execução. Afirmado o excesso de valor na execução, é ônus do impugnante indicar o valor correto (que ficará incontroverso) e apresentar demonstrativo atualizado e discriminado do débito, sob pena da rejeição liminar da impugnação se o excesso for seu único argumento, ou o seu não conhecimento nesta parte caso haja outras matérias de defesa (GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 743).

O art. 780, do CPC/2015, autoriza a cumulação de várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo e idêntico o procedimento. Desrespeitados os requisitos legais, haverá cumulação indevida de execução. Sendo a cumulação indevida matéria de ordem pública ligada à higidez do processo executivo, mesmo não alegada em impugnação, poderá ser veiculada posteriormente por simples petição ou até mesmo reconhecida de ofício pelo juiz (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 962).

incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;⁶⁹⁶ VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.⁶⁹⁷

Quando a impugnação arguir o excesso de execução relativo ao “quantum” correspondente ao título executivo judicial, caberá ao impugnante declarar, desde logo, “o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo” (art. 525, § 4º, do CPC/2015). Cuida-se de ônus processual que, se não cumprido, acarretará a liminar rejeição da impugnação se este for o seu único fundamento. Havendo outras defesas suscitadas, o processamento da impugnação terá sequência, “mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução” (art. 525, § 5º).

As situações de flagrante excesso podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, por serem matéria de ordem pública, mesmo na ausência de alegação e

⁶⁹⁶ O executado poderá arguir a incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução. A relativa deverá ser alegada na impugnação, sob pena de preclusão (art. 65, “caput”, por analogia); já a absoluta poderá ser alegada não apenas na impugnação, mas em qualquer fase da execução, bem como admite seu reconhecimento até mesmo de ofício pelo juiz.

Esta alegação encontra aplicação pelo disposto no art. 516, parágrafo único, do CPC/2015, que autoriza o deslocamento da execução para outros foros. A par disso, existem outros títulos judiciais que se originaram em processos de juízos distintos ao do cumprimento forçado, *v.g.*, no caso da sentença penal, da sentença estrangeira, da sentença arbitral e até decisões do Tribunal de Contas da União. Neste sentido: STJ, 1ª Turma, AgRg-REsp 1.232.388/MG, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 17/03/2015, p. 24/03/2015.

⁶⁹⁷ Fatos posteriores à formação do título executivo judicial podem afetar o direito do credor, impedindo ou modificando a via executiva. O dispositivo elenca a novação, a compensação, a transação ou prescrição, desde que ocorridos posteriormente à sentença. Caso anteriores, a matéria estará preclusa por força do art. 508, do CPC/2015. O rol de casos obstativos à execução é exemplificativo, somando-se a ele ainda a recuperação judicial, a falência do empresário e a declaração de insolvência do devedor civil.

Humberto Theodoro Júnior entende que as causas extintivas da obrigação afetam uma das condições de procedibilidade – a exigibilidade –, cujo desaparecimento impede o prosseguimento da execução e acarreta a imediata extinção do processo. Tratando-se de perda de “condição da ação, cujo conhecimento se impõe de imediato, de ofício ou a requerimento da parte, sem a limitação temporal do prazo de quinze dias previsto no *caput* do art. 525 para impugnação” (THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 89-90).

de apresentação do respectivo demonstrativo, pois a execução terá sido proposta sem suporte no título executivo no tocante à parcela exorbitante.⁶⁹⁸

As matérias relativas à falta de pressupostos processuais ou ausência de condições de procedibilidade são, por sua própria natureza, conhecíveis de ofício a qualquer tempo ou fase do processo (art. 485, § 3º c/c art. 771, parágrafo único, do CPC/2015). Assim, o juiz pode delas conhecer “ex officio”, bem como o executado argui-las a qualquer tempo.

Embora a iliquidez da sentença seja matéria alegável na impugnação (art. 525, § 1º, III, do CPC/2015), certo é que pode ser apresentada por outros meios. Visto que a certeza, a liquidez e a exigibilidade são condições de procedibilidade da execução (art. 783, do CPC/2015), o tema da iliquidez é apreciável a qualquer tempo ou fase do processo executivo, até mesmo “ex officio” (art. 485, § 3º). Nessa linha, o Código reputa de nula a execução quando o título não corresponder à obrigação certa e líquida (art. 803, I). Em sendo vício fundamental do título que contamina a própria execução, a iliquidez pode ser pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de impugnação (art. 803, parágrafo único, por analogia).⁶⁹⁹

Como visto, o art. 525, § 11, assegura defesa relativa a fato superveniente, mesmo depois de escoado o prazo ordinário da impugnação, v.g., sobre matérias relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes. Assim, para que não fique o executado privado do

⁶⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 962.

⁶⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 95.

contraditório, pode arguir essas questões e fatos processuais supervenientes por meio de simples petição, em 15 (quinze) dias contados da ciência do fato ou da intimação do ato. Em reforço, o art. 518 autoriza que todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento de sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser suscitadas nos próprios autos e serão decididas pelo juiz, o que poderá ser feita por meio de simples petição ou por impugnação.⁷⁰⁰

A arguição de impedimento e suspeição do juiz (§ 2º) deve observar o disposto nos arts. 146 e 148, ou seja, é matéria alegável por meio do incidente próprio, e não no bojo da impugnação. A competência para julgar sobre a suspeição e impedimento do juiz é do Tribunal.⁷⁰¹

4.2.2.2. A alegação de inconstitucionalidade

Novamente se abstraindo a discussão sobre a compatibilidade, ou não, do sistema posto com o texto constitucional, o legislador manteve o modelo normativo pelo qual se ampliou a possibilidade de impugnação dos atos concretos inconstitucionais, especialmente para negar força executiva às sentenças ou decisões judiciais fundadas em leis inconstitucionais ou em interpretação tida por incompatível com a Constituição.⁷⁰²

⁷⁰⁰ Pelo art. 518, § 11, todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento de sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e serão decididas pelo juiz, ou seja, serão alegáveis por meio de simples petição ou por impugnação. Segundo Sergio Shimura, o dispositivo tem tudo para fazer as vezes da exceção de pré-executividade (SHIMURA, Sérgio. Comentários ao art. 523. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.), *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, cit., p. 1357).

⁷⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1302.

⁷⁰² MENDES, Gilmar Ferreira, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 102.

Embora o Código considere “inexigível” o título, fato é que a discussão não recai verdadeiramente sobre a exigibilidade, no que diz respeito à atualidade da dívida (obrigação não sujeita a termo, obrigação ou encargo). Pelo contrário, a questão consiste em saber se a decisão exequenda contrária ao posicionamento do STF em controle de constitucionalidade pode, ou não, ser executada. Nesse caso, “parece mais adequado falar-se em *inexequibilidade do título, e não em inexigibilidade da obrigação nele reconhecida*”.⁷⁰³ Uma vez acolhida a impugnação por este fundamento, fica comprometida a eficácia executiva da decisão de mérito transitada em julgado, mas não o seu

conteúdo declaratório, que fica preservado e pode ser veiculado em defesa pelo exequente em futura decisão judicial. Somente a admissibilidade da execução será atingida. Se o executado pretender atacar também o comando declaratório, deverá ajuizar a correspondente ação rescisória.⁷⁰⁴

A inconstitucionalidade – seja das leis ou atos normativos, bem como da interpretação que lhes tenha sido aplicada em juízo – manteve-se como hipótese autônoma de inexigibilidade de títulos judiciais. Porém, houve melhor especificação sobre: (a) a natureza dos precedentes do STF elegíveis como paradigmas (acórdãos proferidos em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso – arts. 525, § 12; e 535, § 5º); (b) o momento no qual eventual vício poderá ser invocável por impugnação (arts. 525, § 14º; e 535, § 7º); e (c) a distinção havida entre esta causa de inexigibilidade (inexequibilidade) e a hipótese de cabimento da ação rescisória (arts. 525, § 15; e 535, § 8º).

⁷⁰³ MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 943.

⁷⁰⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 747.

São novidades a explicitação de que as decisões do STF podem ser “em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.⁷⁰⁵ Como já era sustentado, não é apenas a decisão que declara a inconstitucionalidade de norma que pode obstaculizar a execução, mas também as decisões proferidas com base nas técnicas da “interpretação conforme” e da “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”.⁷⁰⁶

Conquanto tenha o Código sido mais claro em comparação ao anterior, não pulverizou todos os debates sobre o tema. Ainda que omisso o texto, quanto ao controle difuso, deve ter sido realizado pelo Plenário do STF, nos termos do enunciado 58 do FPPC: “As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13, e art. 535, §§ 5º e 6º, devem ser proferidas pelo plenário do STF”.⁷⁰⁷ Também silente o novo diploma legal sobre a (in)dispensabilidade da resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CF) suspendendo a eficácia da lei ou do ato normativo, no caso do controle difuso.⁷⁰⁸

⁷⁰⁵ Reforçam a tese da abstrativização do controle difuso as hipóteses previstas no parágrafo único do art. 949 do CPC/15, que submete os demais Tribunais à eficácia vinculante das decisões do Plenário do STF em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso. Em relação aos julgados no controle difuso, quando se afirma que também podem “obstaculizar a execução da decisão, demonstra-se exatamente a importância dos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo STF. Ora, é evidente que o § 12 do art. 525 não está preocupado com a parte dispositiva da decisão proferida em recurso extraordinário, uma vez que esta interessa apenas às partes que litigaram no caso que lhe deu origem. Quando se diz que a decisão exequenda pode ser impugnada quando tiver se pautado em norma considerada inconstitucional pelo STF ou se fundado em aplicação ou interpretação de norma tida pelo STF como incompatível com a Constituição Federal (art. 525, § 12, do CPC/2015), obviamente se está a falar dos fundamentos determinantes ou da *ratio decidendi* da decisão do STF.” (MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo online*, v. 251. São Paulo, 2016, p. 2).

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 2-3.

⁷⁰⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 747.

⁷⁰⁸ Pela indispensabilidade da resolução: MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 947; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1306. Contra a necessidade da intervenção do Senado: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 748.

Está literalmente albergada a hipótese de modulação dos efeitos dessas decisões no tempo pelo STF, em atenção à segurança jurídica (§ 13). Assim, para a aplicação da técnica, é preciso que não tenha havido modulação de efeitos da decisão que seja capaz de excluir do seu campo de incidência decisões como a exequenda.⁷⁰⁹

No regime anterior, não havia distinção explícita entre ser o precedente anterior ou superveniente à sentença exequenda. Agora, para a decisão do STF ser suscitada em impugnação, deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda (§ 14), reforçando mais claramente o desrespeito à autoridade da Corte Suprema. No caso contrário, isto é, se for superveniente a declaração à formação da coisa julgada, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF (§ 15).⁷¹⁰

Ademais, considerando-se que a adoção da lei ou da interpretação

⁷⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas, *O novo processo civil brasileiro*, cit., p. 408.

⁷¹⁰ A técnica adotada pelo Código sobre a possibilidade de a interpretação do STF se impor sobre as demais interpretações judiciais pretéritas, operando a destruição ou a nulificação de decisões já transitadas em julgado não é imune a críticas: as decisões que transitaram em julgado, tratando da questão constitucional posteriormente interpretada de outra maneira pelo STF, expressam um juízo legítimo sobre a constitucionalidade, até por decorrência da eficácia preclusiva da coisa julgada; essa possibilidade fere de morte o controle abstrato da constitucionalidade, isto é, a possibilidade de qualquer juiz ordinário realizá-lo; coloca a coisa julgada em estado de provisoriedade, no aguardo (na pendência) do (futuro e eventual) posicionamento do STF, o que é incompatível com sua natureza e finalidade; a rescisão da sentença com base na declaração superveniente da inconstitucionalidade pelo STF atenta contra a segurança jurídica, princípio concretizador do Estado de Direito; não há decisão estatal legítima que possa ser desfeita pelo próprio Estado, já que a decisão, mesmo quando fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional, é manifestação legítima do Poder Judiciário (MARINONI, Luiz Guilherme, *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*, cit., p. 5 e ss.).

No mesmo sentido o já mencionado RE 590.809, no qual o Supremo Tribunal Federal, em julgamento com repercussão geral reconhecida, fixou a tese de que a invocação de precedente constitucional posterior à formação da coisa julgada material, com a finalidade de desconstituí-la, é incompatível com a garantia constitucional da coisa julgada. Em outras palavras, a alteração superveniente da orientação jurisprudencial não se qualifica como hipótese de rescindibilidade do julgado.

já declaradas inconstitucionais pelo STF pode não ter sido essencial para a condenação, apresentada a impugnação, o exequente deve ter a oportunidade de demonstrar que, ainda que a decisão houvesse observado o precedente do STF, a sentença teria sido de procedência.⁷¹¹

Embora esses parágrafos não tenham sido reproduzidos no capítulo que trata da execução contra a Fazenda Pública (art. 535, do CPC/2015), é claro caso de aplicação por analogia.

Importante limitação aos dispositivos deve ser feita, na linha do que já ocorria na vigência do CPC/1973, ficando de fora do âmbito material da impugnação todas as hipóteses de sentenças inconstitucionais não tratadas pelos art. 525, § 12, e 535, § 5º, do CPC/2015, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, *v.g.*, as que a) deixarem de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicarem dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixarem de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora; e) sentenças que tenham se baseado em lei ou ato normativo declarado, após o trânsito em julgado, inconstitucional pelo STF,⁷¹² pois neste caso só é cabível ação rescisória, nos

⁷¹¹ “De modo que o acolhimento da impugnação não é consequência necessária da não observância do precedente constitucional. A obstaculização da execução exige juízo no sentido de que a não adoção da norma ou da interpretação declaradas inconstitucionais pelo Supremo conduziria à modificação do sinal da sentença, que, de procedência, passaria a ser de improcedência. Se o desrespeito ao precedente do Supremo Tribunal Federal não impuser a alteração da sentença, mas admitir apenas a modificação da sua fundamentação, não há como acolher a impugnação” (MARINONI, Luiz Guilherme, *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*, cit., p. 2).

⁷¹² Nesta mesma linha: MARINONI, Luiz Guilherme, *Coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 81; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 891-893. E ainda: STF, 2ª Turma, AgRg-RE 592912, rel. Min. Celso de Mello, j. 21/11/2012, p. 22/11/2012.

termos dos arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC/2015.⁷¹³

Em matéria de arguição da inconstitucionalidade na impugnação ao cumprimento de sentença, foi criada norma especial de direito intertemporal. Cuida-se do art. 1.057, pelo qual as regras constantes dos arts. 525, §§ 14 e 15, e do art. 535, §§ 7º e 8º, aplicam-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor do novo Código; já às decisões transitadas em julgado anteriormente, continua aplicável o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, do CPC/1973.

Convém ainda mencionar que, para o STJ, a temática atinente à inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no qual tenha se fundado a sentença exequenda é matéria de ordem pública,⁷¹⁴ ou seja, passível de reconhecimento “ex officio” pelo magistrado em sede de impugnação. De tal modo, mesmo omissa a execução (impugnante) quanto à inexigibilidade (inexequibilidade) da obrigação por este fundamento, pode e deve o magistrado contrastar o título executivo com o entendimento do STF.⁷¹⁵

4.2.2.3. Outras questões

A impugnação deve ser rejeitada liminarmente quando seus requisitos não estiverem presentes. É o que ocorre caso seja apresentada por parte ilegítima ou seja intempestiva, fundada em matérias estranhas ao rol previsto no

⁷¹³ STJ, 1ª Turma, REsp 803.099/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 21/02/2006, p. 06/03/2006; STJ, 1ª Seção, REsp 1189619/PE, rel. Min. Castro Meira, j. 25/08/2010, p. 02/09/2010.

⁷¹⁴ STJ, 1ª Seção, Embargos Divergência no Agravo 724.888/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 10/06/2009, p. 22/06/2009.

⁷¹⁵ STJ, 3ª Turma, REsp 1100014/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 08/05/2012, p. 28/05/2012.

art. 525,⁷¹⁶ ou ainda quando versar sobre excesso de execução sem apontar o valor que entenda correto (e/ou tenha deixado de apresentar demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo), nos termos de seu § 5º.⁷¹⁷

Via de regra, a impugnação não é dotada de efeito suspensivo, ou seja, sua apresentação não impede a prática dos atos executivos, nem mesmo os expropriatórios (art. 525, § 6º). Todavia, pode o juiz lhe atribuir efeito suspensivo, desde que preenchidos os seguintes requisitos cumulativos: a) requerimento do executado; b) esteja garantido o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes; c) os fundamentos do executado sejam relevantes; d) o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.⁷¹⁸

A concessão do efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço (ampliação) ou de redução da penhora e de avaliação de bens (art. 525, § 7º, do CPC/2015). Deste modo, não evita o prosseguimento dos atos executivos anteriores à expropriação.⁷¹⁹

Nos termos do art. 525, § 8º, o efeito suspensivo pode ser parcial, isto é, dizer respeito apenas a parte do objeto da execução. Em outras palavras, pode o juiz paralisar toda a execução ou apenas suspender a prática de certos atos

⁷¹⁶ Somente em princípio que a impugnação deve se limitar às matérias enumeradas em lei, visto que a poderá veicular outras objeções (questões não sujeitas à preclusão), desde que não suscitadas na fase de conhecimento, por força da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508, do CPC/2015).

⁷¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, cit., p. 957.

⁷¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1304.

⁷¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 94.

executivos (justamente aqueles capazes de causar dano). Nesta hipótese, a execução prosseguirá em relação à parcela não suspensa, sem nenhuma limitação legal. Havendo litisconsórcio passivo, a concessão do efeito suspensivo à impugnação deduzida por um dos executados não suspende a execução contra os demais que não impugnaram, desde que o fundamento diga respeito exclusivamente ao impugnante (art. 525, § 9º).⁷²⁰

À luz do princípio do contraditório e da igualdade, deve o exequente ser intimado, na pessoa de seu advogado, para se manifestar sobre a impugnação, no mesmo prazo de 15 (quinze) dias.⁷²¹ Ainda que seja atribuído efeito suspensivo à impugnação, é direito do exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecendo e prestando, nos próprios autos, caução suficiente e idônea a ser arbitrada pelo juiz (art. 525, § 10). É discutível a incidência dos efeitos da revelia para o caso do não oferecimento de contestação à impugnação pelo exequente.⁷²²

É admissível a fase probatória em sede de impugnação, pois deve ser observado o procedimento comum de maneira subsidiária. Das decisões do juiz na impugnação (ou sobre questões suscitadas em petição avulsa) cabe agravo de instrumento, salvo quando implicarem na extinção do processo, hipótese em que o recurso será a apelação (art. 203, § 1º c/c art. 1.009 e 1.015, parágrafo único,

⁷²⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 753.

⁷²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1304.

⁷²² Contra a existência da revelia em todas as situações, pois o exequente tem em seu favor o título que faz presumir a existência do direito: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, *Novo curso de processo civil*, cit., p. 958. A favor da revelia para os casos em que a impugnação assume a feição de uma demanda incidental, v.g., na alegação de pagamento superveniente: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 754-755.

do CPC/2015).⁷²³

Extinta total ou parcialmente a execução pelo acolhimento da impugnação, são devidos honorários advocatícios; no último caso, sobre a parcela extinta do processo. Rejeitada a impugnação, o STJ entende não cabível a verba honorária.⁷²⁴ Por outro lado, o enunciado 450 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) preceitua que a regra prevista no art. 827, § 2º, do CPC/2015, que trata da majoração dos honorários advocatícios para até 20% (vinte por cento) do crédito, quando rejeitados os embargos à execução, é perfeitamente aplicável ao cumprimento de sentença.⁷²⁵

Inegável que a decisão da impugnação é dotada de estabilidade. Considerando-se que a impugnação comporta temas tanto de direito material quanto de direito processual, a depender das questões concretamente dirimidas no julgamento do incidente, pode o ato judicial formar, ou não, coisa julgada material. Mesmo assim, as questões apreciadas que não digam respeito ao mérito não podem ser novamente discutidas pelo fenômeno da preclusão (art. 507, do CPC/2015).⁷²⁶

⁷²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Novo Código de Processo Civil comentado*, cit., p. 555. Assim, v.g., se excluído apenas um executado do processo, reconhecido excesso de execução ou ainda uma cumulação indevida, caberá recurso de agravo de instrumento. Se o acolhimento da impugnação importar na extinção da execução, o recurso cabível será a apelação.

⁷²⁴ STJ, Corte Especial, REsp 1134186/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/08/2011, p. 21/10/2011.

⁷²⁵ Neste sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *Processo...*, cit., p. 755.

⁷²⁶ ASSIS, Araken de, *Manual da execução*, cit., p. 1686. Assim, “são suscetíveis de produzir coisa julgada material as sentenças que julguem procedentes ou improcedentes as oposições de mérito, porque elas se manifestam sobre a própria relação substancial questionada entre as partes, seja para lhes declarar a existência, a inexistência ou a existência por valor menor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4, p. 839-840).

4.3. Outros meios não tipificados em lei

4.3.1. Exceção de pré-executividade

Tem-se afirmado que os arts. 518, § 11 e 525, do CPC/2015, positivaram aquilo que, na praxe forense, convencionou-se chamar de exceção de pré-executividade.⁷²⁷ Entretanto, é certo que o atual panorama do instituto não se restringe à alegação de matérias de ordem pública (requisitos da execução e a validade e adequação dos atos executivos); admite a apresentação de defesa contra o próprio mérito da execução, motivo pelo qual será tratada, neste trabalho, como meio não tipificado em lei.

Trata-se de meio de defesa à disposição do executado,⁷²⁸ com natureza de incidente processual,⁷²⁹ a fim de controlar a admissibilidade da atividade jurisdicional executiva⁷³⁰ e o próprio mérito das execuções nitidamente indevidas.

⁷²⁷ MEDINA, José Miguel Garcia, *Direito processual civil moderno*, cit., p. 939.

⁷²⁸ Também é meio à disposição do terceiro atingido pela execução (STJ, 3ª Turma, REsp 1.522.093/MS, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/11/2015, p. 26/11/2015).

⁷²⁹ A “natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente defensivo, que não tem forma nem figura de juízo, resumindo-se a simples petição do executado” (MOREIRA, Alberto Camiña. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 38).

⁷³⁰ Em um primeiro momento, o controle da admissibilidade da execução “é realizado *unilateralmente* pelo juiz, até porque o devedor, nessa ocasião, ainda não foi citado e, se e quando o for, o será para *satisfazer o direito do credor*, sob pena de ficar sujeito imediatamente à execução forçada” (GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: RT, 1995, p. 146).

Ingressou no direito brasileiro por construção de Pontes de Miranda, que a concebeu em parecer dado no “caso Mannesmann”, ocorrido em 1966, em que diversas ações executivas foram ajuizadas em face da Companhia Siderúrgica Mannesmann, com base em títulos falsos, gerando severos prejuízos para a executada, que para embargar a execução, precisaria garantir o juízo oferecendo bens à penhora. Em razão da notória falsidade dos títulos executivos, criou-se a modalidade de defesa denominada “exceção de pré-executividade”.⁷³¹ É verdadeira concepção doutrinária e pretoriana, hoje aceita sem maiores controvérsias, que mitigou o denominado “mito dos embargos” até então dominante.⁷³²

A nomenclatura “exceção de pré-executividade”, contudo, foi empregada pela primeira vez por Galeno Lacerda, ao comentar a elaboração de Pontes de Miranda.⁷³³

Serve a exceção de pré-executividade para “amparar o direito do executado, que sofre danos de grande monta decorrentes de processo que nunca

⁷³¹ Sobre o tema: MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. atual. Sergio Bermudes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11, p. 44 e ss. Contra o meio: "o rigor com o qual sempre foi tratado o devedor reflete-se no fato de lhe restar, como único meio viável para se opor à pretensão executória, a ação denominada embargos do devedor" (LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 273).

⁷³² “É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muitos poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 451).

⁷³³ LACERDA, Galeno. Execução de Título Extrajudicial e Segurança do juízo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 174.

deveria ter existido”.⁷³⁴ Na vigência do CPC/1973, este meio impugnativo permitia ao executado se defender sem prévio depósito ou garantia, o que era de grande vantagem frente à exigência comum da segurança do juízo nos embargos à execução e na impugnação ao cumprimento da sentença.⁷³⁵

Para mitigar os deletérios efeitos das execuções nitidamente indevidas, setor da doutrina entendia possível a interposição do recurso de agravo de instrumento contra a decisão que determinava a intimação do executado, recurso este dotado de efeito suspensivo “*ope iudicis*” (art. 558, “caput”, do CPC/1973)⁷³⁶ e a impetração do mandado de segurança.⁷³⁷

O novo Código exige a prévia garantia unicamente como requisito para a concessão de efeito suspensivo à impugnação, nos termos do art. 525, § 6º.⁷³⁸

A criação do remédio jurídico se deu, inicialmente, para a veiculação de qualquer matéria de ordem pública relacionada à admissibilidade da execução (condições da ação ou algum pressuposto processual) e que, por essa

⁷³⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000, p. 103.

⁷³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 885-886.

⁷³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 351; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 264.

⁷³⁷ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *A exceção de pré-executividade*. Revista de Processo, v. 55. São Paulo: RT, 1989, p. 86.

⁷³⁸ Na vigência do CPC/1973, já havia entendimento pela desnecessidade da prévia garantia do juízo como requisito para a apresentação da impugnação: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Curso de Direito Processual Civil*, cit., p. 298-299.

natureza, poderia ser conhecida oficiosamente pelo juiz.⁷³⁹ A jurisprudência, com o passar do tempo, ampliou as matérias apreciáveis nesta via, que podem ou não ser de ordem pública, desde que comprovadas documentalmente,⁷⁴⁰ na linha do que já era defendido pela doutrina.⁷⁴¹

A denominação do instituto não ficou ilesa a críticas. O nome exceção é tradicionalmente reservado para as matérias de defesa cognoscíveis mediante alegação do interessado. Para se referir às matérias de defesa que podem e devem ser apreciadas “ex officio” pelo juiz, sempre se preferiu utilizar o nome “objeção”, *v.g.*, na objeção de litispendência, coisa julgada ou decadência.⁷⁴² A questão suscitada não se relaciona com algo prévio à execução (mas somente ao mérito), motivo pelo qual não seria adequado se falar em “pré-executividade”.⁷⁴³

⁷³⁹ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de pré-executividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 71. Este é o teor da Súmula 393 do STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação”.

⁷⁴⁰ Admite-se o incidente, *v.g.*, para a alegação de excesso de execução, pagamento, prescrição etc., desde que comprováveis de plano. Neste sentido: STJ, 3ª Turma, AgRg-REsp 1.246.326/MT, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 14/06/2016, p. 22/06/2016; STJ, 3ª Turma, REsp 1.061.759/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21/06/2011, p. 29/06/2011.

⁷⁴¹ Sendo nítido o propósito de barrar execuções manifestamente injustas, o “âmbito de incidência da exceção ou da oposição de pré-executividade não diz respeito à matéria que ela veicula, já que tanto poderá tratar-se de matéria atinente ao juízo de admissibilidade quanto a matéria atinente ao juízo de mérito da execução. O que importa é que o conteúdo da exceção, seja defesa processual, seja defesa de mérito, possa ser provado de plano pelo executado, sem a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, a não ser a que estiver instruindo o pedido ou puder ser de plano requisitada pelo juízo da execução.” (OLIVEIRA NETO, Olavo de, *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, cit., p. 117).

No mesmo sentido: “os limites de cognição do juiz da execução, que deveria limitar-se às defesas processuais, ou como lhes chama o direito italiano, defesas contra os atos executivos e não defesa de mérito contra a execução, tem-se alargado para permitir que o executado nos autos do processo executivo, suscite determinadas exceções que digam respeito ao *meritum causae*” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 23).

⁷⁴² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, cit., p. 886.

⁷⁴³ O termo “pré-executividade deveria designar algo anterior, precedente, anteposto à executividade. Como entender a noção, aplicada ao processo e ao título? Teremos de conceber, em vez de um

Consiste a defesa na alegação se pode ou não haver a execução, pelo que seria mais adequada a expressão “objeção de não executividade”.⁷⁴⁴

Segundo outra corrente, mais adequada a expressão “incidente de pré-executividade”, visto que não é a natureza jurídica da matéria veiculada, mas a forma de cognição (exauriente sobre a matéria objeto do incidente e de plano, o que se dá mediante prova documental pré-constituída) o traço identificador do remédio jurídico.⁷⁴⁵

Considerando-se que o executado pode se insurgir contra o mérito da execução ou contra sua admissibilidade, desde que o faça mediante prova documental pré-constituída, pode-se definir o instituto como sendo aquele “incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas mediante cognição exauriente da matéria nele veiculada a ser de plano realizada pelo juiz”.⁷⁴⁶

A despeito de o novo diploma processual civil dispensar o oferecimento da prévia garantia do juízo, certo é que a impugnação se submete ao requisito da tempestividade, como preceitua os arts. 525, “caput”, e 535, “caput”,

processo executivo, um processo pré-executivo e, em vez de um título executivo, um título pré-executivo? Mas que sentido poderão ter semelhante locuções? Se o título é judicial, o que existe antes da execução é, em regra, a sentença condenatória, proferida em processo de conhecimento. Fará sentido, por isso, apelidar tal processo de pré-executivo? E que existirá, antes de instaurar a execução, se se trata de título extrajudicial? Poderá haver o próprio título; mas esse ou já é executivo (não simplesmente pré-executivo), ou nada será que interesse à execução.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 119-121).

⁷⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2, p. 437.

⁷⁴⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de, *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, cit., p. 118.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 118.

do CPC/2015. Pode ocorrer de o executado perder o prazo para impugnar, devendo-se continuar a admitir a utilidade do remédio jurídico no sistema para aduzir, nesta hipótese, alguma matéria de ordem pública (não sujeita à preclusão), o que pode ser feito a qualquer momento antes da extinção do módulo executivo, à luz do disposto no art. 803, parágrafo único, do novo diploma legal.⁷⁴⁷

Por ser incidente processual, é formulado por simples petição e sem a necessidade de cumprir com os requisitos de uma petição inicial, devendo o executado juntar todos os documentos que comprovem o seu direito.⁷⁴⁸ Não se admite dilação probatória; a prova documental deve ser pré-constituída. Havendo necessidade de produção de prova, inviável a instauração do incidente. É processado nos autos principais, não devendo ser autuado em separado.⁷⁴⁹

Tal como sucede com a impugnação, o contraditório é prestigiado com a intimação do exequente para se manifestar nos autos, até mesmo por força do art. 9º, “caput”, do CPC/2015.⁷⁵⁰

Em relação à possibilidade de o incidente suspender o curso da execução, inclina-se a jurisprudência pela indispensabilidade da prévia garantia do juízo, como ocorre com a impugnação (art. 525, § 6º, do CPC/2015). Portanto, não suspende a execução e nem o prazo para o oferecimento de impugnação ao

⁷⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. *Revista de processo on line*, v. 153. São Paulo: RT, 2007, p. 17; CÂMARA, Alexandre Freitas, *Lições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 439-440.

⁷⁴⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de, *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*, cit., p. 118.

⁷⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 1297.

⁷⁵⁰ ASSIS, Araken de, *Manual da execução*, cit., p. 1678.

cumprimento da sentença.⁷⁵¹

Do pronunciamento judicial sobre o incidente cabe agravo de instrumento por se tratar de decisão interlocutória, salvo quando implicar na extinção do processo, quando então, pela natureza jurídica de sentença, o recurso será a apelação (art. 203, § 1º c/c art. 1.009 e 1.015, parágrafo único, do CPC/2015).

Divide-se a doutrina a respeito do meio para a alegação de inconstitucionalidade. Eduardo Talamini rechaça essa possibilidade, pois a lei restringe a arguição aos embargos ou impugnação ao cumprimento de sentença. Pondera que a regra do art. 741, parágrafo único,

é inspirada em dispositivo do ordenamento alemão segundo o qual “não é admissível” a execução da sentença que houver aplicado lei inconstitucional. Talvez se pudesse pretender que uma tal inadmissibilidade implicaria carência de ação executiva, arguível na própria execução. No entanto, a mesma regra do direito alemão que alude à inadmissibilidade desautoriza essa conclusão, na medida em que expressamente indica a via cabível para a arguição do defeito: a medida prevista no § 767 do diploma processual civil alemão (ZPO). É a “ação de oposição (embargos) à execução”, meio adequado para veicular “as objeções que afetam a própria pretensão determinada pela sentença” (§ 767, 1). Vale dizer: as objeções ao próprio conteúdo da pretensão – matéria típica de embargos em nosso sistema. Portanto, tampouco o direito comparado oferece subsídios para a tese de que a matéria do art. 741, par. ún., poderia ser discutida na própria execução.⁷⁵²

Em outra oportunidade, assentou que tal alegação é exclusivamente de mérito e poderia apenas ser reconhecida por meios

⁷⁵¹ STJ, 4ª Turma, AgRg-AREsp 578.168/SP, rel. Min. Maria Isabel Galloti, j. 23/02/2016, p. 02/03/2016. Contra a suspensão: ASSIS, Araken de, *Manual da execução*, cit., p. 1530.

⁷⁵² TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 475.

expressamente previstos pelo legislador, já que esta defesa se refere à validade da norma aplicada pelo pronunciamento judicial que constituiu o título.⁷⁵³

Em sentido diverso, Araken de Assis⁷⁵⁴ sustenta que a inexigibilidade do título está no plano da ineficácia da sentença, de modo a ser possível sua alegação por exceção de pré-executividade. Esta posição encontra ressonância em julgados do STJ, que condicionam a utilização do meio à observância dos mesmos parâmetros fixados para a impugnação ao cumprimento da sentença, os quais foram mencionados mais acima.⁷⁵⁵

A temática atinente à inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo no qual tenha se fundado a sentença exequenda é matéria de ordem pública. Desta maneira, possível sua arguição, ainda que escoado o prazo da

⁷⁵³ “Assim, ao primeiro critério (o de tratar-se de questão de ordem pública) deve ser acrescido outro, que pode ser resumido nos seguintes termos: fica afastado o conhecimento no processo executivo das questões para as quais o título funciona como fator de mediação. Exemplificando: a ilegitimidade de parte no processo executivo, além de ser matéria de embargos, pode ser conhecida na própria execução, pois é assunto de ordem pública logicamente posterior ao título. Já se a parte era ilegítima no processo de conhecimento e, apesar disso, formou-se o título executivo, a questão – que era de ordem pública no processo cognitivo – não poderá ser conhecida como tal na execução. Nesse caso o título executivo tem existência e eficácia, e a legitimidade de partes para a execução é definida a partir daquilo que está previsto no título.

Considerando esses critérios gerais, o fundamento previsto no art. 741, par. ún., enquadra-se, em regra, entre aqueles que só podem ser suscitados através de embargos. Trata-se de matéria que, embora de ordem pública no processo cognitivo, é logicamente anterior à formação do título. A sentença fundada em solução inconstitucional juridicamente existente é eficaz, razão pela qual há de ser desconstituída. Como também já se viu, apenas excepcionalmente um problema de inconstitucionalidade afeta a própria existência da sentença: quando repercute diretamente sobre um pressuposto de existência do processo. Não sendo esse o caso, o título existe e é válido. Funciona como anteparo ao conhecimento da questão na própria execução, devendo ser desconstituído pelas vias apropriadas” (TALAMINI, Eduardo, *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*, cit., p. 72-73).

⁷⁵⁴ ASSIS, Araken de, *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*, cit., p. 345-373. No mesmo sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública*, cit., p. 14.

⁷⁵⁵ STJ, 2ª Turma, AgRg-REsp 1.331.229/SE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 27/11/2012, p. 05/12/2012.

impugnação, por intermédio do incidente de pré-executividade, pois é relacionado a vício do título que contamina o processo executivo, cognoscível até mesmo de ofício pelo julgador.⁷⁵⁶

4.3.2. Ação declaratória de inexistência jurídica ou “querela nullitatis insanabilis”

Em relação à sentença fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF, parcela da doutrina admite a propositura de ação destinada ao reconhecimento da sua inexistência jurídica⁷⁵⁷ ou nulidade absoluta insanável,⁷⁵⁸ sem a necessidade da observância a nenhum prazo peremptório. Para esses, as vias ordinárias devem estar abertas à arguição inconstitucionalidade da sentença, já que não se permite ao Poder Judiciário se furtar de garantir a supremacia da Constituição em nenhum caso de ofensa comprovada a seus princípios e normas.⁷⁵⁹ Faz-se menção até mesmo ao reconhecimento da matéria “ex officio”, sem qualquer provocação dos interessados.⁷⁶⁰

⁷⁵⁶ STJ, 1ª Turma, REsp 888.676/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 12/02/2008, p. 18/06/2008. Neste sentido: ASSIS, Araken de, *Manual da execução*, cit., p. 1671.

⁷⁵⁷ Nesse sentido: Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, que ressalvam o cabimento de ação rescisória contra a sentença que deixar de aplicar lei considerada constitucional (*O dogma da coisa julgada*, cit., p. 43).

⁷⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais on-line*, v. 795. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 4.

⁷⁵⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de, Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle, cit., p. 445.

⁷⁶⁰ “Se perante uma sentença condenatória transitada em julgado é intentada uma posterior acção executiva, o juiz deverá proceder ao exame da constitucionalidade do referido título executivo. Se concluir que o mesmo é directamente desconforme com a Constituição, deve considerar improcedente

Cândido Rangel Dinamarco indica a “ação declaratória de nulidade absoluta e insanável de sentença”, ou a “ação declaratória de ineficácia”, ou ainda a “ação declaratória de negativa de certeza jurídica” como possíveis instrumentos para a desconconsideração da coisa julgada.⁷⁶¹ Também aparece na jurisprudência a denominação “querela nullitatis” ou “actio nullitatis”⁷⁶² como mecanismos de impugnação a vícios transrescisórios.⁷⁶³

Desde 1982, quando proferido o julgamento do Recurso Extraordinário nº 97.589/SC pelo STF, aceita-se a sobrevivência da “querela nullitatis” como meio de impugnação autônomo às decisões judiciais não mais sujeitas a ação rescisória. Embora haja um consenso quanto à sua sobrevivência, a terminologia usada e os fins do instituto permanecem controversos.⁷⁶⁴

o pedido de execução, fundamentando a sua decisão na inconstitucionalidade do respectivo título base.” (OTERO, Paulo, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, cit., p. 129).

⁷⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Relativizar a coisa julgada material*, cit., p. 46 e ss.

⁷⁶² Diferenciando “querela nullitatis” de “actio nullitatis” – a primeira é meio de impugnação de sentenças existentes, enquanto a outra é o instrumento equivalente à ação declaratória de inexistência e não a “querela nullitatis” (LUCCA, Rodrigo Ramina. Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro. *Revista de Processo on-line*, v. 202. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 4 e ss.).

⁷⁶³ Transrescisórios são os “vícios correspondentes a pressupostos cuja falta autoriza a declaração da inexistência ou ineficácia da sentença, ou a decretação de sua nulidade, ainda que decorrido o prazo para a propositura de ação rescisória” (TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 193). Neste sentido, utilizando o termo: STJ, 3ª Turma, REsp 1449208/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18/11/2014, p. 27/11/2014).

Contra, dizendo que a inexistência não é vício, mas apenas um “não ato”: LUCCA, Rodrigo Ramina, Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro, cit., p. 15 e ss. E sustentando que não há nulidade após a formação da coisa julgada, mas sim rescindibilidade (a sentença existe, é válida e eficaz enquanto não lhe sobrevier a desconstituição por ação rescisória): FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *Revista de Processo on-line*, v. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 6 e ss.).

⁷⁶⁴ STF, Pleno, RE 97.589/SC, Pleno, rel. Min. Moreira Alves j. 17.11.1982, p. 03.06.1983.

O estudo da “querela nullitatis” está intimamente ligado a um dos temas mais espinhosos do direito (e do processo): os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos. É o que justifica os contornos incertos da “querela” no direito brasileiro.⁷⁶⁵

Sua criação remonta ao direito intermédio, no direito estatutário italiano, por influência do direito germânico e de institutos de direito romano (“appellatio”, “restituto in integrum”, “revocatio in duplum”), quando se julgou “necessário criar, para a denúncia dos ‘erros in procedendo’, um remédio especial, a ‘querela nullitatis’, exercitável de modo autônomo, não propriamente como ação, mas por simples ‘imploratio officii iudicis’”.⁷⁶⁶

A “querela nullitatis”, originalmente, não era nem um recurso, nem uma ação, mas uma invocação do “officiu iudicis”, isto é, uma forma simples de provocação do Estado para que expurgasse do sistema sentenças que, na verdade, não passavam de verdadeiros simulacros.⁷⁶⁷ Atualmente, é encarada como verdadeira ação autônoma impugnativa, pois inaugura nova relação jurídica processual distinta daquela que se pretende atacar.⁷⁶⁸

⁷⁶⁵ Trata-se de resquício de direito canônico antigo, que remonta à “exceptio nullitatis” das “Decretais” e à “actio nullitatis” do direito processual medieval. Esse tipo de demanda vem sendo utilizado, principalmente, para os casos de falta ou nulidade de citação e que os Tribunais vêm tratando indiferentemente os conceitos de nulidade e de inexistência jurídica, quando, na verdade, são fenômenos distintos (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 233).

⁷⁶⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 100. Chegou-se a dizer que o instituto “não se pode dizer de origem romana, nem de origem germânica, mas de pura formação italiana” (CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Turim: 1920, v. 1, p. 138).

⁷⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 182.

⁷⁶⁸ A “querela” é “em geral apontada como o germe das ações autônomas de impugnação, conhecidas sob várias formas no direito moderno. Não foi homogênea, entretanto, a evolução dos diversos ordenamentos europeus nessa matéria. Enquanto em alguns a querela se viu em parte abolida, em

Como afirmado, a distinção entre inexistência, nulidade e ineficácia dos atos judiciais é tormentosa e “pode ser até que a distinção entre ato inexistente e ato nulo *pleno jure* careça de repercussões práticas”.⁷⁶⁹

Uma corrente entende que a sentença pode ser juridicamente inexistente em razão do grau de radicalismo da sua nulidade, tal como sucede, *v.g.*, em um processo sem citação, cujo vício é tão repugnante para a consciência jurídica atual que a sentença nele proferida alcançaria as raias da inexistência.⁷⁷⁰ Na visão de Liebman,

os defeitos do processo e da sentença são em regra sanados pela coisa julgada; os poucos que lhe sobrevivem podem servir de fundamento à ação rescisória, valendo entretanto a sentença enquanto não for rescindida. A lei prevê, porém, caso de nulidade absoluta que é o da falta ou nulidade da citação inicial do processo em que a sentença se proferiu, se o processo houver corrido à revelia do condenado; nesta hipótese o processo deve considerar-se radicalmente nulo e a sentença que nele se proferiu é juridicamente inexistente, de tal forma que qualquer juiz e, portanto, também o da execução, pode declarar este fato e recusar

parte foi absorvida pela apelação – de tal sorte que os fundamentos alegáveis para pedir a desconstituição da sentença passaram a fazer-se valer unicamente como razões de recurso, perdendo toda a relevância fora desse estreito âmbito – em outros substituíram certas possibilidades de ataque às decisões judiciais, ainda quando irrecorríveis. Seguiram aquela orientação o direito francês e o italiano; esta foi vitoriosa no direito alemão.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 102).

⁷⁶⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória, cit., p. 8.

⁷⁷⁰ A categoria da inexistência jurídica para o vício de citação somado à revelia é controversa: “Afirmar a inexistência do processo porque não realizada a citação é desconsiderar o objetivo desse ato de comunicação processual e os escopos do próprio processo. [...]. Não obstante a inegável importância desse ato, não se pode ignorar que o réu é o maior beneficiário dele. As exigências rigorosas quanto à forma da citação visam a atender aos interesses do sujeito passivo, assegurando-lhe a possibilidade de defender-se. Tanto é verdade que o comparecimento espontâneo supre a omissão (art. 214, § 1.º, do CPC). A razão de ser desta regra é uma só: a omissão da formalidade não causa prejuízo aos objetivos desejados pelo legislador ao prevê-la.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 465-466).

os efeitos da sentença proferida em tais condições.⁷⁷¹

Em outra oportunidade, defendeu que a falta de citação "ofende tão profundamente o direito reconhecido a todo cidadão de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo", tornando "radicalmente nulo, juridicamente inexistente o processo" e "igualmente nula e inexistente a sentença proferida".⁷⁷²

Para uma parcela da doutrina, a relação processual seria inexistente e destituída de qualquer significação jurídica,⁷⁷³ seja nos casos de ausência de citação somada à revelia,⁷⁷⁴ seja no caso de sentença inconstitucional.⁷⁷⁵

Além da "gravidade do vício", outra forma de encarar o problema é levar em consideração os pressupostos processuais de existência: pedido, jurisdição, citação e capacidade postulatória.⁷⁷⁶ As sentenças proferidas em feitos

⁷⁷¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 217-218. Expôs o seguinte em outra obra: "para que a sentença seja considerada inexistente ela deve apresentar vícios mais radicais, mais graves que os que importam sua nulidade; nenhuma aquiescência ou decurso de prazo permitirá que ela adquira qualquer eficácia, sendo inconcebível seu trânsito em julgado. Mas isso não impede que o juiz do recurso, ou qualquer outro, venha eventualmente a declarar sua total ineficácia. [...] Por isso, inexistente sentença se quem a proferiu não for juiz, se ela não contiver um julgamento ou se faltarem as partes ou o documento escrito." (LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 340).

⁷⁷² LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade de sentença proferida sem citação do réu. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 45.

⁷⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 365.

⁷⁷⁴ STJ, 6ª Turma, REsp 194.029/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 01/03/2007, p. 0204/2007.

⁷⁷⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 415.

⁷⁷⁶ OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de, *Curso de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 235; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 50; ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*, cit., p. 498-503. Contra, afastando a capacidade postulatória: TESHEINER, José Maria; THAMAY, Rennan Faria Krüger, *Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil*, cit., p. 102;

nos quais ausentes um ou mais desses requisitos jamais passam em julgado, pois são frutos de uma relação jurídica processual inexistente; haveria mero simulacro de sentença, que só na aparência assim pode ser considerada. Se inexistente a relação jurídica processual, é inexistente a própria sentença, pelo que impossível de ser rescindida.⁷⁷⁷

Pois bem, para a certificação dessa inexistência, bastaria a propositura de uma ação declaratória negativa de sentença, denominada por alguns de “querela nullitatis insanabilis”, unicamente para lhe atestar a inexistência, não sendo necessário, portanto, desconstituí-la.⁷⁷⁸

Embora a doutrina e a jurisprudência aceitem a ação rescisória como meio hábil à alegação de inconstitucionalidade, o que acabou agasalhado pelo CPC/2015, Pontes de Miranda leciona que são distintas as noções de “nulidade” e “rescindibilidade” (e ainda “inexistência, para quem defenda esta categoria): “A sentença que se vai rescindir, se por outra razão não é nula, é sentença válida mas rescindível”.⁷⁷⁹ E mais adiante: “é da mais alta importância

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de, *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 854. Contra, reconhecendo como tal apenas a jurisdição e a demanda: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 220.

⁷⁷⁷ “São juridicamente inexistentes (a) a sentença proferida por quem não é juiz, porque esse prolator não exerce jurisdição alguma, (b) a sentença *não assinada*, porque não é portadora do atestado da vontade do Estado-juiz, (c) a sentença desprovida de *dispositivo*, porque neste é que reside o concreto preceito portador da tutela jurisdicional, (d) as sentenças que pretendam impor *um resultado material ou juridicamente impossível*. Não há na lei a cominação de inexistência jurídica da sentença, nem seria necessário, porque essa qualificação decorre de sua própria inaptidão intrínseca a produzir efeitos.” (DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 3, p. 713).

⁷⁷⁸ O STJ equiparou as duas figuras em várias oportunidades: STJ, 2ª Turma, REsp 1105944/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 14/12/2010, p. 08/02/2011; STJ, 1ª Turma, REsp 710.599/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 21/06/2007, p. 14/02/2008; STJ, 4ª Turma, REsp 1252902/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 04/10/2011, p. 24/10/2011.

⁷⁷⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*. 3. ed. Rio de

saber-se que a rescindibilidade nada tem com a não-existência (portanto com a declarabilidade de não-existência), nem com a não-eficácia (portanto com a declarabilidade de não-eficácia), nem com as decretações de invalidade (decretações de nulidade ou de anulação)".⁷⁸⁰

Tanto são inconfundíveis essas noções que o STJ proclamou a impossibilidade de a ação rescisória veicular o vício de citação como causa de pedir,⁷⁸¹ embora, repita-se, o CPC/2015 tenha normatizado o cabimento dela para o caso de inconstitucionalidade da norma em que se fundou a sentença transitada em julgado.

Seja como for, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que a inconstitucionalidade da sentença contém inegável causa de pedir própria que autoriza a propositura de uma ação cognitiva autônoma imprescritível. A inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal constitui invalidade insanável e não pode estar estrita ao campo exclusivo da impugnação. Por este motivo, essa “causa petendi” pode viabilizar ação cognitiva autônoma com o escopo de, segundo ele, “desconstituir sentença que se baseou exclusivamente em lei reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal independentemente de seu conteúdo”, seja qual for o conteúdo do ato.⁷⁸² Nesta mesma linha, considera-se que a mácula à coisa julgada,

Janeiro: Borsoi, 1957, p. 251.

⁷⁸⁰ MIRANDA, Pontes de, *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*, cit., p. 259.

⁷⁸¹ STJ, 1ª Seção, AR 569/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22/09/2010, p. 18/02/2011.

⁷⁸² Não se trata de “se proclamar a inexistência do ato, já que a sentença inconstitucional existe e é eficaz, pois tem clara aptidão de produzir efeitos.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a Fazenda Pública*, cit., p. 13).

no caso de inconstitucionalidade da norma em que se fundou a sentença, é tão grave quanto o vício de citação, pelo que, se recebe

o mesmo tratamento pelo direito positivo, a mesma sorte merece: cabe, portanto, a impugnação da sentença com trânsito em julgado assim maculada, após o prazo de embargos à execução, através de ação declaratória de nulidade. [...].

A coisa julgada infringe, *in casu*, a norma mais alta do ordenamento jurídico (a Constituição), que contém normas indisponíveis. A nulidade é absoluta. Não convalesce e pode ser impugnada a todo tempo, também via *querela nullitatis* (ação declaratória de nulidade, sem prazo decadencial ou prescricional).⁷⁸³

Para Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, a ação teria por finalidade combater vício consistente na inconstitucionalidade da sentença, devendo a parte interessada, sem necessidade de se submeter a nenhum prazo fatal extintivo, “intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação”. Em casos como esse, o interesse de agir “nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão neste sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar a autoridade de coisa julgada”.⁷⁸⁴

Em contrapartida, sustenta-se que a nulidade da norma reconhecida pela decisão do STF não dissolve atos jurídicos nela pautados, ou seja, não induz a “nulidade absoluta” ou a “inexistência” do pronunciamento judicial que nela se ampara. Indispensável, neste raciocínio, o ajuizamento de

⁷⁸³ SIQUEIRA, Pedro Eduardo Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 204-205.

⁷⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia, *O dogma da coisa julgada*, cit., p. 43.

ação rescisória, observado o prazo decadencial previsto em lei.⁷⁸⁵ A inconstitucionalidade de uma norma só poderia acarretar a inexistência cogitada se repercutisse diretamente sobre os pressupostos de existência do processo ou da sentença, o que não ocorre na hipótese aqui ventilada.⁷⁸⁶ Também há o receio de que esta ação enseje uma repetição indefinida da arguição do tema da constitucionalidade, numa cascata ou espiral sem fim.⁷⁸⁷

O STJ acolhe a “querela” (ou ação declaratória de inexistência jurídica) para veicular a arguição de inconstitucionalidade, desde que aplicadas as mesmas balizas da impugnação ao cumprimento da sentença por analogia, sob pena de se criar instrumento de arguição de inconstitucionalidade invulnerável a prazos, hipóteses ou ritos.⁷⁸⁸

Assim, ficam de fora do âmbito material da ação todas as hipóteses de sentenças inconstitucionais não tratadas pelos art. 525, § 12, e 535, § 5º, do CPC, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, *v.g.*, as que a) deixarem de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicarem dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixarem de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; d) aplicaram preceito

⁷⁸⁵ Uma linha intermediária propugnava o cabimento da rescisória sem prazo algum ou com prazo mais dilatado, em homenagem à supremacia da constituição, o que acabou sendo agasalhado pelo CPC/2015 no art. 525, § 15 (MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 128).

⁷⁸⁶ TALAMINI, Eduardo, *Coisa julgada e sua revisão*, cit., p. 416.

⁷⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material, cit., p. 59-60.

⁷⁸⁸ STJ, 2ª Turma, REsp 1353324/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15/09/2015, p. 18/12/2015.

normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado,⁷⁸⁹ deixando de aplicar ao caso a norma revogadora; e) sentenças que tenham se baseado em lei ou ato normativo declarado, após o trânsito em julgado, inconstitucional pelo STF, pois neste caso só é cabível ação rescisória, nos termos dos arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC/2015.⁷⁹⁰

A “querela nullitatis” não pode substituir os meios típicos de vulneração da coisa julgada (ação rescisória e impugnação ao cumprimento de sentença). Somente como “ultima ratio” é possível se lançar mão deste mecanismo para atingir coisa julgada eivada de vício de inconstitucionalidade, ou seja, sua aplicação é subsidiária e residual.⁷⁹¹

Dessa maneira, não restam dúvidas sobre a adequação da “querela nullitatis”, em caráter residual, como meio hábil para veicular alegação de inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado.

⁷⁸⁹ STJ, 1ª Turma, REsp 692.788/SC, rel. Min. Teori Zavascki, j. 21/2/2006, p. 06/03/2006.

⁷⁹⁰ STJ, 1ª Turma, REsp 803.099/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 21/02/2006, p. 06/03/2006.

⁷⁹¹ STJ, 2ª Turma, REsp 1.353.324/ES, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 15/09/2015, p. 18/12/2015.

5. CONCLUSÃO

O surgimento da coisa julgada, assim como outros institutos do atual direito processual civil, remonta precisamente ao direito romano, embora não se ignore que o Código de Hammurabi, datado de 1753 a.C., fazia menção a instituto muito próximo da atual coisa julgada formal. Na fase da cognição extraordinária, com forte ingerência do Estado-juiz do começo do litígio até o seu final, a coisa julgada já era vista como uma força legal derivada da sentença tornada imutável.

Enquanto colônia de Portugal, posteriormente reino unido ao de Portugal e Algarves, o Brasil era inteiramente regulado pelas leis portuguesas, ou seja, pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Adotou-se a teoria da presunção da verdade da coisa julgada até meados do século XIX. A partir do século XX, várias codificações nacionais abraçaram um conceito legal de coisa julgada.

Mesmo assim, no plano processual, a coisa julgada não recebeu definição específica no CPC/1939. Este diploma legal suscitou ásperas discussões sobre a existência de sentenças parciais e dúvidas sobre a extensão da eficácia objetiva da coisa julgada material, isto é, se a motivação da sentença estaria por ela acobertada. A doutrina majoritária afirma que o CPC/1973 abraçou a tese formulada por Liebman, segundo a qual a coisa julgada é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando emergente da decisão de mérito transitada em julgado. Todavia, não se pode dizer que houve adesão total.

Pelo CPC/2015, a coisa julgada se apresenta como uma qualidade

da sentença, assumida em determinado momento processual, representada pela “imutabilidade” do julgado, depois que não seja mais possível impugná-lo por meio de recurso. Consoante o novel art. 502, “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Também não houve total adesão à teoria formulada por Liebman.

O novo diploma legal trouxe inovações sobre os aspectos objetivos e subjetivos da coisa julgada, na linha do que já era proposto pela doutrina. Destaca-se a técnica que permite a extensão da coisa julgada para a resolução da questão prejudicial, nos termos do art. 503, § 1º, do CPC/2015.

A coisa julgada tem natureza de garantia constitucional, que se dirige não apenas ao legislador, mas à própria função jurisdicional. Todavia, o conflito entre a segurança jurídica e a justiça das decisões instigou acalorada discussão sobre a denominada “relativização da coisa julgada”. Questiona-se se ela, como instituto processual realizador da segurança jurídica, teria o condão de imunizar os efeitos de decisões judiciais transitadas em julgado que veiculem alguma grave injustiça, ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Vários juristas se pronunciaram pela “relativização” ou “flexibilização” da coisa julgada, que consiste em permitir a revisão de decisões transitadas em julgado mesmo após esgotado o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, ou seja, após a formação da coisa soberanamente julgada. A coisa julgada que contemple uma ofensa à legislação infraconstitucional (coisa julgada ilegal) tem seus efeitos jurídicos validados definitivamente com fundamento na segurança e certeza jurídicas, diante da necessidade de pacificação dos conflitos, pois o sistema tolera soluções antijurídicas que não ofendam a Constituição. De outro lado, com a coisa julgada inconstitucional, os valores da segurança e da

certeza não possuem força constitucional autônoma suficiente para fundamentarem a validade geral de seus efeitos.

Por outro lado, não são poucas as vozes que refutam qualquer possibilidade dessa supressão com veemência pelos seguintes fundamentos: o alto significado da coisa julgada na ordem jurídica; a indispensabilidade da ação rescisória para a vulneração da coisa julgada; a incidência da eficácia preclusiva da coisa julgada e sua relação com o controle difuso de constitucionalidade; a impossibilidade de os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade atuarem contra a coisa julgada material validamente formada.

O legislador, desde meados dos anos 2000, fez opção pela prevalência da supremacia da constituição em face da imutabilidade dos comandos judiciais transitados em julgado, mediante a introdução de mecanismos de vulneração da coisa julgada distintos da ação rescisória e manejáveis no curso da própria execução. Permitiu-se ao executado, por meio de embargos ou impugnação, opor-se à sentença transitada em julgado com base em declaração de inconstitucionalidade ou interpretação incompatível da decisão com o texto constitucional, para provocar a inexigibilidade (leia-se inexecutibilidade) do título executivo judicial.

O CPC/2015 manteve a unicidade da relação processual na qual se obtém a condenação e se lhe dá cumprimento (modelo sincrético de tutela). A impugnação ao cumprimento da sentença é o principal meio pelo qual o executado oferece resistência à pretensão do credor estampada em título executivo judicial, inclusive quando demandada a Fazenda Pública.

Continua controversa a natureza jurídica da impugnação, se um

incidente processual de defesa do executado, uma ação incidental de oposição à execução ou de natureza mista (ação e defesa).

É novidade a dispensa da segurança do juízo para que o executado possa impugnar o cumprimento da sentença, de modo que está superada a discussão existente, no sistema revogado, sobre a necessidade da penhora para apresentar impugnação, a menos que haja requerimento de efeito suspensivo.

O legislador manteve o modelo normativo pelo qual se ampliou a possibilidade de impugnação dos atos concretos inconstitucionais, especialmente para negar força executiva às sentenças ou decisões judiciais fundadas em leis inconstitucionais ou em interpretação tida por incompatível com a Constituição.

A inconstitucionalidade – seja das leis ou atos normativos, bem como da interpretação que lhes tenha sido aplicada em juízo – manteve-se como hipótese autônoma de inexigibilidade de títulos judiciais. Porém, houve melhor especificação sobre: (a) a natureza dos precedentes do STF elegíveis como paradigmas (acórdãos proferidos em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso – arts. 525, § 12; e 535, § 5º); (b) o momento no qual eventual vício poderá ser invocável por impugnação (arts. 525, § 14º; e 535, § 7º); e (c) a distinção havida entre esta causa de inexigibilidade (inexequibilidade) e a hipótese de cabimento da ação rescisória (arts. 525, § 15; e 535, § 8º).

Entretanto, o texto não conseguiu eliminar todas as discussões. Ainda que omissa o Código, quanto ao controle difuso, deve ter sido realizado pelo Plenário do STF. Também silente o novo diploma legal sobre a (in)dispensabilidade da resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CF) suspendendo a eficácia da lei ou do ato normativo, no caso do controle difuso.

No regime anterior, não havia distinção explícita entre ser o precedente anterior ou superveniente à sentença exequenda. Agora, para a decisão do STF ser suscitada em impugnação, deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, reforçando mais claramente o desrespeito à autoridade da Corte Suprema. No caso contrário, isto é, se for superveniente a declaração à formação da coisa julgada, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF.

Na linha do que já ocorria na vigência do CPC/1973, ficam de fora do âmbito material da impugnação todas as hipóteses de sentenças inconstitucionais não tratadas pelos arts. 525, § 12, e 535, § 5º, do CPC/2015, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, *v.g.*, as que a) deixarem de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado); b) aplicarem dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; c) deixarem de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora; e) sentenças que tenham se baseado em lei ou ato normativo declarado, após o trânsito em julgado, inconstitucional pelo STF, pois neste caso só é cabível ação rescisória, nos termos dos arts. 525, § 15, e 535, § 8º, do CPC/2015.

A inexigibilidade do título (ou sua inexecutibilidade) em função da inconstitucionalidade está no plano da ineficácia da sentença, de modo a ser possível sua alegação por exceção de pré-executividade, ou melhor, incidente de pré-executividade. O STJ condiciona a utilização do meio à observância dos mesmos parâmetros fixados para a impugnação ao cumprimento da sentença. Além disso, essa temática envolve matéria de ordem pública, sendo possível sua

arguição, ainda que escoado o prazo da impugnação, pois é relacionado a vício do título que contamina o processo executivo. É, portanto, cognoscível até mesmo de ofício pelo julgador.

Também se acolhe a “querela nullitatis insanabilis” (ou ação declaratória de inexistência jurídica) para veicular a arguição de inconstitucionalidade, desde que aplicadas as mesmas balizas da impugnação ao cumprimento da sentença por analogia, sob pena de se criar instrumento impugnativo invulnerável a prazos, hipóteses ou ritos.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011.

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. trad. L. A. Heck. São Paulo: RT, 2003.

ALLORIO, Enrico. *La coza giudicata rispetto ai terzi*. Milão: Giuffré, 1935.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.

_____. *A parte geral do Código Civil brasileiro: subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2015.

_____. Coisa julgada: limites e impossibilidade de desconconsideração. *Revista de Processo on-line*, v. 236. São Paulo: RT, 2014.

_____. Litiscontestação e litispendência: dois institutos e duas perspectivas do processo. *Revista dos Tribunais*, v. 439, 1972.

_____. Ação declaratória incidental. *Revista de Processo*, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005. *In:*

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: RT, 2006.

ALVIM, Thereza. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1977.

_____. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996.

_____. O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de flexibilização ou inexistência da coisa julgada?. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AMERICANO, Jorge. *Comentários ao Código de Processo Civil brasileiro*. São Paulo, 1958, t. I.

_____. *Estudo theorico e prático da acção rescisória dos julgados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1936.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil: arts. 444 a 475*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da Coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodivm, 2006.

AROCA, Juan Montero e MATÍES, José Flors. *Amparo constitucional y proceso civil*. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

_____. *El nuevo proceso civil – Ley 1/2000*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2000.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.

_____. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 3. ed. atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: Resenha Universitária, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 5.

_____. Coisa julgada e declaração. *Revista dos Tribunais*, v. 60, n. 429. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

_____. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. *Revista Forense*, v. 377. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, v. 59. São Paulo: RT, 1970.

_____. *Direito processual civil*: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. *Revista de Direito Renovar*, v. 21. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. As modernas formas de interpretação constitucional. *Interpretação*

conforme a constituição. Balanço: o supremo tribunal federal e a interpretação constitucional. *In: 10 Anos de Constituição: Uma análise, XIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.

BATISTA, Francisco de Paula. *Compêndio de teoria e prática do processo civil*. Campinas: Russel, 2002.

BATISTA, Roberto Carlos. *Coisa julgada nas ações civis públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BIAVATI, Paolo; CARPI, Federico. *Diritto procesuale comunitário*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. *Revista de Processo*, v. 55. São Paulo: RT, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de.

Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella *et al* (Coord.). *Tutela provisória ao novo CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015.* São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil.* São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, t. 1.

_____. *Coisa julgada inconstitucional: uma homenagem a Araken de Assis.* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Mônica Boneti. *Execução civil e temas afins - do CPC/1973 ao Novo CPC: estudos em homenagem ao professor Araken de Assis.* São Paulo: RT, 2014.

_____. *Execução provisória e antecipação de tutela.* São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado.* São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Partes e terceiros no processo civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Da ação direta de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.

CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992.

CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra credores: fraude contra credores, fraude à execução, ação revocatória falencial, fraude à execução fiscal e fraude à execução penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito processual civil*. trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, v. 2.

_____. *La cassazione civile*. Turim: 1920, v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1.

_____. *Lições de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 2.

_____. *A nova execução de sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. 5. ed. trad. Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: ClassicBook, 2000, v. 1, v. 3.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A ação civil pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 1, v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*. 8. ed. São Paulo: RT, 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença: gênese e genealogia*. São Paulo: Ícone, 1995.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 14. São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

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; DELGADO, José Augusto (Org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DELLORE, Luiz. *Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 4.

_____. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*. v. 6, n. 1, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4.

_____. *Nova era do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Capítulos de sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Execução civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. Relativizar a coisa julgada material. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 55/56. São Paulo: 2001.

ESPINOLA, Eduardo. *A Lei de introdução ao Código Civil brasileiro: (Dec.-Lei nº 4657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei nº 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores): comentada na ordem de seus artigos*. 2. ed. atual. Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 1.

ESTELLITA, Guilherme. *Da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Livro do Vermelho, 1936.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Revista de Processo*, v. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Réu revel não citado, “querela nullitatis” e ação rescisória. *Revista de Processo on-line*, v. 48. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Ação declaratória incidental*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade: conceito, natureza jurídica, espécies de prejudiciais*. São Paulo: RT, 1988.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Alguns aspectos da coisa julgada material no direito processual civil brasileiro*. *Revista de Processo*, v. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. *In*: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *O novo processo de execução*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos Roque; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. trad. António Manuel Hespanha e L. Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1939.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO, Leonardo. Eficácia da decisão “erga omnes” de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. *In*: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria

tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2, v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

_____. *Ação declaratória incidental*. São Paulo: RT, 1972.

_____. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1976.

_____. *O processo em sua unidade II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: RT, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico. *Revista de Processo*, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GUILLEN, Victor Faren. *Doutrina general del derecho procesal*. Barcelona: Libreria Bosch, 1990.

GUIMARÃES, Jorge Lafayette Pinto. Coisa julgada. In: CARVALHO SANTOS, J. M. de (Org). *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi, [193-?], v. 9.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1922.

HITTERS, Juan Carlos. *Revisión de la cosa juzgada*. 2. ed. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 2001.

JUNOY, Joan Picó y. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

JUSTO, A. Santos. *Breviário de Direito Romano Privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. 3. ed. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLIPPEL, Rodrigo. *A coisa julgada e sua impugnação: relativização da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LACERDA, Galeno. Aspectos principais das medidas cautelares e dos procedimentos específicos. *Revista Forense*, v. 246. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. Execução de Título Extrajudicial e Segurança do juízo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 5. ed. trad. Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José

Bushatsky, 1976.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: RT, 1976.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. *Processo de conhecimento e processo de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: RT, 1997.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Coisa julgada e justiça das decisões. *Revista de Processo on-line*, v. 116. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Manual elementar de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1956.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Os limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo on-line*, v. 252. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Querela nullitatis e réu revel não citado no processo civil brasileiro *Revista de Processo on-line*, v. 202. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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 on-line*, v.

141. São Paulo: RT, 2006.

_____; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André Gustavo. Eficácia executiva das decisões judiciais e extensão da coisa julgada às questões prejudiciais; ou o predomínio da realidade sobre a teoria em prol da efetividade da jurisdição. *Revista de Processo on-line*, v. 254. São Paulo: RT, 2016.

MACHADO, Daniel Carneiro. *A coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015, v. 2.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação de efeitos. *Revista de Processo on-line*, v. 251. São Paulo, 2016.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000, v. 1, v. 4.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 3.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de

Janeiro: [s.n.], 1943, t. III.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, v. 1.

_____. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, João de Castro. *Limites objectivos do caso julgado em Processo Civil*. Lisboa: Ática, 1968.

MENESTRINA, Francesco. *La pregiudiziale nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1963.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: RT, 2005, v. 2.

_____. *Coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: inconstitucionalidade e garantia da constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, t. 6.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: RT, 1968.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. atual. Sergio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 4.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. atual. Sergio Bermudes. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 5.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. atual. Sergio Bermudes. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 11.

_____. *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.

MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente: coisa julgada, limites objetivos e eficácia executiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, t. II.

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

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

_____; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de (Org.). *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: RT, 2015.

_____. Boa-fé objetiva e segurança jurídica. Eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior. In: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson (Org.). *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971.

_____. *Estrutura fundamental do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 1997.

NIEVA-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. trad. Antonio do Passo Cabral. São Paulo: RT, 2016.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: parte geral*. São Paulo: Verbatim, 2015, v. 1.

_____; MEDEIROS NETO, Elias Marques; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *Curso de direito processual civil: tutela de conhecimento*. São Paulo: Verbatim, 2016, v. 2.

_____. *Conexão por prejudicialidade*. São Paulo: RT, 1994.

_____. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.

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

PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro: [s.n.], v. 4-13, 1958-1960.

PETRELLA, Virginia. Note problematiche sul giudicato in punto di fatto alla luce dei principi del giusto processo civile. *Studi in onore di Carmine Punzi*. Torino: G. Giappichelli, 2008, v. I.

PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1999.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Traité pratique de droit civil français*. Paris, [s.d.]. t. 7.

PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000, v. 6.

_____. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo on-line*, v. 112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L., 1978.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

RAMOS, Manuel Ortells. *Derecho procesal civil*. 5. ed. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1991, v. 1.

REDONDO, Bruno Garcia. Estabilização, modificação e negociação da tutela de urgência antecipada antecedente: principais controvérsias. *Revista de Processo on-line*, v. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva 1951, v. 3.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1915.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. São Paulo: RT, 2015.

RINCÓN, Jorge Carreras del. *Comentarios a la doctrina procesal civil del tribunal constitucional y del tribunal supremo*, Madrid: Marcial Pons, 2002.

RIZZI, Sérgio. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ROCCO, Ugo. *L'autorità della cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*. Roma, 1917.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Coisa julgada e Constituição: os efeitos da lei nova, da mudança de interpretação dos tribunais e das emendas constitucionais sobre a coisa julgada. *Revista do Curso de Mestrado de Direito da UFC*, v. 16. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1997.

ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl H.; GOTTWALD, Peter. *Zivilprofsrecht*. 15. ed. Munique: Beck, 1993.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99. In: TAVARES, André Ramos; ROTHEMBURG, Walter Claudius (Org.). Arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: análises à luz da Lei 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

SALLES, Sérgio Luiz Monteiro. Evolução do instituto do caso julgado: do processo romano ao processo comum. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, v. 3, n. 3. São Paulo, 1989.

SARAIVA, Gastão Grossê. Histórico do processo, até o atual código de processo civil. Fundamentos sociológicos do direito processual. *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, v. 1. São Paulo: RT, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. Processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código de Processo Civil Interpretado*. Rio de Janeiro:

Freitas Bastos, 1946.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. atual. Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Sentença e coisa julgada: ensaios*. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

_____. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 1.

_____. *Curso de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Antunes de. *A coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

_____. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada). In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *Revista de Processo*, v. 106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. “Collateral estoppel” e giudicato sulle questione: parte II. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 27. Padova, 1972.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Ação rescisória no novo Código de Processo Civil. *Revista de processo on-line*, v. 244. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Pressupostos processuais e nulidades no novo processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processos nos Tribunais, recursos, direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 2.

_____. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Relativização da Coisa*

Julgada: enfoque crítico. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 89. Belo Horizonte, 2004.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. *Revista dos Tribunais on-line*, v. 795. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; ANDRADE, Érico. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de Processo*, v. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico (história e direito vigente)*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Limites subjetivos: da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Jurisdição e poder (contribuição para a história dos recursos cíveis)*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil: sentença, coisa julgada e processo nos tribunais e recursos*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 3.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil – cognição jurisdicional: processo comum de conhecimento e tutela provisória*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 2.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2. ed. São Paulo: RT, v. 2, 2006.

WAMBIER, Teresa Alvim Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: RT, 2003.

_____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

_____. O que é abrangido pela coisa julgada no direito processual civil brasileiro: a norma vigente e as perspectivas de mudança. *Revista de Processo online*, v. 230. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do*

art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de processo on-line*, v. 125. Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR., Fredie (Org.) *Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico*. Salvador: Juspodivm, 2006.