

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO

ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO

A DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO INCONSTITUCIONAL COM TRÂNSITO
EM JULGADO - AMPLIAÇÃO DAS POSSIBILIDADES NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL

BRASÍLIA,
DEZEMBRO 2017

ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO

**A DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO INCONSTITUCIONAL COM TRÂNSITO
EM JULGADO - AMPLIAÇÃO DAS POSSIBILIDADES NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Trabalho de dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientador: PAULO GUSTAVO GONET
BRANCO

BRASÍLIA,

2017

ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO

**A DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO INCONSTITUCIONAL COM TRÂNSITO
EM JULGADO - AMPLIAÇÃO DAS POSSIBILIDADES NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso
de Mestrado em Direito Constitucional como
requisito parcial para obtenção do título de
Mestre.

Brasília-DF, 19 de dezembro de 2017.

Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco

Orientador

Professor Doutor Bruno Dantas Nascimento

Examinador (IDP)

Professor Doutor Paulo José Leite Farias

Examinador (Externo - IESB)

Dedico esse trabalho a minha família, razão de ser de minha vida e minhas lutas: marido, filhas e netos e a todos os colegas de trabalho, servidores, alunos e amigos, que tornam minha jornada mais amena e me ajudam nas lutas quotidianas. Que Deus abençoe a todos. A eles dedico meus estudos, que, espero, possa realizar durante toda a vida, pois uma pessoa deve se instruir com a perspectiva da eternidade.

RESUMO

Nossa norma constitucional protege a coisa julgada, porque é um importante instituto que garante a segurança jurídica. Todavia, o conceito e os limites, subjetivos e objetivos, da coisa julgada são delineados pela norma infraconstitucional, que disciplina a matéria, incluindo os meios processuais de sua relativização, atendendo a outros princípios constitucionais, tão importantes quanto a segurança. Para esse fim, o legislador deve empregar a técnica da ponderação, aplicando o princípio da proporcionalidade. O presente trabalho objetiva analisar as inovações legais sobre a coisa julgada inconstitucional e a compatibilidade com os princípios constitucionais e, ainda, a possibilidade do emprego de ações declaratórias para essa finalidade, além dos meios claramente descritos pelo novo Código de Processo Civil de 2015 no Brasil, e a baixa necessidade de adotar meios atípicos para desconstituir a coisa julgada.

Palavras-chave: Coisa julgada. Relativização. Desconstituição - Segurança Jurídica.

ABSTRACT

Our constitutional law protects the issue preclusion - *res judicata* - because it is an important institute that guarantees the legal certainty. Nevertheless, the concept and limits, subjective and objective of *res judicata* are delineated by infra-constitutional law that governs the matter, including the processual means of its relativization, attending other constitutional principles, as important as the security. For this aim, the legislator must employ the pondering technique, applying the proportionality principle. The present work aims to analyse the legal innovations about unconstitutional *res judicata* and their compatibility with the constitutional principles and the possibility of the employment of declaratory actions, besides the means clearly described by the new Civil Procedure Code of 2015 in Brazil, and the low need to adopt atypical means to remove *de material rei judicatae*.

Keywords: Issue Preclusion. Relativization. Disestablishment - Legal Certainty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A COISA JULGADA: CONCEITO E LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS.....	19
3 MEIOS DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA: A AÇÃO RESCISÓRIA, A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE NULIDADE.....	46
3.1. Da ação rescisória e seus novos contornos no Código de Processo Civil de 2015.....	45
3.2. Impugnação ao cumprimento de sentença: evolução legislativa à desconstituição da coisa julgamento institucional.....	63
4. JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2418-DF.....	87
5. DA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA POR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE MEDIANTE AÇÕES DECLARATÓRIAS, CONSTITUTIVAS, EXECUTIVAS <i>LATO SENSU</i> E MANDAMENTAIS.....	98
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	114

A DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO INCONSTITUCIONAL COM TRÂNSITO EM JULGADO - AMPLIAÇÃO DAS POSSIBILIDADES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ana Maria Duarte Amarante Brito

INTRODUÇÃO

Apesar das acentuadas críticas que setores da doutrina sempre teceram a qualquer ampliação das hipóteses da desconstituição da coisa julgada, o novo Código de Processo Civil veio positivar maiores possibilidades nesse sentido, seja no âmbito do instrumento tradicional, da ação rescisória, seja por outros de inegável eficácia rescindente, como é o caso da impugnação ao cumprimento definitivo de títulos judiciais, em se tratando da coisa julgada inconstitucional. Na verdade, melhor se denominaria de decisão inconstitucional, pois coisa julgada, consoante entendimento predominante, é uma qualidade que se agrega ao decisório, que o torna imodificável, quando não mais sujeito a recurso. A proposta do presente trabalho é justamente a análise dessas inovações ampliativas, tanto as contidas expressamente na nova lei processual quanto as dela claramente inferíveis, sem necessidade de maior aprofundamento da polêmica defesa da desconconsideração da coisa julgada de forma atípica e sem limites temporais, que, todavia, também será abordada em seus limites mais amplos, com realce de sua excepcionalidade.

O método a ser empregado será o dedutivo, principalmente ao se proceder ao exame dos textos da doutrina e da jurisprudência, na busca de um denominador comum para cada corrente de opinião e posicionamento assumido. Também será adotado o método indutivo, a partir da análise dos dispositivos da lei processual, mormente os que trouxeram acréscimos ao tema que ora se aborda, procurando divisar o sentido da evolução geral dos institutos apreciados. Na abordagem do tema da desconstituição da coisa julgada por inconstitucionalidade, proceder-se-á à análise, principalmente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, quanto à matéria infraconstitucional, dos vícios transrescisórios e rescisórios, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sem descurar do cotejo entre as posições vanguardistas, acolhendo a doutrina mais abalizada, e as correntes de opinião mais tradicionalistas.

Como ponto de partida dessa abordagem, ressalva-se que o emprego da expressão *relativização da coisa julgada* no presente trabalho, bastante generalizada na doutrina a ser apreciada, ficará reservado às hipóteses em que se sustenta a simples desconsideração da imutabilidade que se agregou a uma decisão já irrecorrível, sem um procedimento específico para tanto, daí a opção pelo termo *desconstituição*, sob o qual se consideram os limites substanciais e temporais bastante alargados pelas novas regras processuais.

É reconhecida na abordagem do tema, indiscutivelmente, a importância do valor segurança, que se alinha com tantos outros em sede constitucional, como garantia maior para a almejada estabilidade em um Estado Democrático de Direito. Todavia, outros valores também recebem tutela constitucional e a imutabilidade da coisa julgada não pode vigorar de forma absoluta, sem uma ponderação entre eles, nos contornos de determinadas hipóteses que a lei contempla, daí a própria referência que normas constitucionais originárias fazem à competência de tribunais para julgamento de ações rescisórias de seus próprios julgados.

Por outro lado, os valores sediados na Constituição se apresentam, muitas vezes, em uma situação de tensão, a ser resolvida mediante um esforço de ponderação, para que se acomodem e sejam preservados e realizados na medida do possível, presente a idéia mestra de que se trata de um texto que representa uma solução de compromisso entre correntes diversificadas de uma sociedade pluralista¹ e que seu conteúdo principiológico representa, no mais das vezes, mandamentos de otimização, para que sejam efetivados ao máximo, na medida do possível. Nessa senda, uma colisão entre normas-princípio não pode ser resolvida sob a ótica do tudo ou nada, como ressalta SUZANA DE TOLEDO BARROS², e sim, mediante uma acomodação entre valores que se entrecrocaram, à luz dos limites possíveis, em casos concretos considerados, com maior ou menor espaço para um deles. A propósito, pondera PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, acerca dos valores constitucionalmente celebrados, que eles “nem sempre coincidem nas consequências que ensejam – antes, conflitam e competem entre si”, não podendo, nenhum deles, “ser sumariamente desprezado

¹ *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro. BRITO, Ayres. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais, São Paulo: Saraiva, 1982.

² *Apud* BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília Jurídica, 2ª. Ed. Brasília, 2.000.

pela ordem jurídica, se se pretende um pluralismo efetivo, fiel à forte carga política que se empresta à palavra.”³

Buscar-se-á enfatizar a necessidade de uma abordagem sistêmica, colhendo-se, a propósito, para que se contorne a interpretação isolada de normas, evitando-se resultados desproporcionais e injustos, as lições de SÉRGIO GILBERTO PORTO e DANIEL USTÁRROZ que se reportam a J. J. Gomes Canotilho, enfatizando a incidência justamente do princípio da proporcionalidade, envolvendo a proibição de excesso, pois o “ cidadão tem direito a menor desvantagem possível, ou seja, meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.⁴

A proteção à coisa julgada se entende dirigida primordialmente ao legislador, no inciso XXXVI do artigo 5º. da Constituição, que tutela a segurança jurídica, de situações definitivamente constituídas, ao dispor que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Essa garantia também apresenta inegável endereçamento aos demais aplicadores do direito, tendo mesmo uma eficácia horizontal, alcançando os integrantes da comunidade jurídica em suas relações privadas.

Contemplando as alterações legislativas que se sucederam, para o acompanhamento da cambiante realidade sócio-política, valerá sempre o alerta de que a lei nova não poderá retroagir, para prejudicar, alcançando situações jurídicas definitivamente constituídas na vigência da lei anterior.

Contemplando essa garantia da segurança , CELSO RIBEIRO BASTOS preleciona⁵:

“Constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito, esta está em constata mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra.”

Na abordagem da coisa julgada, que acoberta sob o manto da imutabilidade decisão da qual não cabe mais recurso, retrata-se que é inegável a preocupação geral com sua tutela,

³ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional. Ed. Saraiva-S. Paulo, Saraiva, 2009, Série IDP, pág. 202.

⁴ PORTO, Sérgio Gilberto. Ustárróz, Daniel. Considerações sobre a Defesa da Constituição frente à coisa julgada. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008. pág. 193.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional - São Paulo Saraiva, 1994, pág. 43.

como regra geral, consoante reflete a doutrina do mesmo celebrado constitucionalista, que adverte que seu conteúdo ⁶:

“[...] incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe, nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior. Já para Wilson de Souza Campos Batalha, coisa julgada formal significa sentença transitada em julgada, isto é, preclusão de todas as impugnações, e coisa julgada material significa o bem da vida, reconhecido ou denegado pela sentença irrecorrível. O problema que se põe, do ângulo constitucional, é o de saber se a proteção assegurada pela Lei Maior é atribuída tão-somente à coisa julgada material ou também à formal. O artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal, não faz qualquer discriminação; a distinção mencionada é feita pelos processualistas. A nosso ver, a Constituição assegura uma proteção integral das situações de coisa julgada”.

Conforme se apreciará, a sede constitucional dessa garantia não afasta a concepção de que é incumbência do legislador ordinário a definição dos contornos do instituto, bem assim dos meios processuais para sua desconstituição, enfatizando-se, todavia, que esse *status* constitucional da proteção à segurança jurídica traz a exigência de fundamentos igualmente relevantes e excepcionais para a relativização da garantia, bem assim do estabelecimento de limites temporais razoáveis para o manejo dos instrumentos rescisórios pertinentes, que necessariamente deverão se fundar em valores igualmente ponderáveis, também com sede constitucional.

No tocante ao meio mais tradicionalmente aceito para a desconstituição da coisa julgada, que é o da ação rescisória, serão considerados os limites temporais a serem observados, pois transcorrido o prazo que se enseja a sua propositura, forma-se a coisa soberanamente julgada. Ocorre que, até a configuração desse importante evento, será importante enfatizar que se alargaram as hipóteses de desfazimento da *res judicata*, pois a nova lei processual ampliou, em alguns casos, o espaço temporal necessário à conformação desse instituto, com a técnica do adiamento da deflagração do biênio decadencial para a propositura da ação rescisória, que nem sempre se contará, segundo a regra geral, do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Pode-se dizer que navegou em sentido contrário à tendência manifestada pelo Código de 1973, que reduziu de cinco para dois anos esse lapso temporal extintivo. Apesar das tentativas de adoção, no respectivo projeto de lei do novo Código de Processo Civil, de singelo prazo ânua, prevaleceu o lapso bienal, mas com o

⁶Op. Cit. Pág. 20.

protraiamento de seu início em alguns casos, principalmente na hipótese de contrariedade do julgado à Constituição, que hoje é tranquilamente aceita como abarcada pela hipótese da violação manifesta a norma jurídica, no inciso V do seu artigo 966. Também se expandiu o conteúdo decisório abrangido pela coisa julgada, com a possibilidade de inclusão da solução de uma questão prejudicial, atendidas determinadas condições, mesmo sem ter integrado o pedido de qualquer das partes.

Contemplando a maior amplitude dos prazos de manejo das duas vias possíveis de desconstituição da coisa julgada, a de impugnação ao cumprimento de sentença e da ação rescisória, com o possível cabimento, ainda, de ações declaratórias de nulidade, em situações análogas, de julgados que não necessitem de fase de cumprimento e impugnação, torna-se até desnecessário o aprofundamento do debate sobre a chamada relativização da coisa julgada inconstitucional, em procedimentos atípicos e sem limites temporais, de desconsideração da força vinculante da *res judicata*, mesmo sem base na legislação infraconstitucional, pois, no mais das vezes, só restaria o recurso a essa via excepcionalíssima, inçada de controvérsias⁷, em hipóteses de alentado retardo em seu manejo. Seria muita tutela para socorrer quem tivesse dormido demais : *dormientibus non succurrit ius*.

Com efeito, buscar-se-á demonstrar que, ante o alargamento das previsões relativas à desconstituição da coisa julgada, vão se arrefecendo as hipóteses em que, mesmo com a alegação de ofensa à Constituição, se pretenda desconstituí-la, com uma simples nova propositura da mesma demanda, em que se busque desate diverso da anterior. Os novos espaços regradados e as inarredáveis inferências do texto legislado permitem que, não obstante os limites temporais estabelecidos, que alguns consideram exageradamente alargados, seja desconstituída a coisa julgada inconstitucional com maior respaldo jurídico.

O presente trabalho propõe-se a demonstrar que, nos limites dos permissivos legais existentes, abre-se largo espaço temático e temporal para a desconstituição da coisa julgada afrontosa à Constituição, seja por meio de impugnação ao cumprimento de títulos judiciais, seja por meio de ações declaratórias de nulidade, nos casos de situações idênticas em que não

⁷ Dentre os autores que defendem a relativização da coisa julgada elencam-se CÂNDIDO DINAMARCO, HUMBERTO THEODORO JUNIOR, JOSÉ DELGADO, THEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e EDUARDO TALAMINI. Com posicionamento diametralmente contrário a essa relativização, estão processualistas também de expressivo renome, como BARBOSA MOREIRA, BOTELHO DE MESQUITA, LUIZ GUILHERME MARINONI e NELSON NERY JUNIOR.

se cuide de títulos que ensejam fase posterior de cumprimento (como os de eficácia meramente declaratória e constitutiva), seja com a propositura de ações rescisórias.

É sobre esses novos horizontes, de maior espaço para a impugnação da coisa julgada, que se insere a problemática de sua desconstituição por vício de inconstitucionalidade e da análise dos instrumentos processuais aptos a tanto, a merecerem um amplo debate, sempre com a ressalva de que, em alguns casos, trata-se de medida excepcional, no contexto de hipóteses também excepcionais, valendo se sustentar, mesmo, na espécie, uma excepcionalidade ao quadrado, mas ainda assim necessária e existente.⁸

Para os que se insurgem contra o que consideram um enfraquecimento da garantia constitucional da segurança de uma situação jurídica já consolidada sob o manto da coisa julgada, vale salientar que seus contornos e hipóteses de desconstituição sempre ficaram a cargo do legislador ordinário, presente a conformidade com a principiologia constitucional.

Por medida de prudência, sempre considerando a inapreensibilidade do fato futuro, não se pode descartar, a priori, a possibilidade excepcionalíssima de simples desconsideração da coisa julgada, sem o manejo de uma ação rescisória, ou mesmo de uma impugnação ao cumprimento de título judicial ou uma ação declaratória específica, como ocorreu em ações de investigação de paternidade, objeto de repositura, ante o inesperado avanço científico da pesquisa do DNA, que trouxe um grau de certeza que expurgou do mundo jurídico a mais que duplamente milenar assertiva romana do *mater certa, pater semper incertus*. A isso se juntou o postulado do pós-constitucionalismo que veio celebrar a supremacia da principiologia constitucional, em cujas bases estão valores como o da dignidade da pessoa humana e o decorrente direito à identidade familiar, que sobrepujaram as garantias da segurança e estabilidade.

Embora com notáveis disceptações pretorianas, conforme será analisado, a matéria começou a ser corajosamente enfrentada em julgados episódicos⁹, que foram se avolumando,

⁸ In O DOGMA DA COISA JULGADA - Hipóteses de Relativização, – WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e GARCIA MEDINA, José Miguel - Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003.

⁹ PROCESSO CIVIL E FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. RELATIVIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA AUDIÊNCIA. INOCORRÊNCIA. EXAME DE DNA. PRESCINDIBILIDADE. A possibilidade de relativização da coisa julgada em ações de filiação se deve em razão da prevalência dos direitos constitucionais de personalidade, reconhecimento de filiação e dignidade da pessoa humana em detrimento do instituto da coisa julgada.

até a pacificação da matéria em histórico julgado do Excelso Pretório, em Recurso Extraordinário com repercussão geral, que considerou cabível a relativização da coisa julgada nos casos em que não tivesse ocorrido a produção dessa prova técnica.¹⁰

Da leitura atenta do voto do Ministro Teori Zavascki, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2418 (DJU de 17-11-2016), que teve por objeto a inovação legislativa de 2001, da argüição da coisa julgada inconstitucional por embargos à execução e mudanças subseqüentes, que será objeto de comentários mais adiante, constata-se que não ficou descartada a hipótese de emprego, por analogia, de uma impugnação, buscando eficácia rescisória, de sentença para a qual não esteja prevista essa fase posterior, de cumprimento, em que a lei prevê o manejo do incidente defensivo, em nome de um valor de escalão constitucional que sobrepuje o da segurança e estabilidade das lides definitivamente acertadas em juízo. Realmente, na parte final do oitavo item do judicioso voto, contempla-se a possibilidade de aplicação do incidente impugnatório, por analogia, nos casos de sentenças

Não há que se falar em nulidade por falta de intimação quando o requerido se utiliza de artifícios para se ocultar. Comprovado que houve relacionamento entre o investigado e a genitora do investigante, coincidente com a época da concepção do autor, mesmo sem a realização do exame de DNA, impõe-se o reconhecimento da paternidade alegada.

Agravo retido conhecido e não provido. Apelação conhecida e não provida. (Acórdão n.589053, 20040111191843APC, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Revisor: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 23/05/2012, Publicado no DJE: 31/05/2012. Pág.: 136)

RECURSO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - COISA JULGADA - RENOVAÇÃO DO PEDIDO - POSSIBILIDADE - EXAME DE DNA.

1. A jurisprudência tem atenuado a rigidez da coisa julgada nas hipóteses de investigação de paternidade, para possibilitar a realização do exame de DNA, dando uma solução mais justa à matéria. Precedentes.

2. O reconhecimento do estado de filiação, nos termos do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, tornando-se necessário apurar a veracidade dos fatos, para não deixar um filho sem pai ou um pai sem filho, admitindo, na mesma linha de raciocínio das ações de alimento, a ocorrência apenas da coisa julgada formal e não material, impeditiva do reexame da matéria no mesmo processo.

3. Recurso conhecido e provido. Unânime.

(Acórdão n.131850, 19990910029102APC, Relator: HAYDEVALDA SAMPAIO, Revisor: ANA MARIA AMARANTE, 5ª Turma Cível, Data de Julgamento: 14/09/2000, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 22/11/2000. Pág.: 42)

¹⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE. (...) 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. (...) (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-238 DIVULG 15-12-2011 PUBLIC 16-12-2011 RTJ VOL-00223-01 PP-00420)[9].

executivas *lato sensu*, embora lhes reconheça uma amplitude conceitual maior do que a da doutrina de Pontes de Miranda, ao mencionar todas aquelas que imponham obrigações de fazer, de não fazer e de entregar coisa. Nas executivas *lato sensu* propriamente ditas, como é o caso de sentenças de despejo e de reintegração de posse, referidas na classificação quinária de PONTES DE MIRANDA, nem se abre ensejo a uma fase de cumprimento com possibilidade de impugnação, como se verá adiante, hipótese em que será defensável o manejo de ação declaratória de nulidade, com o mesmo propósito rescisório da impugnação.

Quanto à formulação de hipóteses em que se poderia prescindir das vias legalmente previstas ou delas inferíveis, para a simples desconsideração da coisa julgada, com fundamento na inconstitucionalidade, tal poderia representar um exercício questionável de futurologia, pois a maioria das questões existentes podem ser resolvidas nos largos lapsos temporais das vias desconstitutivas, agora melhor definidas na lei processual, tornando eventuais casos que os extrapolem de difícil desconstituição, até mesmo ante outros prazos extintivos, possivelmente existentes, tanto de pretensões (prazos prescricionais) como de exercício de direitos potestativos (prazos decadenciais), sem falar na força considerável que o valor segurança exerce, tornando-se preponderante no juízo de ponderação a ser feito, se confrontado com outro supostamente de igual magnitude.

Além disso, é de se cogitar que a crise permanente que cerca a Justiça, com o crescente número de processos em trâmite, poderá fortalecer um tipo de jurisprudência defensiva, refratária à chamada relativização da coisa julgada de forma atípica e sem limites temporais definidos em lei, daí a maior importância de ampliação do debate sobre as novas fronteiras legais que serão contempladas.

Conforme os resultados dos levantamentos da “Justiça em Números”, expostos anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, o número de processos em estoque só aumenta, apesar de todos os esforços envidados para uma racionalização dos procedimentos, desde a fixação de metas para esforços concentrados e permuta de boas práticas, passando pelos sucessivos aperfeiçoamentos das normas processuais, com a adoção de novos institutos, tendentes, ao menos declaradamente, à simplificação e agilização do Judiciário, até a edição do novo Código de Processo Civil, em que se depositaram grandes esperanças da consecução do ideal de uma duração razoável dos trâmites processuais.

Esse incremento do estoque de processos, por outro lado, decorre da acentuada tendência à judicialização dos litígios pelo povo brasileiro. Os bens da vida são limitados e não bastam para todos na maioria das vezes, enquanto que as necessidades das pessoas sofrem contínuos incrementos, decorrentes do processo civilizatório, daí as inevitáveis disputas que, em grande parte dos casos, não encontram soluções fora das vias jurisdicionais. É longo o caminho que a parte percorre, desde quando deduz sua pretensão em juízo até a decisão final, que, quando não mais sujeita a recurso, seja porque já manejou todos os possíveis, seja porque transcorreu *in albis* o prazo para a interposição do cabível, se acoberta sob o manto da imutabilidade.

Além dessa tendência, observável no povo brasileiro, de primazia na judicialização das lides, o contínuo aumento do ingresso de demandas em juízo se deve, ainda, a outros fatores bastante diversificados, que alguns apontam como o do extraordinário desenvolvimento de atividades do terceiro setor da economia, com a crescente especialização dos contratos de prestação de serviços, sementeiras férteis de litígios das partes envolvidas, ante os algo imprecisos contornos de prestações de fato, muitas na dependência da álea de fatos de terceiros. A isso se adiciona a maior confiança que todos depositam no Poder Judiciário, para ele transferindo a exigência de que determine aos outros poderes as prestações a que estão obrigados, no contexto de uma Constituição cada vez mais analítica e dirigente, impulsionando, até por força da garantia da proteção judiciária e da imprecisão dos lindes da reserva do possível, o chamado ativismo judicial¹¹.

É nesse cenário de crise permanente que se insere a problemática da desconstituição da coisa julgada e da compreensível formação de uma jurisprudência defensiva, que irá buscar a consolidação da imutabilidade dos julgados, só admitindo, *de lege lata*, sua desconstituição, evitando assim um retorno das lides em juízo, com evidente prejuízo da pacificação social, grande escopo do instituto.

No presente trabalho serão focalizadas as mudanças operada na nova lei processual, sobre a ampliação dos limites da coisa julgada e dos meios de sua desconstituição, mormente no plano temporal, refletindo influxos recebidos da jurisprudência e da doutrina que vieram promover alterações em determinadas posturas mais ou menos sedimentadas. A partir da

¹¹ *Apud* BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p.1-48.

análise das disceptações doutrinárias e da evolução da jurisprudência pertinentes, principalmente do Excelso Pretório, onde reside e residirá a última palavra sobre a constitucionalidade dos institutos inovados e ampliados, espera-se que seja fornecida alguma contribuição a um debate necessário e fecundo sobre a ponderação entre os valores da segurança e da supremacia da Lei Maior, ambos igualmente invocados, por correntes antagônicas, como sustentáculos de um Estado Democrático de Direito.

No cotejo a ser analisado, entre os posicionamentos de renomados doutrinadores pátrios, que admitem o que consideram a “relativização da coisa julgada inconstitucional”, propugnando pela supremacia da Constituição e dos princípios da moralidade, legalidade, proporcionalidade ou razoabilidade, contra a qual não pode prevalecer um julgado contrário a seus ditames, está JOSÉ ALGUSTO DELGADO, com o prestígio de seu sólido conceito como doutrinador, sustentando que, presentes as idéias vigorantes no Estado Democrático de Direito, é “inconcebível (...) 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”.¹² A mesma senda foi trilhada por outros processualistas de renome, como Humberto Theodoro Jr.

No pólo oposto, também figuram doutrinadores de elite, como LUIZ GUILHERME MARINONI, que sustenta que “a aceitação da retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre as decisões proferidas pelos tribunais significa colocar a coisa julgada sob condição ou em estado de provisoriedade, o que é absolutamente incompatível com o conceito e com a razão de ser da coisa julgada. (...)”¹³

Dois problemas pertinentes aos limites temporais da desconstituição da coisa julgada inconstitucional também serão abordados. Primeiro, ao contemplar a proibição à retroatividade de lei que altere a coisa julgada, pode-se considerar a regência da lei processual em vigor à época do trânsito em julgado da decisão. Assim, o termo inicial para a incidência das hipóteses de alargamento do espaço temporal para o manejo dos meios processuais para sua desconstituição, o da impugnação ao cumprimento de sentença e o do manejo da ação rescisória, deverá ser objeto de debate, já tendo se iniciado a discussão sobre o possível predomínio da proibição de retroatividade da norma que retarda a deflagração do

¹² In Coisa Julgada Inconstitucional”. DELGADO, José Augusto; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.) Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2008. pág. 107

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. Ed. Revista dos Tribunais. S. Paulo. 2008. pág. 105

biênio decadencial, que prejudique a coisa julgada, dada sua sede e *status* de garantia constitucional.

Foi, aliás, reconhecida pelo Excelso Pretório a afetação ao regime da repercussão geral da questão da eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade de lei que fundamentou uma decisão, após o decurso do biênio para a propositura de ação rescisória.¹⁴

Com as inovações no manejo da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, por meio de impugnação ao cumprimento da decisão, ou por via de uma ação rescisória, pode-se prever o acirrado debate que vai se travar sobre a prevalência da regra “ *tempus regit actum*”, em cotejo com a tendência a se reconhecer eficácia *ex tunc* a decisões declaratórias de inconstitucionalidade de lei, salvo se, nas circunstâncias e com o quorum qualificado, previstos no artigo 27 da Lei 9868/99, o Excelso Pretório decidir pela modulação no tempo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei¹⁵, em nome da segurança jurídica ou de um excepcional interesse social. No lapso temporal em que cabe argüir a inexigibilidade de um título executivo, que incorpora obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia, também é defensável, em se tratando de decisões de eficácia preponderante declaratória, constitutiva ou, mesmo, executiva *lato sensu*, que não comportem, propriamente, fase de cumprimento e conseqüente impugnação, a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, por meio de ação declaratória de nulidade, pois *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, como se pretende sustentar no curso do presente trabalho.

¹⁴ Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NEGADOS COM FUNDAMENTO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. EFICÁCIA TEMPORAL DA SENTENÇA. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a questão relativa à eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado. 2. Repercussão geral reconhecida. (RE 730462 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014)

¹⁵ 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.

2. A COISA JULGADA: Conceito e limites objetivos e subjetivos

Tem-se a coisa julgada quando o debate entre as partes se finda, com a questão apreciada em decisão da qual não cabe mais recurso. Até essa ocorrência, o iter processual pode ser, de regra, mais ou menos longo, até porque o princípio da razoabilidade na duração do processo deve ser plenamente harmonizado com as demais normas concretizadoras do princípio do devido processo legal, principalmente quanto às garantias do contraditório e da ampla defesa.

É necessário um espaço temporal razoável para que as partes possam exercer suas faculdades em juízo, com a desincumbência dos ônus da realização de determinadas atividades, seja para evitarem os prejuízos da preclusão, seja para se colocarem em posições mais vantajosas, daí os ônus para o autor, da dedução do pedido, com todos os fundamentos fáticos possíveis, e, para o réu, da contestação específica dos fatos alegados em amparo à pretensão autoral, além da produção das provas relevantes para a demonstração da matéria fática controvertida, inclusive para a defesa, quanto às novas ocorrências que veicular, impeditivas, modificativas ou extintivas do direito alegado pelo autor. Importam as ressalvas, ainda, das hipóteses em que o juiz possa inverter os ônus da prova, conferindo uma carga dinâmica à instrução processual.

A isso se junta a necessária publicidade e a fundamentação efetiva das decisões, com a abordagem de todas as questões relevantes trazidas pelas partes, que representou um dos pontos altos da nova lei processual, em sintonia mais afinada com os ditames constitucionais, albergados, desde 1988, no artigo 93, em seu inciso IX, da Lei Maior, que o novo Código de Processo Civil veio concretizar de forma mais minudente, no artigo 489 e seu celebrado parágrafo primeiro, que veda a fundamentação genérica, sem demonstrar o enquadramento do caso concreto a dispositivos legais e precedentes mencionados, exigindo, ainda, que sejam bem expostas as razões envolvidas em um juízo de ponderação entre valores em conflito.

Bem diversificadas, ainda, são as vias recursais, pouco reduzidas pela nova lei processual, que apenas diminuiu as hipóteses de manejo do agravo de instrumento, limitando-o aos casos expressamente previstos, ainda assim bem numerosos, extinguindo o agravo retido e os embargos infringentes, até que se opere o trânsito em julgado da decisão, a partir do qual se estreitam bastante as possíveis vias impugnativas.

Se a decisão não tiver sido de mérito, enquadrável nas hipóteses do art. 485, do novo Código de Processo Civil, forma-se apenas a coisa julgada formal, operando-se a imutabilidade só no contexto endoprocessual, pois, de regra, pode ser renovada a propositura da ação, sanado o defeito¹⁶. Nas hipóteses em que não se admite renovação, se enquadráveis nas de admissibilidade de uma ação rescisória, pode-se manejar esse meio de desconstituição da *res judicata*, excepcionalmente tendo por objeto uma decisão terminativa, nos termos do art. 966, § 2º.¹⁷

Se a decisão for de mérito, enquadrável no artigo 487 do novo CPC, forma-se a coisa julgada material ou substancial, e, transcorrido o prazo decadencial para a propositura de uma ação rescisória, exsurge a coisa soberanamente julgada¹⁸.

Prelecionando sobre o conceito de sentença, MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO expõe¹⁹:

¹⁶ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.....”.

¹⁷ Art. 966, § 2º. “Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

.....”

¹⁸ E M E N T A: AÇÃO RESCISÓRIA – DECURSO DO BIÊNIO DECADENCIAL A QUE ALUDE O ART. 495 DO CPC – CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO DIREITO DE AJUIZAR AÇÃO RESCISÓRIA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O direito à rescisão da sentença de mérito (ou do acórdão), qualquer que seja o fundamento da ação rescisória, extingue-se após consumado o prazo decadencial de 02 (dois) anos, cujo termo inicial passa a fluir da data do trânsito em julgado do acórdão ou do ato sentencial. – O caráter preclusivo e extintivo do prazo decadencial dentro do qual deve ser promovido o ajuizamento oportuno da ação rescisória impede, uma vez consumado “in albis” esse lapso de ordem temporal, que se impugne a “res judicata”, eis que, “Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa soberanamente julgada (...)” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/250, item n. 696, 9ª ed., 1987, Saraiva – grifei). Jurisprudência.(AR 1398 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 28-10-2015 PUBLIC 29-10-2015)

Conclusiva e objetivamente, podemos dizer que sentença é o ato pelo qual o juiz dá fim ao processo, com ou sem julgamento do mérito. Convém esclarecer que o que se extingue é o processo e não a ação. Demais, a extinção do processo compreenderá, quando for o caso, o conjunto de relações processuais aglutinadas ou estabelecidas em eventuais processos simultâneos (**simultaneus processus**). Desse modo, o ato pelo qual o juiz extingue uma das relações processuais, fazendo, todavia, com que o processo prossiga quanto à outra será, à luz do art. 162, § 2º., do CPC, decisão interlocutória. (...)

Contemplou, assim, o critério do código revogado, que elaborava o conceito de sentença tendo em vista o conteúdo ou não de um julgamento de mérito, mas combinado com a extinção do processo. No novo Código de Processo Civil, considera-se a sentença em função do seu conteúdo, reputando-se que se trata de ato do juiz, proferido em uma das situações dos artigos 485 e 487, restando, todavia, subjacente a necessidade de encerramento da fase cognitiva no primeiro grau de jurisdição.

Uma exceção é feita na disciplina da desconstituição da coisa julgada por via de uma ação rescisória de decisão de mérito. Trata-se de decisões homologatórias de acordos, nos termos do inciso III do citado artigo 487, pois homologar, como é cediço na doutrina, não é julgar e sim, placitar uma posição assumida pela partes. Por isso é que se alargaram as hipóteses de desconstituição de sentenças homologatórias de atos de disposição de direitos, como transações, reconhecimentos do pedido ou renúncia ao direito em que se funda a ação²⁰ por simples ações anulatórias dos referidos atos jurídicos. Findou-se a antiga diferenciação entre decisões meramente homologatórias, nos termos do artigo 486, do Código revogado, que ensejavam um desate idêntico, de ação anulatória, se o defeito residisse no negócio jurídico, e as demais decisões homologatórias, para as quais seriam cabíveis ações rescisórias, com fundamento no artigo 485, VIII, daquele diploma legal, quando o vício residisse no processo, o que ensejava não poucas divergências sobre o cabimento de uma ou outra via desconstitutiva.

Nos termos do art. 502, do novo Código de Processo Civil, “ denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais

¹⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Sentença e Coisa Julgada*. LTR . Cadernos de Processo Civil. N. 15. S. Paulo. 1999, pág. 13.

²⁰ Art. 966, § 4º, do novo CPC: “ 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.”

sujeita a recurso.” No Código revogado, conceituava-se a coisa julgada material como “ a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” No mesmo passo, é o conceito do art. 6º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”. Outra referência ao instituto está no art. 337, § 4º da nova lei processual codificada: “Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”, referindo-se à situação, também descrita no Código anterior, no art. 301, § 3º., segunda parte, relativa à “ repetição de ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso”.

As menções à repetição de uma ação, na caracterização da preliminar de coisa julgada, a ser argüida como matéria de defesa, remetem à definição de seus elementos identificadores, para a chamada tríplice identidade (*os tria eadem*), agora definida no parágrafo 2º do artigo 337, do novo Código, que apresentou pequena alteração redacional, com a substituição do verbo *ter* por *possuir*: “ uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.

A alteração do novo Código objetivou maior precisão conceitual, pois “a coisa julgada não é um efeito da sentença ou da decisão de mérito, mas uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença. (...) Indica a **forma como certos efeitos se exteriorizam, a sua força, a sua estabilidade, a sua autoridade.**”²¹

Barbosa Moreira já prelecionava que a imutabilidade se refere ao próprio conteúdo da sentença, com o que concorda Alexandre Freitas Câmara²². Não diz respeito aos seus efeitos, que podem até ser modificados, inclusive pela vontade das partes, como ocorre, por exemplo, em acordos posteriormente celebrados, em se tratando de direitos disponíveis, ou mesmo na reconstituição voluntária de uma situação jurídica desconstituída por decisão judicial.

Por conteúdo da sentença deve ser entendida a fixação da norma reguladora do caso concreto. Formada a coisa julgada, com o não cabimento de qualquer recurso, seja porque foram interpostos todos os possíveis, seja porque exauriu-se o prazo hábil para a interposição de algum deles, não mais será possível mudá-la ou discuti-la, mesmo que já tenham

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, S. Paulo, SP, pág. 819.

²² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Lúmen Júris Editora, 17ª. Ed., pág. 459.

desaparecido seus efeitos, como ocorre, por exemplo, com o cumprimento de uma obrigação fixada na sentença ou a celebração de outro acordo – uma novação – em substituição à obrigação fixada na sentença.

A coisa julgada a que se refere a conceituação legal é a material ou substancial, que tem alcance panprocessual, pois torna o conteúdo da sentença imutável em todo e qualquer outro processo. Trata-se de qualidade que se agrega à sentença de mérito, enquadrável nas hipóteses do artigo 487, do novo Código de Processo Civil.²³

A chamada coisa julgada formal apresenta-se com alcance adstrito ao próprio processo em que a decisão foi proferida. Identifica-se, como alguns autores observam, com a preclusão máxima *pro judicato*.

Abordando a tríplice identidade das demandas, Giuseppe Chiovenda distingue seus elementos subjetivos e objetivos, *in verbis*²⁴:

Os três elementos da ação e da demanda podem, assim, reagrupar-se e contrapor-se: de um lado, o elemento subjetivo (pessoas), do outro, os dois elementos objetivos (objeto e causa). São esses dois últimos elementos os que, em verdade, se referem à identificação do bem da vida de que se trata nas ações que são objeto de confronto: o outro elemento tem em vista a pertinência ativa ou passiva desse bem. Pode-se, pois, cindir a identificação das ações em duas operações distintas, uma que tem por objeto a identificação do bem da vida a que tendem as ações confrontadas, a outra a identificação da pertinência desse bem.

A identificação do bem da vida abrange a causa de pedir e o pedido, pois não basta pedir uma prestação: é necessário expor o porquê do pedido, ou seja, os fatos constitutivos do direito alegado e os efeitos jurídicos pretendidos.

Por causa de pedir (causa petendi), exige-se que o autor exponha na petição inicial os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, nos termos do artigo 319, III, do novo Código de

²³ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1o do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, 3ª. Ed., Bookseller, Campinas, S. Paulo, pág. 430.

Processo Civil. A propósito desse elemento identificador da demanda, ERNANE FIDÉLIS dos SANTOS preleciona²⁵:

“O fato é o que se denomina ‘causa remota’ e constitui a narração daquilo que ocorreu ou está ocorrendo, com as necessárias circunstâncias de individualização. Os fundamentos jurídicos vem a ser a própria demonstração de que o fato narrado pode ter conseqüências, das quais se pode concluir a existência de uma ou mais pretensões”.

Os fundamentos jurídicos do pedido, que conformam a causa de pedir jurídica ou próxima, vêm a ser, pois, as conseqüências jurídicas pretendidas pelo autor, não o enquadramento legal propriamente dito, que fica a cargo do juiz - *iura novit cúria*.

Conforme salienta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, deve-se entender como fundamentos jurídicos do pedido a indicação da categoria jurídico material em que se enquadram os fatos expostos pelo autor, sem necessidade de indicação dos dispositivos legais, não havendo como se confundirem fundamentos jurídicos com fundamentos legais.²⁶

Sobre a causa de pedir, a lei processual brasileira adotou a teoria da substanciação, que, ao contrário da teoria da individualização, não exige que se exponha a natureza do direito violado, e sim, os fatos constitutivos do direito, podendo o juiz decidir a demanda com base em fundamento legal não invocado pelo autor (*da mihi factum, dabo tibi ius*).

Sob outro enfoque, os fatos narrados pelo autor traduzem o interesse processual imediato, como a ameaça, o inadimplemento ou a violação do direito e os fundamentos jurídicos é que constituiriam a causa de pedir remota ou mediata, pois é necessário que se descreva uma situação de lesão ou ameaça a direito para se postular sua tutela em juízo. Abrangem, pois, o direito e a violação ou ameaça ao direito.

O pedido também se desdobra em mediato e imediato. Pedido imediato é o tipo de tutela jurisdicional invocada pelo autor, declaratória, constitutiva ou condenatória. Pedido mediato vem a ser o bem da vida pretendido

²⁵ SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil, 15ª edição, Saraiva. São Paulo, 2011, pág. 522)

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* v. III 6. Ed. São Paulo: Malheiros 2009, pág. 370.

O juiz deve se ater rigorosamente aos fatos alegados pelo autor, conforme a teoria da substanciação adotada no Brasil, decidindo nos limites do pedido – o *petitum* delimita o *decisum*. Pode o juiz decidir com fundamentação jurídica diversa da invocada pela parte, sem incorrer no vício de decisão *extra petita*, consoante pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²⁷

Todavia, esses limites objetivos tradicionais da decisão, em determinadas circunstâncias que serão analisadas logo adiante, podem ser alargados, para abranger a solução de uma questão que seja pressuposto necessário para a solução da lide, a questão prejudicial, independentemente de pedido formulado por qualquer das partes, nos termos da inovada Lei Processual.

Os elementos subjetivos e objetivos da demanda se estabilizam paulatinamente. Nos termos do artigo 329, do novo Código de Processo Civil, feita a citação, não é dado ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu e saneado o feito, estabiliza-se a demanda²⁸, pois nem mesmo com a anuência do réu podem ser modificados os elementos objetivos que a identificam. Esses limites, todavia, podem se ampliar, se houver uma oposição, que traga uma lide prejudicial à apreciação da que já estava deduzida em juízo. Também podem ocorrer acordos parciais, com a redução consensual do objeto do litígio.

²⁷ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ISSQN SOBRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. BROCARDOS MIHI FACTUM DABO TIBI IUS E IURIA NOVIT CURIA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA CAUSA DE PEDIR E PEDIDO. POSSIBILIDADE.

1. A sentença *extra petita* é aquela que examina causa diversa da que foi proposta na inicial, sendo desconexa com a situação litigiosa descrita pelo autor, bem como com a providência jurisdicional que dela logicamente se extrai.

2. Não há provimento *extra petita* quando a pretensão é analisada nos moldes em que requerida judicialmente, ainda que com base em argumentação jurídica diversa daquela suscitada na petição inicial. É sabido que o magistrado não está adstrito à fundamentação jurídica apresentada pelas partes, cumprindo-lhe aplicar o direito à espécie, consoante os brocardos latinos da *mihi factum dabo tibi ius e iuria novit curia*.

3. De acordo com a jurisprudência do STJ, não há ofensa ao princípio da congruência ou da adstrição quando o juiz promove uma interpretação lógico-sistemática dos pedidos deduzidos, mesmo que não expressamente formulados pela parte autora.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1444911/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 29/09/2017)

²⁸ Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

Inegável a relevância jurídica desses elementos identificadores da demanda, imprescindíveis para a definição dos contornos da litispendência e da coisa julgada, bem assim do cabimento de um litisconsórcio, em que o liame entre os co-litigantes se evidencia pela identidade de pedido ou de causa de pedir. São relevantes, ainda, para se apreciar a reunião de processos, por conexão entre os pedidos ou a causa de pedir, ou a alegação de modificação do objeto da demanda. A identificação de uma demanda, em função dos *tria eadem* (*eadem personae, eadem causa petendi e eadem res*) evita a pendência simultânea de ações idênticas, com o risco de decisões contraditórias da justiça, ou sua repetição, já com a decisão de mérito acobertada pela coisa julgada, o que afrontaria a segurança jurídica que advém da estabilidade das situações definitivamente acertadas em juízo, fomentando a paz social ao impedir o eterno retorno que configuraria uma eternização dos litígios, salvante nas hipóteses autorizadas de sua desconstituição pelos instrumentos processuais previstos.

Em sintonia com a segurança jurídica, alargaram-se, no novo regramento processual, os limites objetivos da coisa julgada, com a técnica legislativa da redução das hipóteses fora de seu âmbito, relativas à apreciação de questão prejudicial. A propósito, é a nova previsão do art. 504:

Art. 504. 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.”

No Código revogado, o artigo correspondente (art. 469) incluía ainda, em um inciso III, “ a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”, mas o artigo seguinte previa que fazia coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requeresse, com remissão aos artigos 5º. e 325, se o juiz fosse competente em razão da matéria e se a questão constituísse pressuposto necessário para o julgamento da lide. Em outras palavras, atendidas as demais condições, fazia coisa julgada a solução da questão prejudicial se a parte propusesse uma ação declaratória incidental, quando, no curso do processo, se tornasse litigiosa a existência de uma relação jurídica subordinante da solução daquela lide, se o juízo fosse competente decidir todas, segundo os critérios de competência absoluta.

No novo CPC, a inclusão da decisão sobre a questão prejudicial nos limites da coisa julgada está nos parágrafos do artigo 500. Dispõe o § 1º:

“Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º. O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”.

O § 2º. do mesmo dispositivo completa a disciplina:

“A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial”.

Com essa nova disciplina, os contornos objetivos da coisa julgada podem sofrer alterações importantes, conforme se tornem controvertidas questões subordinantes da questão principal, de cujas soluções esta última seja dependente, até mesmo por terceiros intervenientes.

Assim, os limites objetivos da coisa julgada podem não ser apenas gizados pelo pedido, com o qual a sentença deve ser cônica: *sententia debet esse conformis libello*. Pode a coisa julgada ir além dos limites do tema principal, acobertando sob o manto da imutabilidade a solução da questão prejudicial, da qual dependa o julgamento do mérito, desde que tenha havido a respeito um “contraditório prévio e efetivo”, o que afasta a hipótese de revelia, pois se exige que a parte impugne especificamente os tópicos pertinentes e produza as provas necessárias. Pode-se tornar, todavia, extremamente difícil definir, nos contornos dos debates em um caso concreto *sub judice*, o que teria sido um contraditório efetivo em contrapartida a uma deficiente atividade probatória da parte que tenha oferecido contestação impugnando, de forma mais ou menos genérica, os fatos e fundamentos emergentes com a questão prejudicial.

Também se exige a competência do juízo, em razão da matéria e da pessoa, para resolvê-la como questão principal e que não se trate de processo com restrições probatórias ou limites à cognição, que deverá ser, portanto, exauriente. Isso significa que se deve descartar, de início, os processos em que a lei prevê técnicas de sumarização, consoante a lição de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA,²⁹ como aqueles em que os dados probatórios devem ser apenas documentais e pré-constituídos, o que ocorre nos mandados de segurança, ou com

²⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. in Curso de Processo Civil. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1986. Vol. I, págs. 94/115.

restrições à ampliação de questões, como nos embargos de terceiro senhor e possuidor ou nas demandas possessórias propriamente ditas, com vedações à exceção do domínio.

Pode-se conceber, todavia, que controvérsias se avolumem sobre as possibilidades de o procedimento eleito ter permitido a apuração completa da questão prejudicial, mesmo à luz de uma restrição probatória existente, quando a prova vedada ou restrita for desnecessária para a completa investigação dos fundamentos da prejudicial suscitada.

BARBOSA MOREIRA já reportava o debate doutrinário sobre os limites objetivos da coisa julgada, pontificando que, no século XIX, a posição da doutrina sobre a “a força dos motivos em que se baseia a decisão do juiz”, que se revelava uma questão delicada, aduzindo:³⁰

Se nos limitássemos à expressão abstrata do julgamento, sem lhe penetrarmos o sentido, que só o conhecimento do raciocínio do juiz é capaz de aclarar, tornar-se-ia absolutamente impossível a invocação da auctoritatis rei iudicatae em processo ulterior.

Mais adiante, salienta a importância de se deixar ao alvedrio das partes os limites da demanda, sem estender a autoridade da coisa julgada além deles³¹:

Quem pede um pronunciamento sobre a relação condicionada nem sempre tem interesse em ver transpostos os limites em que, de caso pensado, confiou o thema decidendum, em que, por outro lado, se possa contrapor ao da parte qualquer interesse público dotado de força bastante para tornar necessária a produção do efeito que ela quis evitar. A parte pode estar despreparada para enfrentar uma discussão exaustiva da questão subordinante, v.g., por não lhe ter sido possível, ainda, coligir todas as provas que, potencialmente, a favoreceriam e, no entanto, achar-se na contingência, por este ou aquele motivo, de ajuizar desde logo a controvérsia subordinada.

Agora, o alargamento dos limites objetivos da coisa julgada ampliou as possibilidades de interesse na rescisão de decisões, no que diz respeito a algumas surpresas advindas da apreciação de questões prejudiciais, sem os contornos seguros de um debate no bojo de uma ação declaratória incidental, que veio a ser abolida, mesmo atendidas as condições estatuídas nos dispositivos inovados. Extrapolaram-se, assim, os limites da coisa julgada

³⁰ BARBOSA MOREIRA, Questões prejudiciais e coisa julgada, Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 81

³¹ Idem, op. Cit. Pág. 90

tradicionalmente considerados, conforme a lição de Liebman, de que não se tornaria imutável a “atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão.”³²

Trata-se de importante inovação, valendo recordar que, na regência anterior, somente com a propositura de uma ação declaratória incidental, pelo autor ou pelo réu, na hipótese de ser o juízo competente para decidir a matéria é que a solução da questão prejudicial integraria o *decisum*.³³

A simplificação intentada com a abolição da necessidade da propositura de uma ação declaratória incidental pode ter trazido, na verdade, contornos que podem se revelar imprecisos e inseguros, com a inclusão, *ope judicis*, de uma questão debatida entre as partes no âmbito da coisa julgada, sem que o contraditório prévio observado tenha se revelado realmente efetivo e sem que as partes tenham manifestado interesse nesse sentido, por não se tratar ainda de situação madura para receber decisão que possa se acobertar sob o manto da imutabilidade.

Se o decisório for prolixo, pode se apresentar tormentosa a definição dos contornos do que realmente possa ser incluído na decisão e o que se pode reputar como considerações *obiter dicta*, relativas a pontos de vista mencionados de passagem, sem pertinência direta com os fundamentos verdadeiros da decisão.

Sobre o conceito do que se pode considerar como uma questão *obiter dicta*, é a lição de Neil MacCormick :³⁴

Argumentos sobre princípios jurídicos ou argumentos avaliando outros casos dotados de autoridade ou ainda as consequências da solução escolhida e das suas rivais pertencerão à classe das *obiter dicta*. Isso é assim, mesmo que tais argumentos sejam necessários para justificar a solução dada, e mesmo que apenas os argumentos efetivamente aduzidos possam justificar tal solução.

Ante os debates que se estendam intermináveis entre as partes, pode-se afirmar que, com segurança mesmo, apenas não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença e a verdade dos fatos, estabelecida como seu fundamento, nos precisos termos do artigo 504. Todavia, mesmo esses limites

³² Citado por LENZA, Pedro, in Teoria Geral da Ação Civil Pública, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003, pág. 215

³³ Cf. SANTOS, Ernane Fidelis dos, Manual de Direito Processual Civil, Ed. Saraiva, S. Paulo, 4ª. Ed., pág. 374 e ss

³⁴ MACCORMICK, Neil - Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pág. 203

podem ser desconsiderados, em se tratando, como se verá adiante, de controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos, em que eventual declaração de inconstitucionalidade de lei, afastando-a da regência na espécie, é realizada nas razões de decidir, incidenter tantum, e não *principaliter*, pois essas razões determinantes serão vinculantes para todos, reconhecendo-lhes uma eficácia expansiva que possibilita a desconstituição da coisa julgada inconstitucional em processos diversos. A mesma eficácia vinculante é fundamento para a dispensa da observância à regra da reserva de plenário, ou de órgão especial, do art. 97 da Constituição, se houver precedentes nesse sentido daqueles órgãos competentes ou do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, inserem-se no âmbito da coisa julgada as questões implicitamente resolvidas, que abrangem o deduzido e o deduzível, consoante a disciplina do artigo 508 do novo Código de Processo Civil, que praticamente reproduz, com ligeiro aperfeiçoamento redacional, o que já se continha no artigo 474, do Código revogado.

Mesmo à luz do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei 1.608), a matéria já preocupava os doutrinadores. Dispunha aquele diploma legal, em seu art. 287:

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 premissa necessária da conclusão.

ALFREDO BUZAID, a propósito da inclusão no âmbito da coisa julgada, de questões implicitamente resolvidas, e contemplando a dicção do *caput* do aludido art. 287 , do Código de Processo Civil de 1939, já ponderava³⁵:

Isto não significa que a coisa julgada se limite às questões que se encontrem na decisão uma solução expressa; não se olvide que a decisão é uma declaração como todas as outras a qual muitas coisas, por força de lógica, se fazem entender também sem necessidade de dizê-lo; em particular se a solução de uma questão supõe, como prius lógico, a solução de uma outra, também esta outra é contida por implícita na decisão (julgamento implícito). A rigor, são implicitamente resolvidas todas as questões, cuja solução é logicamente necessária para chegar à solução expressa na decisão; se por exemplo, o juiz se pronuncia sobre a rescisão de um contrato, implicitamente lhe afirma a validade.”

³⁵ BUZAID, Alfredo. Do Agravo de Petição no sistema do Código de Processo Ciil. Ed. Saraiva, 2ª. Ed., 1956. pág. 113

No novo Código de Processo Civil, a regra relativa às questões implicitamente resolvidas é a do art. 508, que só apresentou pequena alteração de caráter redacional em relação à congênere do Código de 1973:

“ Art. 508. 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.”

Assim, todos os fatos e fundamentos jurídicos possíveis, convergentes para o pedido, são considerados apreciados. Um exemplo comum gira em torno de um pedido de indenização fundado em conduta culposa, em acidente de trânsito. Se o autor, que alegou que o réu dirigia com excesso de velocidade e avançou um sinal, colidindo com seu veículo, vem a perder a demanda, não pode repropô-la, alegando agora que o réu também não tinha cuidado dos freios e estava embriagado. Considera-se que alegou tudo que pudesse caracterizar os efeitos jurídicos pretendidos, que seria a responsabilidade pela indenização em decorrência de conduta culposa.

Além dessa ampliação dos limites objetivos da coisa julgada, vale ressaltar que em seu âmbito também se inserem as decisões de mérito parceladas, que podem se distribuir ao longo do processo, conforme se configurem as questões meritórias maduras para decisão, que não devem aguardar a sentença final e cujos desates se acobertam pela coisa julgada, quando preclusas as respectivas vias impugnativas,³⁶ embora o evento em que se considera globalmente o trânsito em julgado seja o da irrecorribilidade da última decisão tomada no processo, como já dispunha a Súmula 401, do STJ, agora reproduzida no *caput* do artigo 975 do novo Código de Processo Civil³⁷, embora com posicionamentos contrários no Supremo Tribunal Federal, como se analisará mais adiante.

Os limites subjetivos da coisa julgada residem nas partes, autor, réu, e ainda os chamados terceiros, como os denunciados à lide e os chamados ao processo, que tenham sido admitidos como partes. Nesse sentido, proclama o artigo 506 que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros. Isso não significa que terceiros possam desconsiderar um *status* definido na sentença, ainda que venha a interferir em sua

³⁶ Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:
I - mostrar-se incontroverso;
II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.
.....”

³⁷ Súmula 401, do STJ: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.”

esfera de interesses. Imagine-se alguém prestes a completar o tempo hábil a usucapir um terreno, ante uma sentença declaratória de paternidade, contemplando um menor absolutamente incapaz, herdeiro do bem, contra o qual não podem correr prazos extintivos, consoante o artigo 198, inc. I, do Código Civil.

Nesse sentido, colhe ao propósito reproduzir a lição de Liebman, reportada por Pedro Lenza³⁸:

Convém lembrar que os limites subjetivos da coisa julgada não se confundem com a eficácia natural da sentença enquanto ato do estado, ou seja, a autoridade da coisa julgada distingue-se da extensão subjetiva da eficácia da sentença. Enquanto aquela vale somente perante as partes que participaram do processo (visão clássica), a eficácia natural do ato estatal vale para todos.

Quanto ao assistente, não se lhe opõe a coisa julgada, mas transitada em julgado a sentença no processo em que interveio, não lhe é dado mais discutir, em futuro processo a justiça da decisão, salvo de manejar as denominadas *exceptio male gesti processus*, referidas no artigo 123, incisos I e II, do novo Código de Processo Civil, que reproduz praticamente a mesma disciplina antes contida no artigo 55 do Código revogado. Essas defesas, acerca da má condução do processo, descritas nos dois incisos do referido dispositivo, consistem ou na alegação de que, “pelo estado em que recebeu o processo ou que pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença”; ou, ainda, “que desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu”. Esse efeito-assistência, sob certo ângulo, é mais amplo do que o da coisa julgada e, sob outro, menos abrangente. É mais amplo, pois alcança os motivos, em função dos quais se poderia discutir a justiça da decisão. É menos abrangente, porque, manejadas as defesas referidas nos incisos do artigo 123, pode reabrir a discussão, em um futuro processo, em que a decisão tenha alguma relação ou influência com pretensão diversa deduzida.

ENRICO TULLIO LIEBMAN traça importante distinção entre os terceiros, segundo o grau maior ou menor do interesse de que sejam titulares, em relação ao decidido em uma demanda *inter alios*³⁹:

³⁸ Op. Cit., pág. 215

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença. 3ª. Ed., Forense, Rio de Janeiro. 1984, págs. 208/209

Não é este o lugar para fazer o exame detido de todas as posições que a realidade apresenta; mas, do que antecede, pode-se, desde já, deduzir os seguintes princípios: os terceiros com interesse de igual hierarquia aos das partes podem defendê-lo com plena autonomia, sem encontrar obstáculo na coisa julgada. Ao contrário, os que têm interesse de grau inferior ficam sujeitos à sentença e devem suportar o prejuízo que esta lhes acarreta.

A regra geral dos limites subjetivos da coisa julgada, estatuída no artigo 503 da nova Lei Processual se coaduna com as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, respeitando ainda o acesso à justiça, conforme bem ressaltou EDUARDO TALAMINI, em bem reportada lição⁴⁰:

Estabelecer como imutável uma decisão perante terceiro, que não teve a oportunidade de participar do processo em que ela foi proferida, afrontaria não apenas a garantia do contraditório, como também o devido processo legal e a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Estaria sendo vedado o acesso à justiça ao terceiro, caso se lhe estendesse a coisa julgada formada em processo alheio: ele estaria sendo proibido de pleitear tutela jurisdicional relativamente àquele objeto, sem que antes tivesse ido a juízo. Portanto, isso implicaria igualmente privação de bens sem o devido processo legal. Haveria uma frustração da garantia do contraditório: de nada adiantaria assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os que participam de processos e, ao mesmo tempo, impor como definitivo o resultado do processo àqueles que dele não puderam participar.

Existem, todavia, exceções a esse limite geral, estatuído no artigo 503, com extensão da eficácia da coisa julgada a quem não participou do processo, vinculando-a, inclusive, à imutabilidade da decisão judicial, como é o caso da legitimação extraordinária em que a esfera jurídica do substituído fica atingida pelos efeitos da coisa julgada em processo em que não atuou, inclusive no caso do adquirente de coisa litigiosa que, nos termos do artigo 109, § 3º, da nova lei processual, fica sujeito aos efeitos da sentença proferida entre as partes originárias, que é um caso de substituição processual ulterior, que decorre da alienação da aludida coisa. Igualmente no litisconsórcio facultativo unitário, a incidibilidade da relação jurídica acertada pela sentença sujeita aqueles que não participaram do processo, como é o caso de sentença anulatória de assembléia de condomínio, mesmo em relação aos condôminos que não integraram a relação processual.

⁴⁰ 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. 203.

Importa considerar, ainda, a imutabilidade relativa da coisa julgada, nas relações de trato continuado, nos limites estampados na cláusula *rebus sic stantibus*. Nessas hipóteses, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do julgado, consoante o artigo 505, inc. I, do novo Código de Processo Civil.⁴¹ Na verdade, as inovações de fato ou de direito representam uma mudança nos próprios elementos identificadores da demanda. Em ações em que se alegam essas modificações, a *causa petendi* é outra, não se cuidando, pois, da tríplice identidade.

Nesse sentido, é o entendimento de EDUARDO TALAMINI⁴²:

O segundo aspecto atinente ao chamado “limite temporal” diz respeito à vigência da coisa julgada em face de relações jurídicas que permaneçam sofrendo mutações internas mesmo depois de proferida a sentença. Nos termos do art. 471, I, se, tratando-se de “relação jurídica continuativa”, sobrevier “modificação no estado de fato ou de direito”, (...) poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.”

Há quem pretenda ver no art. 471, I, uma norma ditada em vista da “transcendência do valor humano” do mérito da causa (“alimentos, guarda de filhos etc.”), de modo que “motivos sociais e políticos que justificam a imutabilidade do julgado devem ceder em face daqueles valores”. (...) Com a devida vênia, não é esse o fundamento da regra em questão. Ela é igualmente aplicável a relações continuativas eminentemente patrimoniais e alheias à gama de valores mais intimamente ligados à dignidade humana (p. ex. relações tributárias, contratos de caráter continuado, etc). Por outro lado, há causas que versam sobre esses valores fundamentais que estão infensas à regra do art. 471, I (ação declaratória de paternidade, p. ex.). A norma em exame tem sua razão de ser na conformação estrutural e na dinâmica do tipo de relação sobre o qual incide – está alheia, portanto, a qualquer consideração axiológica mais profunda. Como se vê a seguir, diz estritamente respeito aos limites objetivos da coisa julgada, em sua conformação clássica.

Em seguida, conclui, considerando o não atendimento às *tria eadem*, não havendo, pois, que se falar em alteração da coisa julgada, ante os novos fundamentos fáticos ou jurídicos constatados:⁴³

O disposto no inciso I do art. 471 não constitui exceção à coisa julgada, nem propriamente versa sobre coisa julgada submetida à cláusula *rebus sic stantibus* (a não ser que se pretenda dar essa qualidade a toda e qualquer hipótese de coisa julgada). A parte poderá pleitear nova sentença precisamente porque a alteração de

⁴¹. Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

⁴² TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e sua Revisão. Ed. Revista dos Tribunais. S. Paulo. 2004. págs. 89/90.

⁴³ Idem, ibidem.

fato ou de direito vem a estabelecer uma nova causa de pedir, diversa daquela em relação à qual operou a coisa julgada.

Comentando a inovação introduzida na matéria de embargos à execução, em 2001, TEORI ALBINO ZAVASCKI, ainda na posição de doutrinador, não havia deixado de observar que, em se tratando desse tipo de relação continuativa, a superveniente declaração de inconstitucionalidade do título judicial já autorizaria a mudança do que foi decidido, sem necessidade de uma demanda específica para a desconstituição do julgado anterior. Nesse sentido, prelecionou sobre a revisão das sentenças confirmatórias da constitucionalidade⁴⁴:

“ Se as sentenças proferidas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade estão condicionadas, como todas as demais, à cláusula *rebus sic stantibus*, pode-se afirmar que a sua força vinculativa (“força de lei”) deixará de existir a partir do momento em que, por mudança do estado de direito ou de fato, a norma declarada compatível com a Constituição passar a ser com ela incompatível. A sentença que reconhece a constitucionalidade de uma norma à luz de determinada ordem constitucional não terá “ força de lei” *erga omnes* se sobrevier mudança na Constituição. Igualmente, se por fato posterior à sentença confirmatória de sua constitucionalidade a norma de direito ordinário vier a tornar-se incompatível com a Constituição, não mais se sustentará a força vinculativa do julgado.

Pergunta-se, porém; ocorrida a mudança do *status quo*, a “ perda de eficácia” da sentença declaratória opera-se automaticamente, dispensando, desde logo, a sua observância, ou depende de nova sentença, “ revisando” a anterior e desfazendo seu efeito vinculante? Ao tratar dessa questão, abordando as sentenças que decidem relação jurídica de trato sucessivo, sustentamos que a alteração no *status quo* tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. O contrário, ou seja, a necessidade de pronunciamento judicial que retire expressamente a força da sentença anterior, depende de previsão em lei. No âmbito do controle abstrato de constitucionalidade, nada induz a indicação de regime diferente, nem que, de alguma forma, submeta a sentença a uma ação de revisão. (...)

Quanto aos processos coletivos, o ordenamento jurídico pátrio optou por um tratamento da coisa julgada mais consentâneo com o grau de informação do povo, acerca da pendência de demandas dessa natureza. Por processo coletivo, deve ser entendido aquele que envolve interesses metaindividuais, manejado por um legitimado extraordinário, consoante se

⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. Ed. Revista dos Tribunais, S.Paulo. 2001, págs. 116/117.

colhe da lição de RODOLFO MANCUSO, que preleciona que um processo é dessa natureza:

[...] quando a finalidade perseguida diz com a tutela de um interesse metaindividual (...) de sorte que há de ser o propósito de alcançar uma certa faixa do universo coletivo, mediante a expansão da coisa julgada, o que pode qualificar como coletiva uma dada ação.”⁴⁵

Mais adiante, enfatiza⁴⁶:

[...] na jurisdição coletiva, o autor da ação não age para obter vantagem para si, mas como um legitimado extraordinário, um agente credenciado pelo texto de regência a postular em prol de coletividades mais ou menos vastas, donde parece mais adequado falar-se em interesses metaindividuais [...].

Dentre os interesses coletivos *lato sensu*, destacam-se os interesses difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, conforme os limites traçados pelo artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

No âmbito dos interesses difusos, a indeterminação dos sujeitos abrangidos é bem maior, pois o liame entre eles é uma situação de fato e o objeto é indivisível. Imagine-se, por exemplo, uma coletividade prejudicada por danos ambientais causados à camada de ozônio da estratosfera terrestre.

Já nos interesses coletivos *stricto sensu*, a determinabilidade dos sujeitos aumenta, ou seja, são indeterminados, à primeira vista, mas determináveis ou com maior possibilidade de determinação, pois o vínculo que os une é uma situação jurídica base, como ocorre na maior parte dos casos envolvendo consumidores de determinados produtos.

⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria geral das ações coletivas**. 3 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 69

⁴⁶ Op. Cit. Pág. 102

Sobre a origem comum, que caracteriza os direitos individuais homogêneos, Humberto Dalla Bernardina Pinho⁴⁷ preleciona:

Nessa linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que em sede de direitos individuais homogêneos existe uma questão coletiva comum a todos os membros da classe e que se sobrepõe a eventuais questões individuais. Eis aí a pedra de toque, ou seja, a dita homogeneidade advém desta questão comum prevalente, que se torna então uma questão social, e, por conseguinte, indisponível.

O tratamento diferenciado à coisa julgada nas ações coletivas foi exposto, primeiramente, no artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65):

Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Posteriormente, a Lei 7.347/85, que veio regular a ação civil pública, trouxe previsão análoga em seu artigo 16, tendo se acrescentado uma criticada limitação territorial à eficácia da decisão:

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. (Redação dada pela Lei 9494, de 10.9.1997)

Contemplando essa questão da competência territorial, os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada foram considerados, em sede de Recurso Especial repetitivo, nos termos seguintes:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART.543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL.FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts.468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

⁴⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. 2 ed. amp. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pág., 360.

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)

A coisa julgada em ações coletivas veio a ser disciplinada, de forma mais minuciosa, na Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. Nesses processos, que envolvem interesses transindividuais, mormente os coletivos, referentes a indivíduos indeterminados e, em alguns casos, determináveis, a coisa julgada vale *erga omnes* ou *ultra partes*, mas somente pode se operar para beneficiar - *in utilibus* - os indivíduos da coletividade, grupo categoria ou classe, não podendo prejudicar as ações individuais, em casos de improcedência da demanda. A norma faz referência à eficácia *erga omnes*, em se tratando de interesses difusos e *ultra partes*, quando se cuida de interesses coletivos *stricto sensu*, deixando transparecer, à primeira vista, que se trata de um grupo ou categoria mais limitado, com integrantes identificáveis. Volta, todavia, a mencionar a eficácia *erga omnes*, quando cuida de interesses individuais homogêneos, em que o grau de determinabilidade dos integrantes do grupo pode se apresentar, ainda, maior.

Nos termos da regência contemplada, manteve-se a sistemática adotada pela Lei da Ação Popular, pois, julgada improcedente uma demanda, mesmo sem referência expressa à insuficiência de provas no *decisum*, pode ser proposta outra ação coletiva, fundada em provas novas que se apresentem relevantes e suficientes, ao menos em tese, ao acolhimento do pedido.

Sem provas novas, o que foi decidido, fica acobertado pela coisa julgada, inibindo idênticas ações coletivas, sem prejuízo, todavia, para as demandas individuais. A lei possibilita, ainda, que aqueles que já tenham proposto suas próprias demandas afastem a eficácia da decisão a ser proferida nas ações coletivas,⁴⁸ se não requererem a suspensão dos

⁴⁸ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *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, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

respectivos processos, no prazo de trinta dias da ciência da propositura das demandas coletivas, o que evitará decisões contraditórias. Já na disciplina do Mandado de Segurança coletivo, a exigência da lei 12.016/2009 foi mais além, exigindo, para tanto, a desistência da ação individual, no § 1º. do seu artigo 22.⁴⁹

De posse de uma sentença de procedência, em ação coletiva, os integrantes da categoria poderão demonstrar que estão enquadrados no grupo contemplado pelo *an debeat*, e acertar os respectivos *quanta debeat* em fase de liquidação, para promoverem o cumprimento do julgado.

Cristianine Chaves Santos confere uma interpretação extensiva ao disposto no artigo 103, § 3º., do Estatuto Consumerista, considerando que a coisa julgada não se limita ao dispositivo da sentença, mas abrange a verdade dos fatos e a motivação jurídica que constitui um antecedente lógico do julgamento do pedido principal, podendo os interessados manejarem logo uma liquidação de danos individuais, pois o *an debeat* estará revestido da autoridade da coisa julgada.⁵⁰

Ante o problema prático da propositura de execuções individuais em número elevado, de sentenças de procedência de ações coletivas, a inviabilizar o funcionamento do órgão judicial que conheceu da demanda em primeiro grau de jurisdição, veio a proposta

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

⁴⁹ Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

⁵⁰ SANTOS, Christianine Chaves. **Ações Coletivas e Coisa Julgada**. Curitiba: Juruá, 2004, pág. 196

interessante, no julgado seguinte do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, de condicionar o requerimento dessas execuções da sentença ao juízo do foro do domicílio dos autores individuais:⁵¹

Quanto a essas demandas coletivas propostas por entidades de classe, ainda remanesce conflituosa a jurisprudência acerca da necessidade de filiação dos interessados, à época da propositura da demanda, ou se, independentemente desse vínculo, pode contemplar os integrantes do grupo ou da categoria.

No Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que estariam abrangidos pela coisa julgada *in utilibus* os integrantes da categoria, independentemente de filiação à entidade

⁵¹ **PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. OBJETO. ATIVOS DEPOSITADOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS ORIGINÁRIOS DO "PLANO VERÃO". DIFERENÇAS. RECONHECIMENTO. PAGAMENTO. PEDIDO. ACOLHIMENTO, COISA JULGADA. EFICÁCIA ERGA OMNES. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPOSSIBILIDADE. ALCANCE NACIONAL. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA SENTENÇA COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. LEGITIMIDADE. TÍTULO. DETENÇÃO. EXEQUENTES DOMICILIADOS FORA DO TERRITÓRIO ABRANGIDO PELO DECIDIDO. FORO DO DOMICÍLIO. COMPETÊNCIA. AFIRMAÇÃO.** 1. O Superior Tribunal de Justiça, no exercício da competência constitucional que lhe é assegurada de ditar a derradeira palavra na exegese do direito federal infraconstitucional e velar pela uniformidade da sua aplicação, firmara entendimento, sob a égide do procedimento do julgamento de recursos repetitivos (CPC, art. 543-c), a partir do ponderado cotejo do estabelecido pelos artigos 93 e 103 do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que os efeitos e a eficácia da sentença que resolve a ação coletiva, por não se confundirem com as regras de competência, não estão circunscritos aos limites geográficos da competência do órgão prolator do decisório, mas aos limites objetivos e subjetivos do que fora decidido coletivamente (RESP nº 1.243.887/PR). 2. Sob a égide da ponderação dos dispositivos que regulam a ação coletiva como fórmula de racionalização da tutela dos direitos individuais homogêneos, a eficácia material da sentença coletiva originária e destinada a tutela de direito do consumidor não está sujeita ao limite territorial da jurisdição detida pelo órgão prolator, sendo pautada pela extensão dos danos (alcance objetivo) e pela qualidade dos titulares dos direitos discutidos (alcance subjetivo), alcançando, pois, os consumidores afetados pelo fato lesivo de forma indistinta, independentemente do local onde são domiciliados (art. 103, inciso III), como forma de ser assegurada eficácia à fórmula de tutela coletiva dos direitos do consumidor. 3. Aliado à regra inserta no artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que disciplina a competência das ações de conhecimento coletivas, facultando aos legitimados a propositura da demanda no foro da capital do estado ou no Distrito Federal - Quando se tratar de danos de âmbito nacional ou regional -, o cumprimento individual da sentença, ao fracionar o caráter coletivo da sentença uma executada, não deve seguir a mesma regra, sob pena de sobrecarregar o normal funcionamento do órgão prolator, ensejando que seja manejada perante o juízo competente do foro em que o titular do direito reconhecido é domiciliado como forma de ser preservada a efetividade da prestação jurisdicional, privilegiado o princípio da razoável duração do processo e prevenida a inviabilização das atividades do juízo do qual emergira o título judicial. 4. Apurado que a eficácia conferida à sentença que resolvera a ação coletiva e içada como lastro da pretensão executiva formulada não deve ser pautada pela competência territorial assegurada ao órgão judicial do qual emergira, mas pela extensão dos danos e pela qualidade dos beneficiários (alcances objetivo e subjetivo), estando, pois, municuada de abrangência nacional, afere-se que, em sendo os consumidores residentes fora da área de abrangência da competência territorial do órgão prolator, conquanto beneficiados e alcançados pelo decidido, figurando como beneficiários subjetivos do título executivo, estando revestidos de suporte material apto a aparelhar a pretensão executiva que deduziram, devem manejar a execução no foro em que são domiciliados na exata dicção da proteção que lhes é dispensada e do alcance nacional do aparato que ostentam, ensejando que, sob esse prisma, seja determinada a redistribuição do processo em consonância com o local em que são radicados. 5. Apelação conhecida e provida. Unânime. (TJDF; Rec 2012.01.1.190544-5; Ac. 668.525; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Teófilo Caetano; DJTJDFT 17/04/2013; Pág. 107)

representativa legitimada extraordinariamente.⁵² Já no Supremo Tribunal Federal, a conclusão foi distinta, restringindo os limites subjetivos da coisa julgada aos que estivessem filiados, à data da propositura da demanda, no julgamento do Recurso Extraordinário 612.043, em que se fixou a seguinte tese:

A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o sejam em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento⁵³.

Remanesce, ainda, o debate sobre a aplicação da tese apenas a ações coletivas ordinárias, que tratam de interesses de indivíduos determinados, de um grupo específico, ou também a ações civis públicas, que tratam de direitos de indivíduos indeterminados. Essa diferenciação, proposta pelo prolator de voto divergente, o Ministro Levandowski, não foi incluída no dispositivo do acórdão, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, seguido pela maioria do tribunal pleno.

Completando a abordagem do tratamento diferenciado que a lei confere à coisa julgada nas ações coletivas, verifica-se que, nessas demandas, não se opera a imutabilidade que acoberta a coisa julgada, se o pedido for julgado improcedente por falta ou deficiência de prova, pois novos elementos probatórios podem ensejar a repropositura da mesma ação, por qualquer dos legitimados. Trata-se do especial tratamento legal conferido à coisa julgada *secundum eventum probationis*. A imutabilidade da decisão de improcedência fica adstrita ao que resultou da prova produzida, se considerada insuficiente. Trata-se, inclusive, de hipótese

⁵² TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE DE INTEGRANTE DA CATEGORIA NÃO FILIADO AO SINDICATO. RECONHECIMENTO.

1. Nos termos da Súmula 629/STF, as associações e sindicatos, na qualidade de substitutos processuais, têm legitimidade para a defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, sendo dispensável a relação nominal dos afiliados e suas respectivas autorizações.

2. Julgados das Turmas de Direito Público desta Corte comungam do entendimento no sentido de que o servidor público integrante da categoria beneficiada, desde que comprove essa condição, tem legitimidade para propor execução individual, ainda que não ostente a condição de filiado ou associado da entidade autora da ação de conhecimento.

Precedentes: AgRg no REsp 1153359/GO, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/3/2010, DJe 12/4/2010; REsp 1270266/PE, Rel.

Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 6/12/2011, DJe 13/12/2011; e REsp 936.229/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/2/2009, DJe 16/3/2009.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 197.010/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012)

⁵³ In www.conjur.com.br/2017-mai-10/

em que pode ser admitido recurso do réu, visando à modificação dos fundamentos da decisão de improcedência, se considerar que houve prova suficiente produzida, não mais se ensejando a repropositura da demanda coletiva contra ele.

Esse tratamento conferido à coisa julgada nas ações coletivas no Brasil difere do adotado nos Estados Unidos, em que não se condiciona a coisa julgada ao resultado *in utilibus* ou ainda, não se opera *secundum eventum probationis*. Assim, a coisa julgada nas chamadas *mandatory class actions* vale *erga omnes* mesmo, pois todos os componentes do grupo podem ser atingidos pela autoridade da coisa julgada, *pro et contra*⁵⁴, se for considerada a **representatividade adequada**, isto é, a defesa suficiente dos interesses do grupo ou da categoria.

Completando esse enfoque da coisa julgada nas ações coletivas, é de se ressaltar que, exatamente em razão das rigorosas conseqüências de uma *class action* para todos os integrantes da categoria envolvida, no direito norte-americano, verifica-se um extremo rigor ao contemplar a representatividade adequada (*adequacy of representation*), que é um pressuposto inarredável de admissibilidade para esse tipo de demanda,⁵⁵ diferentemente do que o legislador brasileiro entendeu mais adequado a nossa realidade.

Arrematando com a regência geral da imutabilidade que acoberta o conteúdo da coisa julgada, em todos os casos acima abordados, é bem de ver que os órgãos jurisdicionais ficam vinculados, em processos futuros, ao que ficou abrangido pelo *decisum*, inclusive pela solução da questão prejudicial, nos limites acima expostos, se seu conteúdo se revelar subordinante, sob o ponto de vista lógico, à apreciação ou acolhimento de pretensão diversa, deduzida em lide distinta. Em razão da segurança e estabilidade das relações jurídicas definitivamente acertadas em juízo, a solução conferida em processo anterior se erige, de regra, em pressuposto absoluto a ser considerado, dada a eficácia pan-processual da coisa julgada substancial. Trata-se de um efeito positivo da coisa julgada.

Por efeito negativo tem-se o impedimento de que uma questão já decidida possa ter outra decisão judicial, se deduzida alguma pretensão em processo distinto, do conteúdo da sentença já sob o manto da coisa julgada.

54 Apud LENZA, Pedro, in Teoria Geral da Ação Civil Pública, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pág. 218.

55 Idem, ibidem, pág. 219.

O que se pretende discutir, nos tópicos seguintes, é a possibilidade de serem afastados esses efeitos, por meios processuais previstos em lei, admitindo-se ainda, como possibilidade muito remota e assentada em valores tão relevantes como o da estabilidade da solução jurisdicional de litígios, a desconsideração da coisa julgada de forma atípica e sem limitação temporal. Essa hipótese, que reputamos de difícilíssima consideração, deve vir apoiada em alguma mudança fundamental do meio sócio-econômico normatizado pela Lei Maior, como ocorreu com a coisa julgada em investigação de paternidade, ante o imprevisto progresso da ciência, em relação à prova pericial do código genético, que derrubou a regra mais do que milenar do *pater semper incertus*, ou ainda em caso de fixação de valor de indenização exageradamente elevado, de proporções amazônicas, em ações de desapropriação, capaz de comprometer o orçamento público na consecução das demais metas de determinado exercício financeiro.

Nessa última hipótese, destacou-se a atuação positiva de GILMAR FERREIRA, no sentido de evitar o acobertamento de inconstitucionalidade sob o manto da coisa julgada, conforme explicitaria, ainda na condição de Advogado Geral da União, ao se manifestar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que será comentada mais adiante, desde logo defendendo a supremacia da Lei Maior:

“Não se cuida, destarte, de nova hipótese de rescisão do julgado, mas tão-somente de impedimento de que atos inconstitucionais produzam efeitos igual e necessariamente contrários à Constituição Federal. Trata-se, destarte, de evitar a consolidação de efeitos inconstitucionais de atos jurídicos viciados. (...) Em verdade, a previsão da inexigibilidade do título executivo judicial constava já na redação anterior do Código de Processo Civil. Se a isso se acrescenta a circunstância de que vigora entre nós o dogma da nulidade da lei inconstitucional (somente excepcionado por outro princípio de hierarquia igualmente constitucional) e a eficácia geral e o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle abstrato de normas, parece claro que a norma impugnada possui conteúdo tão-somente declaratório naquilo em que se explicita ser inexigível – dada a retroatividade dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade 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”. Uma tal orientação preserva os princípios da supremacia da Constituição, de sua força normativa (CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional, Coimbra, Almedina, 6ª ed., 1993, p. 229) e da máxima efetividade de suas normas (CANOTILHO, ob. cit. p. 228) bem como a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal em especial aquelas dotadas de eficácia geral e efeito vinculante. Dado o status constitucional de tais imperativos, o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em interpretação ou aplicação tidas por incompatíveis

com a Constituição Federal constituem, à luz de nosso direito constitucional, títulos inexigíveis por excelência”⁵⁶.

No tocante à relativização da coisa julgada, mediante a ponderação dos valores constitucionais envolvidos, o da segurança se reveste de peso considerável, não cedendo a afrontas reflexas ao sistema constitucional, como em demanda em que, operada a coisa julgada, não se acolheu pretensão desconstitutiva do Ministério Público, mesmo invocando fundamento de elevado interesse público, que foi o da preservação do sistema registral brasileiro.⁵⁷

Todavia, nos limites contemplados pela lei, ou dela facilmente inferíveis, e ante as margens alargadas do espaço temporal para deflagração de instrumentos processuais com eficácia rescisória da coisa julgada, inclusive para o manejo de ações declaratórias nas mesmas hipóteses em que se admite impugnação ao cumprimento de sentenças de prestação,

⁵⁶ Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/consultarProcessoEletronico.jsf=1909741>

⁵⁷ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE INVALIDAR REGISTROS IMOBILIÁRIOS. ANTERIOR AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA DE MÉRITO TRANSITADA EM JULGADO. COISA JULGADA MATERIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DE AGIR. MODALIDADE ADEQUAÇÃO-UTILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1- Após intervir, na condição de fiscal da lei, nas fases de conhecimento, liquidação e execução do processo de desapropriação indireta entre os recorridos e a Terracap, o Ministério Público do Distrito Federal busca com a presente demanda, ultrapassado o lapso decadencial da ação rescisória, desconstituir a coisa julgada material nele formada, ao argumento de preservar o "sistema registrário".

2- À semelhança do que se observa com a litispêndia, a identidade de partes nas demandas coletivas não se atém, no que diz respeito à coisa julgada, aos estreitos limites do art. 301, § 2º, do CPC, de modo que, seja atuando como substituto processual na presente ação, seja atuando como custos legis na demanda anterior, o recorrente, de fato, participou ativamente de todas as fases e graus de jurisdição, o que identifica ambas as ações também pela unidade de propósito a que fora chamado a resguardar: a defesa da ordem jurídica (CF, art. 127, caput). Sujeita-se, portanto, o Ministério Público à coisa julgada nela produzida.

3- Tal qual se observa nesta demanda coletiva, a titularidade e a extensão dos imóveis expropriados compuseram - com base nos registros imobiliários cuja nulidade ora se alega - a causa de pedir da desapropriação indireta. Todas as questões levantadas na ação civil pública, acerca da regularidade da escritura de compra e venda por meio da qual os réus adquiriram a propriedade do imóvel em 1942, poderiam ter sido suscitadas pelo Ministério Público como obstáculo ao reconhecimento do domínio dos recorridos, então expropriados, causa de pedir da desapropriação indireta. Dessa forma, passada em julgado a sentença de mérito "reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como a rejeição do pedido" (CPC, art. 474).

4- A desapropriação, enquanto modo originário de aquisição da propriedade, permite que o adquirente receba, sem derivação de domínio, o imóvel expropriado isento de qualquer mácula; não o vinculando, portanto, ao título aquisitivo anterior, seja qual for o vício que porventura se lhe impinja. Com isso, a formulação de pedido fundado em nulidade dos registros imobiliários afigura-se, na espécie, destituído de utilidade prática, visto que, consumada a transmissão do bem ao domínio do ente estatal, falece ao recorrente - escoimada a propriedade de quaisquer vícios originários - interesse processual em defender a exatidão de atos registrários a que visa desconstituir.

5- Recurso Especial a que se nega provimento.

(REsp 1155793/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 11/10/2013)

já existe espaço suficientemente regrado para contemplar a quase totalidade das pretensões rescindentes, merecendo especial destaque, dentre outros, os novos contornos dos alargados limites temporais para tanto, principalmente em casos de declaração de inconstitucionalidade dos fundamentos legais ou da interpretação de lei, adotados em uma sentença, por decisão do Excelso Pretório, em controle concentrado ou difuso.

3. MEIOS DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA: A AÇÃO RESCISÓRIA, A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE NULIDADE

3.1. Da Ação Rescisória e seus novos contornos no Código de Processo Civil de 2015

Na mesma sede constitucional da garantia da estabilidade da coisa julgada, protegida contra inovações de lei posterior, está prevista, também por norma originária, a competência dos tribunais para o julgamento de ações rescisórias de seus próprios acórdãos. Assim, a par do reconhecimento da imutabilidade do acerto definitivo de lides pelo Judiciário, está a aceitação de que há hipóteses em que, para a salvaguarda de outros valores também protegidos pela Lei Maior, é admitida a desconstituição de julgados não mais impugnáveis pelas vias recursais.

A ação rescisória é meio de desconstituição autônomo da coisa julgada, em hipóteses taxativamente expostas por normas processuais e com prazo certo para seu manejo. Não tem natureza recursal, inaugurando uma nova relação jurídico-processual. Tem-se assente que há casos de nulidades processuais tão graves que, após o trânsito em julgado da decisão, se convolam em causas de rescindibilidade, seja por *errores in procedendo*, como nos casos de julgamento por juiz impedido ou absolutamente incompetente, seja por *errores in iudicando*, como no caso de julgamento fundado em prova falsa ou erro de fato, seja pela afronta a fundamentos basilares da jurisdição e do super princípio do devido processo legal.

O objeto primeiro da ação rescisória é a desconstituição de uma decisão com trânsito em julgado, mas, de regra, cabe a cumulação de pedidos, de rescisão do julgado (*iudicium rescindens*) e de novo julgamento (*iudicium rescissorium*), exceto em algumas hipóteses, como as de incompetência absoluta, também do órgão julgador da rescisória, ou de ofensa a coisa julgada, em que um novo julgamento obviamente incidiria no mesmo vício.

PONTES DE MIRANDA bem argumentou sobre a natureza autônoma desse meio de desconstituição da coisa julgada e da duplicidade do juízo que enseja, embora nem sempre tal ocorra, *in verbis*⁵⁸:

“ A ação rescisória, julgamento de julgamento como tal, não se passa *dentro* do processo em que se proferiu a decisão rescindenda. Nasce *fora*, em plano pré-processual, desenvolve-se em torno da decisão rescindenda, e, somente ao desconstituí-la, cortá-la, rescindi-la, é que *abre*, no extremo da relação jurídica

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA. Tratado da Ação Rescisória. Ed. Forense, Rio de Janeiro. 1976. 5ª. Ed. Págs. 66/67.

processual examinada, se se trata de decisão terminativa do feito, com julgamento, ou não do mérito, ou desde algum momento dela, ou no seu próprio começo (e. g., vício da citação, art. 485, II e V) a relação jurídica processual. Abrindo-a, o juízo rescindente penetra no processo em que se proferiu a decisão rescindida e instaura o *iudicium rescissorium*, que é nova cognição do mérito. Pode ser, porém, que a abra, sem ter que instaurar esse novo juízo, ou porque nada reste do processo, ou porque não seja o caso de se pronunciar sobre o mérito. A duplicidade de juízo não se dá sempre; a abertura na relação jurídica processual pode não levar à tratção do mérito da causa: às vezes é limitada ao julgamento de algum recurso sobre *quaestio iuris*; outras, destruidora de toda a relação jurídica processual, outras, concernente à decisão que negou recurso (e então, a relação jurídica processual é aberta, para que se recorra); outras apenas atinge o julgamento no recurso, ou para não o admitir (preclusão) ou para que se julgue o recurso sobre *quaestio iuris*. A sentença rescindente sobre recurso, que continha injustiça, é abertura para que se examine o que foi julgado no grau superior, sem se admitir alegação ou prova que não seria mais admissível, salvo se a decisão rescindente fez essa inadmissão motivo de rescisão. (Sem razão, ainda no direito italiano, FRANCESCO CARNELUTTI, *Instituzioni*, ea. Ed., I, 553.) Tudo que ocorreu, e o *iudicium rescindens* não atingiu, ocorrido está: o que precluiu não se reabre; o que estava em preclusão, e foi atingido, precluso deixou de estar. Retoma-se o tempo, em caso raro de reversão, como se estaria no momento mais remoto a que a decisão rescindente empuxa a sua eficácia, se a abertura na relação jurídica processual foi nos momentos anteriores à decisão final no feito.

Visando ao desestímulo do manejo irresponsável do instituto, em verdadeira aventura judicial, foi mantida na nova lei processual a exigência de um depósito de cinco por cento do valor da causa, a ser revertido em favor da parte contrária, em casos de unanimidade na improcedência ou na inadmissibilidade da demanda. Inovou-se quanto ao estabelecimento de um teto para o valor desse depósito, por sinal, bastante elevado, de mil salários mínimos, nos termos do seu art. 968, § 2º. Estão dispensados do depósito inicial a Fazenda Pública, o Ministério Público e os beneficiários da gratuidade da justiça.

De regra, o objeto da pretensão rescindente é uma decisão de mérito, interlocutória ou final. Admite-se, todavia, que cabe a ação rescisória nas hipóteses em que uma decisão, em que não se apreciou o mérito, não mais enseja a propositura de uma nova demanda ou a admissibilidade de recurso correspondente, como nos exceptivos previstos no artigo 486, do novo Código de Processo Civil, que se reporta ao inciso V do artigo anterior (referente à extinção do processo quando acolhidas as alegações de perempção, litispendência e coisa julgada).

Essa é a previsão do § 2º. do artigo 966, do novo Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:
I – nova propositura da demanda; ou
II – admissibilidade do recurso correspondente.
.....”

Comentando a inovação legal, do cabimento de ação rescisória dessas decisões terminativas, é a doutrina de TERESA ARRUDA ALVIM e outros⁵⁹:

Este dispositivo admite que decisões que não sejam de mérito transitem em julgado. De fato, há decisões que não são de mérito e que não permitem a repositura da demanda: é o caso da decisão que extingue o processo por que há coisa julgada ou litispendência. Mas **não fazem coisa julgada**.

E, segundo explicitamente diz o NCPC, há decisões que não são de mérito, mas transitam em julgado, e que impedem a repositura da demanda, **salvo se for corrigido o vício**. É o caso da sentença/decisão que extingue o processo por considerar o autor parte ilegítima.

O legislador quis tornar rescindíveis exatamente estas sentenças. Esta sentença, segundo diz expressamente o NCPC, impede a repositura da ação, salvo se o vício for corrigido. Mas e se não há esse vício? Como rediscutir? Por meio da ação rescisória, desde que ocorra uma das hipóteses do art. 966, I a VIII.

O inciso II resolve um problema específico que preocupa a doutrina e desafia a criatividade dos operadores do direito. A decisão que inadmitte recurso não é de mérito e, portanto, à luz do CPC/73 não poderia, rigorosamente, ser impugnada pela ação rescisória. Às vezes, todavia, está ERRADA e impede o acesso ao órgão jurisdicional que seria o competente para julgar o recurso. É esta decisão que o CPC de 2015 torna rescindível: a que obsta o conhecimento do recurso. O pedido que se formula na rescisória intentada, com base neste dispositivo, é a admissibilidade do recurso, que foi indevidamente obstada, por decisão ilegal.

Também restou expressa a rescindibilidade de um dos capítulos da decisão ou da sentença, pois pode ocorrer que a decisão ostente apenas alguns capítulos que se enquadrem nos casos de cabimento de ação rescisória. A inovação diz respeito ao emprego da expressão “capítulos da sentença”, pois já vinha sendo admitida ação rescisória apenas de parte do julgado, como, para se considerar outro exemplo, da parte em que o autor não tivesse sido vitorioso, configurando-se o caso, inclusive, de se admitir, junto à contestação pelo réu, de sua reconvenção, movendo, em contra-ataque, ação rescisória da parte em que o autor triunfou, se ainda no prazo decadencial para sua propositura. Sobre essa rescindibilidade parcial, é de se registrar a doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁶⁰:

Será parcial a *admissibilidade da ação rescisória*, se a sentença ou acórdão rescindendo apresentar capítulos suscetíveis e capítulos insuscetíveis de serem atacados por essa via. Não estando sujeitos a esse meio de impugnação, os capítulos em relação aos quais não se possa lançar qualquer das causas rescendente indicadas nos incisos do art. 485, como é o caso daqueles apoiados em fundamentação exclusivamente de fato, etc., diz-se que quanto a eles é impossível a pretensão a rescindir (carência da ação). Se for proposta ação rescisória da sentença como um todo, sem distinguir capítulos, o tribunal negará julgamento *de meritis* no tocante aos capítulos insuscetíveis de rescisão, tanto quanto deixaria de conhecer do recurso em relação a algum capítulo que não pudesse ser atacado por ele.

⁵⁹ ALVIM, Teresa Arruda e outros. In Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2015, págs. 1.384/1.385

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de Sentença. São Paulo, Malheiros, 2013, n. 58. p. 120.

Além dessa inclusão expressa de novas hipóteses quanto ao objeto da ação rescisória, que entretanto eram acolhidas pela jurisprudência, na vigência do Código revogado, o novo Código de Processo Civil trouxe acréscimos importantes às hipóteses de seu cabimento, refletindo entendimentos já assentados no âmbito jurisprudencial dominante, bem assim com o alargamento temporal da deflagração do biênio decadencial para seu manejo, em alguns dos casos, que serão comentados mais adiante, inclusive para a desconstituição da coisa julgada em decisões inconstitucionais.

Sempre se reconheceu que a garantia da observância da coisa julgada pela legislação tem sede constitucional, no mesmo passo em que também se acolheram hipóteses de desconstituição desses julgados e a fixação dos próprios contornos da *res judicata* pela legislação infraconstitucional. O que se entende exigível, nas etapas subseqüentes de concretização da disciplina da coisa julgada, é sua sintonia com a principiologia constitucional, notadamente no que pertine à segurança das situações jurídicas definitivamente acertadas nas vias jurisdicionais. O fundamento para a rescisão deve se apresentar tão ou mais relevante do que os valores de segurança a serem preservados com a imutabilidade da *res judicata*.

Ao protrair a deflagração do biênio decadencial para a propositura de uma ação rescisória, o novo Código de Processo Civil seguiu no sentido contrário ao da redução do tempo para a desconstituição da coisa julgada, como até então vinha caminhando a lei processual, com abandono do quinquênio do Código de 1939 pelo biênio decadencial do Código de 1973. Intentou-se até reduzi-lo para um ano, nos debates do anteprojeto do novo Código, o que não vingou, triunfando, ao contrário, algumas hipóteses de alargamento, ao menos na deflagração do lapso extintivo, como na hipótese de prova nova, em que o biênio se conta a partir do conhecimento dessa prova ou, se já conhecida, de sua obtenção pela parte que a ela não teve acesso, respeitado o limite global de cinco anos, ou ainda no caso de colusão ou simulação pelas partes, a partir da ciência desse fato, sem falar na hipótese de ofensa a norma jurídica, caracterizada pela declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da norma que a sentença aplicou ou da interpretação que o julgado adotou. Nesse último caso, o prazo extintivo se iniciará somente com o trânsito em julgado do acórdão declaratório da inconstitucionalidade, o que já está atraindo acentuadas críticas doutrinárias e foi objeto de considerações algo críticas, *ad littere*, em alguns dos votos na Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta contra a inovação do instituto em 2001. Essas

considerações *obiter dicta* vieram com a ressalva de que se tratava de alteração legislativa subsequente, fora do âmbito do pedido originariamente deduzido, apreciando-se apenas a questão fundamental, adstrita à redação originária do instituto inovado, naquele mesmo ano da propositura da referida demanda no controle de constitucionalidade concentrado, conforme será comentado mais adiante.

A regra geral continua sendo o início do prazo decadencial a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda, como tal considerado o da última decisão proferida no processo. Como se vê, o novo Código de Processo Civil acolheu, em seu artigo 975,⁶¹ o entendimento expresso na Súmula 401, do Superior Tribunal de Justiça, sem que fosse considerado o fato de que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um recurso extraordinário contra acórdão daquela Corte, que aplicou a referida súmula, declarou a inconstitucionalidade da unidade do termo inicial do prazo bienal, que se reputou violador da garantia do artigo 5º., inciso XXXVI da Constituição, nos seguintes termos: “*O prazo para formalização da rescisória, em homenagem à natureza fundamental da coisa julgada, só pode iniciar-se de modo independente, relativo a cada decisão autônoma, a partir da preclusão maior progressiva.*”⁶²

Embora proferida a decisão em controle de constitucionalidade difuso, o entendimento nela adotado não se apresenta episódico, havendo outros no mesmo sentido.⁶³ Todavia, há precedente no sentido de que o termo inicial para a propositura de uma ação rescisória não é matéria constitucional,⁶⁴ em se tratando de tema exclusivo de um recurso

⁶¹ “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

⁶² COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 666.589 DISTRITO FEDERAL RELATOR :MIN. MARCO AURÉLIO, j. 25.03...2014)

⁶³ COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da ação rescisória. DECADÊNCIA – AÇÃO RESCISÓRIA – BIÊNIO – TERMO INICIAL. O termo inicial de prazo de decadência para a propositura da ação rescisória coincide com a data do trânsito em julgado do título rescindendo. Recurso inadmissível não tem o efeito de empecer a preclusão. (AI 654291 AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 19-02-2016 PUBLIC 22-02-2016)

⁶⁴ EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ofensa reflexa. Ação rescisória proposta na origem. Prazo decadencial. Contagem. Legislação infraconstitucional.

extraordinário. Portanto, a questão da divergência subsiste, quando inserida no bojo de uma preliminar de ação rescisória, perante o STF, de seu próprio julgado.

Trata-se de questão que irá assumir especial relevância ante a regra agora expressa do novo Código de Processo Civil, da admissibilidade de uma ação rescisória de uma decisão, não mais com a menção expressa a sentença ou acórdão. Já na vigência do Código anterior, era admitido, na doutrina e na jurisprudência, o cabimento de uma ação rescisória de decisão interlocutória que houvesse apreciado matéria de mérito, como no caso de decisão saneadora do feito, em que o juiz houvesse repellido alegações de prescrição ou de decadência, ou negado redirecionamento de execução fiscal, por entender inexistente responsabilidade tributária de sócio.⁶⁵

Na doutrina, representativa desse entendimento, é a lição de BERNARDO PIMENTEL SOUZA:⁶⁶

“Até mesmo as decisões interlocutórias são passíveis de impugnação por meio de ação rescisória, ainda que excepcionalmente. Basta imaginar a hipótese de o juiz de primeiro grau pronunciar a decadência ou a prescrição, alcançando apenas um dos litisconsortes ativos. Como o processo segue em razão da ação remanescente relativa ao outro litisconsorte, tem-se que o pronunciamento jurisdicional é mera decisão interlocutória, apesar de ter versado sobre matéria de mérito.”

Considerando a nova regência acerca de julgamentos antecipados parciais do mérito⁶⁷, do artigo 356 do novo Código, que trata, em seu parágrafo 3º. de hipótese de trânsito em

Precedentes. 1. A jurisdição foi prestada pelo Tribunal de origem mediante decisão suficientemente motivada (AI nº 791.292-QO-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes). 2. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 3. Consoante a jurisprudência da Corte, a discussão restrita à fixação do termo inicial do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória não alcança viés constitucional. 4. Agravo regimental não provido. (ARE 752371 AgR / RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª. Turma, publ. em 03-08-2015).

⁶⁵ PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUÍZO SOBRE A RELAÇÃO DE DIREITO MATERIAL. RESCINDIBILIDADE.

1. "Sentença de mérito" a que se refere o art. 485 do CPC, sujeita a ação rescisória, é toda a decisão judicial (= sentença em sentido estrito, acórdão ou decisão interlocutória) que faça juízo sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser da relação de direito material objeto da demanda.

2. Está sujeito a ação rescisória, portanto, o acórdão que indefere pedido de redirecionamento da execução fiscal contra sócio por entender inexistente a sua responsabilidade tributária.

3. Recurso especial provido.

(REsp 784.799/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010)

⁶⁶ SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 724

⁶⁷ Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

julgado da decisão, é importante que se defina se os prazos para a propositura de uma ação rescisória devem ser autônomos, ou se valerá a nova regra que foi codificada em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas em sentido contrário a alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Ainda quanto à deflagração do prazo para a propositura da ação rescisória, vale observar que pode se desencadear sem que tenha sido interposto qualquer recurso, colhendo-se a lição da Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal: “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”.

Mesmo em se tratando de prazo decadencial, que de regra se vinha entendendo improrrogável e insuscetível de suspensão, veio a nova regra processual, em sentido contrário a alguns entendimentos já placitados na jurisprudência, de prorrogação do biênio para a propositura da ação rescisória para o primeiro dia útil subsequente, quando tivesse se findado em feriado forense. Ampliou-se, na espécie, o acesso à Justiça para dedução de pretensões desconstitutivas da coisa julgada, predominando essa tendência em algumas das regências do artigo 975, *in verbis*:

Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 1º Prorroga-se até o primeiro dia útil imediatamente subsequente o prazo a que se refere o caput, quando expirar durante férias forenses, recesso, feriados ou em dia em que não houver expediente forense.

§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.

A ampliação das possibilidades de manejo de uma ação rescisória não se restringiram ao âmbito temporal, pois também se verificam em várias hipóteses do artigo 966, do novo Código de Processo Civil, se comparadas a algumas das previstas no Código revogado.

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

No tocante às hipóteses de cabimento da ação rescisória, com fundamento na parcialidade do órgão judicial, que afeta um dos mandamentos nucleares da jurisdição, que é o do juiz natural, não houve qualquer alteração. Ficaram mantidos, nos dois primeiros incisos do artigo 966, no novo Código de Processo Civil, os casos de cabimento quando o julgado rescindendo fosse produto de concussão, prevaricação ou corrupção do juiz, apurados em processo criminal ou demonstráveis no próprio curso da ação rescisória, bem assim nos de prolação da decisão por juiz impedido ou com incompetência absoluta. A propósito, também aumentaram, na nova lei, as hipóteses de impedimento do juiz, para abranger casos antes não explicitados ou elencados no Código revogado como sendo apenas de suspeição.⁶⁸

O inciso III do rol permissivo foi mais explícito, ao contemplar o dolo da parte vencedora, abrangendo também a coação por ela exercida, em detrimento da parte vencida. No mesmo passo, além da colusão, acrescentou-se a menção expressa à simulação entre as partes, a fim de fraudar a lei, ou seja, a simulação fraudulenta, que é um dos modos do conluio.

Ampliou-se o conteúdo no dispositivo correspondente, do Código revogado, que mencionava apenas o dolo e a colusão, acolhendo-se a amplitude dos posicionamentos doutrinários a respeito, como o de PONTES DE MIRANDA⁶⁹:

O dolo da parte vencedora faz rescindível a sentença porque a parte vencedora infringiu, com a prática ou a falta do ato, o seu dever de lealdade e de boa-fé e, além disso, teve por fito prejudicar a parte vencida. Se, por exemplo, a parte vencedora, obsteu a prática de ato processual, ou mesmo extraprocessual, para que não produzisse prova a parte vencida, o que deu causa à desfavorabilidade da sentença, houve dolo. Se não houve relação causal entre ato ou a omissão dolosa e a

⁶⁸ Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Tratado da Ação Rescisória, Forense, Rio de Janeiro, 5ª. Ed., 1976, pág. 234.

desfavorabilidade da sentença, não está formado o pressuposto. Se o vencedor sabia que a prova era falsa, a causa de rescindibilidade não pode só ser a do art. 485, III, mas também a do art. 485, VI. O que importa frisar-se é que não se busca, no art. 485, VI, o elemento subjetivo, que é o dolo da parte vencedora, pois basta a falsidade da prova. Na espécie do art. 485, III, o que é necessário para a rescindibilidade é que, se não tivesse havido o dolo, a sentença seria diferente (favorável à outra parte), mesmo só em algum ponto ou em alguns pontos.

Importante ampliação do manejo da ação rescisória, na hipótese, reside na deflagração do biênio decadencial para sua propositura a partir do conhecimento desse fato, pela parte interessada, que, segundo opinião dominante, no caso de colusão entre as partes, só pode ser um terceiro prejudicado ou o Ministério Público, presente a vedação de se alegar no próprio proveito vício a que tiver dado causa.

Manteve-se, também no nível infraconstitucional, a tutela expressa do respeito à coisa julgada, prevendo-se, no inciso IV do elenco legal, a rescisão de julgados proferidos com ofensa à coisa julgada, fazendo valer, assim, a posição jurisprudencial dominante acerca da necessidade de uma ação rescisória da segunda decisão, para restabelecer a autoridade da primeira, já sob o manto da coisa julgada⁷⁰.

Trata-se de adoção do consagrado posicionamento doutrinário de PONTES DE MIRANDA⁷¹:

(...) A propósito da coisa julgada material, a sentença posterior, rescindível por violação da res judicata, irrevocável torna-se, se preclui o prazo para a propositura da ação rescisória. Os efeitos em que a sentença cuja res judicata foi ofendida podem ter sido definitivos. Mas se algum efeito não se produziu, a segunda sentença, que era rescindível por ofendê-lo, impede-o, pois quem tinha a pretensão à rescisão não a exerceu e a perdeu, definitivamente. (...)

Em sentido contrário, sustentando que a ofensa a coisa julgada pode ser desconstituída por ação declaratória de nulidade do segundo acórdão ou sentença, sem que se submeta ao prazo decadencial para a propositura da ação rescisória, é o entendimento de TERESA

⁷⁰ PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O STJ entende que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1524123/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 30/06/2015)

⁷¹ Op. Cit. Pág. 245.

ARRUDA ALVIM,⁷² contemplando igual previsão do Código revogado. Após observar que, em decorrência dos termos da lei, seria opinião corrente a de que se tratava de decisão rescindível, configurando caso clássico de não cumulação dos dois pedidos, cabendo apenas o do iudicium rescindens, reportou-se à doutrina de Sérgio Rizzi, no sentido de que, “ mesmo decorrido o prazo decadencial do art. 495”, do Código revogado, seria possível o ajuizamento de ação rescisória, pois subsistiria a primeira decisão, já que assecuratória do direito adquirido da parte vencedora”. Reportou-se, também, a setores da doutrina, que sustentavam a prevalência da segunda coisa julgada, apenas se a primeira não houvesse sido executada. Noticiou ainda o posicionamento de PONTES DE MIRANDA e ADA PELLEGRINI GRINOVER defensores da prevalência da segunda coisa julgada, que considerou insustentáveis, pois se cuidaria, na verdade, de um “caso de inexistência jurídica e não de nulidade”, pois não se trataria de uma decisão de mérito, ante a falta de condições da ação, notadamente da impossibilidade jurídica do pedido e da falta de interesse de agir. Nesse sentido, arrematou⁷³:

Assim, de fato, o manejo da ação rescisória, neste caso, apesar da letra da lei, é prescindível. Na verdade, já que se trata de sentença juridicamente inexistente, que não tem aptidão para transitar em julgado, nada há a desconstituir-se. Há, isto sim, única e exclusivamente uma situação de inexistência jurídica a declarar-se, por meio de ação que não fica sujeita a um lapso temporal pré-definido para ser movida.

Para nós, como se verá mais à frente, estas são as “roupagens” contemporâneas da figura que na jurisprudência ainda aparece com a designação latina, querela nullitatis. Trata-se de resquício do direito canônico antigo, que remonta à *exceptio nullitatis* das Decretais e à *actio nullitatis* do direito processual medieval.

Maior amplitude foi conferida à rescisão da coisa julgada por violação manifesta a norma jurídica, na qual se inclui aquela fundada em norma ou interpretação declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no controle concentrado como no controle difuso, como a que aplicou precedente sem considerar os traços distintivos do caso, que o afastariam.

No Código de Processo Civil de 1973, mencionava-se a ofensa a literal disposição de lei. Entende-se que, no caso da nova lei processual, a menção a violação manifesta da norma jurídica não envolve apenas aperfeiçoamento redacional, mas um alargamento da hipótese de cabimento, pois, muitas vezes, sem afrontar a literalidade de uma lei, a sentença viola a norma jurídica que nela se contém, ao lhe dar uma interpretação mais restritiva. O juiz decide com

⁷² In O Dogma da Coisa Julgada (ARRUDA ALVIM, Teresa e MEDINA, José Miguel Garcia), ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003, págs 37/39)

⁷³ Idem, ibidem, pág.39.

base na lei, doutrina e jurisprudência e é da combinação desses elementos que resulta a formulação da norma jurídica, não necessariamente decorrente da literalidade da lei. Por ofensa a norma jurídica deve ser entendida a que investe tanto contra regras infraconstitucionais como as afrontosas à própria Constituição.⁷⁴

Sobre a inovação, é a sempre acurada observação de MARINONI, ARENHART e MIDITIERO⁷⁵:

(...) O art. 966, V, CPC, fala em manifesta violação de norma jurídica: com isso, autoriza a rescisão da coisa julgada em que há a violação de princípio, regra ou postulado normativo. Autoriza, ainda, a violação à norma consuetudinária. A jurisprudência exige que o demandante aponte os dispositivos que entende violados pela decisão judicial(STJ, 2ª. Turma, REsp 770.972/GO, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04.09.2007, DJ 02.10.2007, p. 230). É claro que semelhante orientação só se aplica quando for possível reconduzir determinada norma jurídica a um dado dispositivo; como inexistir correspondência biunívoca entre dispositivo e norma, pode ocorrer de ser possível ação rescisória fundada em manifesta violação de norma jurídica sem que se possa apontar qual o dispositivo (o texto) a partir do qual a norma foi reconstruída.

Para a desconstituição de um julgado fundado em regra ou interpretação declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, *a posteriori* da prolação da decisão, distinguiram-se as situações anteriores das posteriores ao trânsito em julgado da decisão a ser rescindida, prevendo-se a impugnação ao cumprimento de sentença, para a primeira hipótese ou a propositura da ação rescisória, para a segunda, nos precisos termos do artigos 525, §§12 a 15 e 535, §§ 5º. ao 8º, que serão comentados de forma mais minudente no item referente à evolução do instituto, desde a inovação procedida em 2001, em que se acrescentou um parágrafo único ao artigo 741 do Código de Processo Civil então em vigor.

Além desse alargamento temporal da possibilidade do manejo de ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, o próprio parâmetro de contraste também se ampliou, como visto, pois não mais se cogita de hipótese enquadrável apenas na situação, descrita no inciso II, do CPC revogado, de violação “ a literal disposição de lei”, cujos estreitos limites já vinham sendo combatidos pela doutrina. Agora na hipótese

⁷⁴ cf. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros, Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Ed. Revista dos Tribunais, pág. 1.375.

⁷⁵ . (MARINONI, Arenhart- Mitidiero, Novo Código de Processo Civil Comentado, 2.016, Revista dos Tribunais, pág. 1.023)

correspondente, o novo Código de Processo Civil menciona a violação manifesta a norma jurídica.⁷⁶

PONTES DE MIRANDA já sustentava uma exegese mais ampliada do que seria a violação a “ literal disposição de lei”, do Código revogado, enfatizando ainda a necessidade da observância, na questão, da jurisprudência dominante, mormente a já uniformizada, antes da conclusão da existência ou não da afronta a norma jurídica, que teria ocorrido no julgado rescindendo⁷⁷:

Quanto à “ literal disposição de lei”, que está no art. 485, V, temos sempre mostrado que não se pode acolher opinião apegada ao adjetivo. Letra, literal, está aí, como expresso, revelado. O art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil não pode ser postergado: “ Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” Dizer-se que, ao sentenciar, invocando costume ou princípio geral de direito, o juiz, que o ofende, apenas erra in procedendo , é erradíssimo. Sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito (“ literal”), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis. Ao juiz da ação rescisória é que cabe dizer se existe ou não existe a regra de direito consuetudinário ou o princípio geral de direito ou a regra jurídica analógica. Se o juízo rescindente se encontra diante de opiniões divergentes quanto à regra jurídica de costume, ou a interpretação por analogia, ou determinado princípio geral de direito, ele é que tem de dizer qual a opinião que é a verdadeira, salvo se há imposição legal da observância de alguma atitude assumida pelo Supremo Tribunal , ou por outro tribunal. Em princípio, a jurisprudência dominante é a que se há de obedecer. Nos arts. 477/479 do Código de Processo Civil tem-se por fito a uniformização da jurisprudência. No julgamento da ação rescisória, como das outras ações, reconhecida a divergência entre os juízes, lavra-se o acórdão, vão os autos ao presidente do tribunal, que designa a sessão de julgamento. O tribunal, reconhecendo a divergência, dá a interpretação a ser observada e cada juiz emite o seu voto em exposição fundamentada. É sempre ouvido o chefe do Ministério Público. O julgamento, por voto da maioria absoluta dos membros, é objeto de súmula e constitui “ precedente” na uniformização da jurisprudência. Os regimentos internos têm de dispor sobre a publicação, no órgão oficial, das súmulas de jurisprudência predominante.

Na mesma linha de entendimento, sustentando uma exegese ampliada do permissivo legal, na vigência do Código anterior, é a doutrina de Fredie Didier Jr.:

O direito, atualmente, já não é mais visto como expresso ou revelado apenas no texto escrito. Existem fontes diversas do direito e diversos métodos de interpretação para essas fontes, devendo a expressão literal violação de disposição de lei ser entendida como literal violação à ordem jurídica⁷⁸

⁷⁶ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

.....
V - violar manifestamente norma jurídica;
.....”

⁷⁷ Op. Cit. Pág. 259.

⁷⁸ DIDIER JR., Fredie ; CUNHA, Leonardo José Carneiro; Curso de Direito Processual Civil, 3ª. Ed., Salvador: Editora JusPodium, 2007, vol. 3, p. 327

Mais adiante, o renomado processualista completa:

“Seja como for, parece haver uniformidade de entendimento no sentido de que, para a admissibilidade da ação rescisória, não seria necessária a violação à literalidade da norma. É que a norma poderia estar sendo violada, por não ter o órgão julgador se valido de um método interpretativo mais adequado para o caso concreto, tendo, por exemplo, utilizado um método de interpretação literal, no que pode ter sido rigoroso, atentando contra o espírito da norma, contra sua interpretação teleológica.”⁷⁹

A norma jurídica violada, que enseja a ação rescisória, pode ser tanto de direito processual quanto de direito material, público ou privado. Não precisa, assim, se constatar uma violação expressa a determinada regra processual, bastando que seja inferida, a partir da análise dos trâmites do processo.

Como visto, a inovação não envolveu apenas aperfeiçoamento redacional, mas um alargamento da hipótese de cabimento, pois, muitas vezes, sem afrontar a literalidade de uma lei, a sentença viola a norma jurídica que nela se contém, por exemplo ao lhe conferir uma interpretação mais restritiva.

Trata-se, pois, de inovação que positiva a ampliação dos padrões de confronto, pois, como é cediço, a redução do direito à letra da lei não se compatibiliza com as atuais concepções jurídicas, como, aliás, já vinham entendendo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência.

Cabe ainda abordar, nesse tópico, a controvérsia sobre a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal a matéria constitucional e a evolução dos entendimentos ampliando a relativização de sua incidência.

Desde sua edição pelo Excelso Pretório, com o escopo de restringir o cabimento de ação rescisória, em casos de violação a “literal disposição de lei”, a Súmula 343 vem sendo objeto de questionamentos, ante a polissemia encontrada nos textos legais, a ensejar inevitáveis divergências entre julgados dos tribunais, cabendo a indagação se somente uma interpretação válida seria possível, mormente em se considerando os aspectos da multifária realidade à qual se deve aplicar determinado texto legal. A criticada Súmula 400 do Excelso Pretório já permitia divisar que seriam possíveis interpretações razoáveis de um texto legal, ainda que não fossem as mais certas. Assim, se toda lei com interpretação divergente nos

⁷⁹ Idem, ibidem.

pretórios pátrios ensejasse a admissibilidade de uma ação rescisória, para se decidir qual seria a correta, teríamos um moto contínuo, comprometendo o próprio funcionamento do Poder Judiciário e qualquer margem de segurança quanto à estabilidade das situações jurídicas já consolidadas.

Na literalidade do enunciado da Súmula 343, contempla-se:

“ 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.

Em um segundo momento, assentou-se no Excelso Pretório o entendimento de que não se aplicaria a Sumula 343 em se tratando de divergência entre tribunais na interpretação de matéria constitucional, ao fundamento de que somente o Excelso Pretório detém a palavra final sobre sua exegese.

No Recurso Especial 1.026.234-DF, foi dado importante passo para a diferenciação entre situações que ensejem ou afastem a aplicação do aludido verbete sumular. Nesse sentido, destaca-se o trecho do voto do Ministro Teori Zavascki:

“Se a divergência interpretativa é no âmbito dos tribunais locais, não pode o STJ se furtar à oportunidade propiciada pela ação rescisória, de dirimi-la, dando à norma a interpretação adequada e assim firmando o precedente a ser observado; se a divergência for no âmbito do próprio STJ, a ação rescisória será o instrumento para uniformização interna; e se a divergência for entre tribunal local e o STJ, o afastamento da súmula 343/STF será a via para fazer prevalecer a interpretação assentada nos precedentes da Corte Superior, reafirmando, desse modo, a sua função constitucional de guardião da lei federal.”⁸⁰

No âmbito do Excelso Pretório, também oscilaram os entendimentos sobre a aplicação da súmula 343 a matéria constitucional. Primeiro, foi construído um posicionamento afastando o entendimento sumulado, em se cuidando de ofensa à Lei Maior, ao fundamento de que divergências dos pretórios pátrios sobre a exegese da Constituição não poderiam afastar a competência da Corte de Cúpula acerca da última palavra sobre a questão⁸¹. Mais recentemente, considerou-se que a Súmula 343 incide, mesmo se a controvérsia for sobre

⁸⁰ STJ, Resp 1.026.234/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.6.2008.

⁸¹ AÇÃO RESCISÓRIA E RECONVENÇÃO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. (...)5. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional(...). 8. Ação rescisória julgada procedente. AR 1578 / PR – STF – Tribunal Pleno. Rel. Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 26/03/2009
Publicação DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009

matéria constitucional.⁸² A matéria, todavia, ainda não se pacificou, havendo julgados que, posteriormente, retomaram a posição anterior.⁸³

De qualquer sorte, mesmo com as possibilidades de interpretações restritivas ao cabimento de ação rescisória com base na violação manifesta a norma jurídica, com as evoluções já contempladas da jurisprudência sobre a exegese do verbete sumular, é inegável o passo mais largo dado pelo direito positivo em se tratando de decisão afrontosa à norma jurídica, mormente em se tratando de ofensa à Lei Maior, com seu analítico conteúdo e rico sistema principiológico.

Antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, foram acrescentados parágrafos ao artigo 966, ampliando a exegese do que se pode considerar como violação a norma jurídica, reputando como tal a aplicação de precedente sem observar o necessário *distinguishing*, cabendo ao autor da demanda demonstrar, no petitório inicial, os traços distintivos da situação, que não foram observados, quando do enquadramento genérico a um precedente:

Art. 966.....

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

(Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação

⁸² Ementa: SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. SÚMULA 343 DO STF. INCIDÊNCIA TAMBÉM NOS CASOS EM QUE A CONTROVÉRSIA DE ENTENDIMENTOS SE BASEIA NA APLICAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não cabe ação rescisória, sob a alegação de ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, nos termos da jurisprudência desta Corte. 2. In casu, incide a Súmula 343 deste Tribunal, cuja aplicabilidade foi recentemente ratificada pelo Plenário deste Tribunal, inclusive quando a controvérsia de entendimentos se basear na aplicação de norma constitucional (RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.(AR 1415 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 28-04-2015 PUBLIC 29-04-2015)

⁸³ Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O acórdão recorrido não está de acordo com os fundamentos que embasaram a tradicional jurisprudência desta Corte, a qual afasta a aplicação da Súmula 343/STF quando a questão controvertida for de índole constitucional, como no presente caso, em que ela gira fundamentalmente sobre a interpretação da Emenda Constitucional 33/2001. II – Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1037103 AgR-AgR-segundo, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 17-11-2017 PUBLIC 20-11-2017)

particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

Embora os dispositivos acrescentados tenham se referido apenas a enunciado de súmula, já se afiguram previsíveis duas correntes de interpretação. Uma delas será mais restritiva, entendendo que o texto se refere a súmula vinculante, não àquelas que não desfrutam das garantias da vinculatividade máxima, ensejando a reclamação, nos termos das referências feitas pelos incisos III e IV do artigo 988, do novo Código de Processo Civil.⁸⁴ Outra irá interpretar a previsão sustentando a eficácia normativa das manifestações de nossas Cortes Superiores, com as necessárias conexões entre a coisa julgada e a teoria dos precedentes.⁸⁵

Com essa nova previsão dos parágrafos acrescentados, ficam superados entendimentos anteriores predominantes que não aceitavam o cabimento de ações rescisórias por afronta a súmula de tribunal, reformando decisões que consideravam que “a Súmula é assente, com força de lei, pelas cúpulas dos Tribunais, constituindo uma para-legislação”.⁸⁶

⁸⁴ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

.....
 III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

.....
⁸⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes, Coisa Julgada e Precedente. Limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. Ed. Revista dos Tribunais, 2.015.

⁸⁶ AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TRIBUNAL A QUO. PROCEDÊNCIA DE AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA EM VIOLAÇÃO DA SÚMULA 71/TFR. DESCABIMENTO. REFORMA DO ACÓRDÃO EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RESCINDENDO FUNDAMENTADO E EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI. ART. 485, INC. V, DO CPC. UTILIZAÇÃO DE AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. DESCABIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA E OMISSÃO NÃO CARACTERIZADOS. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

1. Na espécie, o julgado rescindendo, ao dar provimento ao recurso especial do INSS, expressamente registrou que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 4ª Região em ação rescisória deveria ser reformado, porque não é cabível o ajuizamento de ação rescisória sob o fundamento de alegada violação a texto de súmula. Precedentes: AR nº 1.027/SP, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 6/8/2007; REsp nº 154.924/DF, Ministro Jorge Scartezini, DJ 29/10/2001.

2. Não prevalece, no caso, o argumento de que a indicada violação à disposição literal de lei teria ocorrido em relação à legislação que deu origem à Súmula 71/TFR (fixa o termo inicial da correção monetária no momento do inadimplemento da obrigação e conseqüente nascimento da dívida), uma vez que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional da 4ª Região, ao dar provimento a ação rescisória dos autores para situar o termo inicial da correção monetária de valores obtidos em ação revisional previdenciária no momento do inadimplemento e constituição da dívida, registrou diretamente o entendimento de que "[...] a Súmula é assente, com força de lei, pelas cúpulas dos Tribunais, constituindo uma para-legislação".

3. No caso dos autos, não se identifica a apontada ofensa à literal disposição de lei (art. 485, inc. V, do CPC), mas tão somente a pretensão de se rediscutir decisão que, embora desfavorável aos autores, contemplou

O fundamento da rescisória de decisão apoiada em prova falsa não recebeu alteração, a não ser de natureza redacional, prevendo o novo inciso VI, correspondente ao de igual numeração no Código revogado, o cabimento da rescisão quando a decisão for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória.

Já no tocante ao fundamento da existência de prova nova, desconhecida do autor ou inacessível a ele, à época do processo de que emanou a decisão rescindenda, as inovações foram marcantes, ampliando-se a própria hipótese de cabimento, que não mais se restringe a um documento novo. Pode se cuidar de prova não apenas documental, mas também de prova documentada, de outra natureza, já existente à época, nas mesmas condições antes contempladas, de desconhecimento ou inacessibilidade.

A hipótese abarca, por exemplo, um laudo de exame do código genético que, embora consubstancie um documento novo mesmo, não existente à época do julgado rescindendo, se refere a uma prova pré-existente, que é o próprio código. Tal ampliação já vinha sendo procedida pelo Superior Tribunal de Justiça nessas hipóteses, mas agora não sobejam mais espaços para quaisquer disceptações a respeito.⁸⁷

Além disso, em se tratando da hipótese mais abrangente de prova nova, nas circunstâncias apreciadas, o biênio para a propositura de uma ação rescisória se deflagra a

adequada interpretação e aplicação da norma legal que regula a controvérsia. Dessa forma, incabível a utilização da ação rescisória como sucedâneo recursal. Precedentes: AR nº 4.309/SP, Ministro Gilson Dipp; AR 4.220/MG, DJe 8/8/2012; Ministro Jorge Mussi, DJe 18/5/2011; AR nº 2.777/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 3/2/2010.

.....
5. Ação rescisória improcedente.

(AR 4.112/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 26/04/2013)

⁸⁷ CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. DOCUMENTO NOVO.

1. Como documento novo, deve-se entender aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pode fazer uso. Hipótese dos autos.

2. Deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de modificar o resultado da decisão rescindenda, favorecendo o autor da rescisória.

3. Esta Corte Superior já sedimentou o entendimento de que "O laudo do exame de DNA, mesmo realizado após a confirmação pelo juízo ad quem da sentença que julgou procedente a ação de investigação de paternidade, é considerado documento novo para o fim de ensejar a ação rescisória (art. 485, VII, CPC). Precedente citado: REsp.

189.306-MG, DJ 25/8/2003." (REsp 300.084-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2ª Seção, julgado em 28/4/2004).

4. Recurso Especial provido.

(REsp 653.942/MG, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 28/09/2009)

partir do encontro dessa prova, quando era desconhecida, ou, se conhecida, a partir de quando a parte interessada pôde a ela ter acesso, respeitado o prazo global de cinco anos.

Foi mantido, sem acréscimos, o cabimento de ação rescisória com base em erro de fato “verificável do exame dos autos”, esclarecendo o parágrafo primeiro do artigo 966 que tal ocorre quando “a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado”.

Em sintonia com o princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais e da priorização do mérito, em caso de propositura de uma ação rescisória perante tribunal incompetente, inovou o novo Código ao prever a emenda à inicial e a remessa dos autos ao órgão competente, nos termos dos parágrafos 5º. e 6º. do artigo 968, do novo Código de Processo Civil, sem correspondência no Código revogado e superando o posicionamento de que seria o caso de extinção do processo, o que ocorria no mais das vezes após o lapso temporal hábil à propositura da ação perante o tribunal competente⁸⁸.

O cabimento de ação rescisória de julgado inconstitucional, enquadrável, pois, na hipótese de violação manifesta a norma jurídica constitucional, é mencionado no artigos que disciplinam a impugnação ao cumprimento de sentença, inclusive nas promovidas contra a Fazenda Pública, o que será comentado no item seguinte do presente trabalho, para realce da diferenciação temporal do cabimento de uma ação rescisória ou de uma impugnação ao cumprimento de sentença, conforme a decisão do Excelso Pretório, declaratória de inconstitucionalidade, preceda ou seja posterior ao trânsito em julgado da decisão a ser desconstituída em uma ou outra via.

Não se pode, *a priori*, cogitar de uma fungibilidade entre ambas, pois a matéria envolve competência funcional, logo, absoluta, que não poderia ser desconsiderada por via de hermenêutica, nem mesmo com a invocação do princípio do máximo aproveitamento dos atos

⁸⁸ Art. 968.....

§ 5º Reconhecida a incompetência do tribunal para julgar a ação rescisória, o autor será intimado para emendar a petição inicial, a fim de adequar o objeto da ação rescisória, quando a decisão apontada como rescindenda:

I - não tiver apreciado o mérito e não se enquadrar na situação prevista no § 2º do art. 966;

II - tiver sido substituída por decisão posterior.

§ 6º Na hipótese do § 5º, após a emenda da petição inicial, será permitido ao réu complementar os fundamentos de defesa, e, em seguida, os autos serão remetidos ao tribunal competente.”

processuais, que norteou o novo Código de Processo Civil, em prol da máxima efetividade da Justiça.

Pode-se prever, todavia, que se alinhem julgados em um e outro sentido, como ocorreu com a *querella nullitatis insanabilis*, invocando-se os mesmos princípios relacionados à instrumentalidade das formas.

3.2. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

A lei processual civil veio paulatinamente ampliando as hipóteses de desconstituição da coisa julgada inconstitucional, conforme o breve esboço que a seguir se apresenta, culminando com a disciplina do novo Código, já em vigor, que inseriu importantes acréscimos, mantendo, todavia, a questão fundamental, o que, felizmente, não prejudicou a apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no mesmo ano da primeira inovação legislativa, ou seja, em 2.001.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, fora da clássica hipótese do manejo da ação rescisória, fundada na “ofensa a literal disposição de lei”, conforme previa o inciso V do seu artigo 485, ganhou dimensões ampliadas, a partir de 2001, com a nova redação que a Medida Provisória 2.180⁸⁹ trouxe para o artigo 741, que disciplinava a matéria alegável em embargos à execução de sentença. Foi acrescentado um parágrafo único, ao referido dispositivo, explicitando como hipótese de inexigibilidade do título, prevista no inciso II do *caput*, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da lei que a sentença tivesse aplicado, ou da interpretação da lei que tivesse adotado.⁹⁰ Conferiu-se, assim, nessa hipótese, **eficácia rescisória aos embargos à execução**, como bem observou Teori Albino Zavascki.⁹¹ Poder-se-ia falar em eficácia rescindente, se considerada a diferenciação entre o *iudicium*

⁸⁹ Com sucessivas reedições, a Medida Provisória 2.180 -35 foi publicada no D.O.U de 24.8.2001.

⁹⁰ “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o 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”

⁹¹ In Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC – APUD Coisa Julgada Inconstitucional – Carlos Valder do Nascimento, José Augusto Delgado – Organizadores, ef, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2ª. Edição, 2008, pág. 337/349

rescindens e o *iudicium rescissorium*. Só se rescinde o título, por meio de impugnação, não cabendo novo julgamento.

Em doutrina sobre a matéria, considerando a existência de decisões que não formavam título judicial para ser levado à execução à época, em que somente se previa a alegação da “coisa julgada inconstitucional” em embargos à execução, o celebrado processualista, que viria a ser o relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre a inovação (ADI 2418-DF) , já admitia a aplicação do instituto às ações executivas *lato sensu*⁹², cujo cumprimento não ensejava a oposição de Embargos à Execução. No Código atual, prevê-se que o cumprimento de sentenças com esses tipos de obrigações, de fazer, não fazer ou de entregar coisa, também enseja o oferecimento de impugnação, inclusive no caso de inexigibilidade do título por inconstitucionalidade. É defensável, nessa mesma linha, que decisões simplesmente declaratórias, constitutivas ou executivas *lato sensu*, que não comportam fase processual de cumprimento, também possam receber o mesmo tratamento, por via de ações anulatórias.

À época, o processo ainda era dicotômico e foi reconhecida a eficácia rescindente dos embargos à execução, pois, em se tratando de execução definitiva de título judicial, a impugnação por meio de embargos seria um modo de desconstituí-lo, se reconhecida sua inexigibilidade, já que só se pode executar título certo, líquido e exigível.

Cuidou-se, pois, de uma nova via impugnativa à coisa julgada, na disciplina da execução de título judicial, que poderia ser definitiva, quando já operada a preclusão das vias impugnativas recursais, valendo recordar que, anteriormente a essa inovação legal, somente se poderia cogitar de uma desconstituição de coisa julgada por afronta à Constituição pela via tradicional da ação rescisória, com fundamento na ofensa a “ literal disposição de lei”, pois não se poderia considerar como tal apenas a afronta a normas infraconstitucionais, mas também à chamada Lei Magna. Uma interpretação mais restritiva desse texto legal exigia que a violação fosse literal, direta e evidente, dispensando a análise dos fatos da causa.⁹³

Com a inclusão do aludido parágrafo único, ao art. 741 do Código de Processo Civil de 1973, os primeiros questionamentos foram direcionados a uma suposta inconstitucionalidade formal da disciplina processual por meio de Medida Provisória, por

⁹² Op. Cit., pág. 348.

⁹³ Cf. (AgInt no AREsp 342.926/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017)

falta do requisito da urgência ou relevância. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal superou esse óbice, ponderando que só em casos excepcionais seria cabível o controle da urgência e relevância, que envolvia um juízo político, a cargo do Poder Legislativo. Essa superação foi mencionada na decisão plenária na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2418-DF, que viria a ser proferida já em 2017, que será comentada mais adiante. Outro fundamento foi o de que a inovação por Medida Provisória foi anterior à nova redação do art. 62 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional 32, promulgada em 11.9.2001 e publicada no D.O.U. de 12.9.2001, que veio incluir expressamente essa limitação às matérias disciplináveis por essa espécie legislativa em seu §1º, inc. I, alínea “b”.

Ademais, de qualquer maneira logo ficaria superado esse pretendido vício de inconstitucionalidade formal, pois se restringiria ao interregno entre 2001 e a entrada em vigor da Lei 11.232, de 2.005, que manteve o instituto, fosse na disciplina dos Embargos à Execução de título judicial, que passaram a ter autonomia apenas em relação à execução contra a Fazenda Pública, consoante o novo título dado ao Capítulo II do Título III do Livro II, fosse nas demais hipóteses de cumprimento/execução de sentenças, como matéria de impugnação. De qualquer sorte, se fosse reconhecida a inconstitucionalidade, ficaria obstado o adentramento do mérito da questão, cuja palavra final, pelo Excelso Pretório, o mundo jurídico já aguardava há bastante tempo, enquanto se acirrava o debate doutrinário pertinente.

Felizmente, as inovações da lei 11.232/2005 não comprometeram a questão fulcral do instituto. O que ocorreu foi que se ampliou a efetivação do modelo de um processo sincrético e o cumprimento da sentença - além das anteriores previsões dos arts. 461 e 461-A, que cuidavam, respectivamente, do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer e de entrega de coisa - passou a ser uma fase subsequente à do conhecimento, na mesma relação processual, em se tratando de obrigação por quantia certa, cabendo ao devedor manejar sua defesa não mais por ação de embargos à execução, mas por meio de uma impugnação, também de caráter incidente e com o rol limitado das matérias defensivas, do art. 475-L, no qual se reproduziu, em seu parágrafo 1º, praticamente o parágrafo único do art. 741, com a explicitação, dentre as hipóteses de inexigibilidade do título, da coisa julgada inconstitucional.⁹⁴ Todavia, como àquela altura, o modelo sincrético ainda não alcançara a

⁹⁴ § 1º. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

execução por quantia certa de sentença contra a Fazenda Pública, manteve-se a mesma previsão no parágrafo único do artigo 741, agora voltado para o rol das matérias alegáveis em embargos a essa espécie de execução, ainda no modelo dicotômico, que distinguia entre o processo de conhecimento e o de execução.

Outras críticas doutrinárias que se erigiram contra essa inovação foram centradas na inconstitucionalidade material, posicionando-se respeitáveis doutrinadores contra o que sustentaram a inconstitucionalidade da norma introduzida, por ofensa à coisa julgada, garantida no artigo 5º., inciso XXXVI, da Constituição, erigida em cláusula pétreia.⁹⁵ Luiz Guilherme Marinoni insurgiu-se contra a inovação, reputando que se trataria de um “controle de constitucionalidade de sentenças transitadas em julgado”.⁹⁶ O alargamento do lapso temporal, que viria com o novo Código, protraindo-se o início do biênio decadencial para o trânsito em julgado da decisão do Excelso Pretório, declaratória da inconstitucionalidade, também seria objeto de acentuadas críticas, destacando-se, em posição praticamente vanguardista, a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.⁹⁷

Não faltaram ao debate importantes correntes doutrinárias defensoras da inovação, contemplando-a como uma ampliação das hipóteses de desconstituição da coisa julgada e dos instrumentos processuais aptos a fazê-la, pois a tão criticada “relativização” sempre existiu, e com previsão constitucional apenas de forma genérica da tutela à coisa julgada, cabendo à legislação infraconstitucional, principalmente ao Código de Processo Civil, o detalhamento das hipóteses permissivas, inclusive da ação rescisória.

⁹⁵ Cf. in NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado, 8. ed. São Paulo:R. dos Tribunais, 2004, p. 1156; - MARINONI, Luis Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? In www.abdpc.org.br/artigos/LuizMarinoni, acesso em 24.08.2016; <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LuizMarinoni>

⁹⁶ Nessa linha de entendimento, sustenta o emérito doutrinador: “A idéia de que a declaração de inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal nulifica a sentença (transitada em julgado) que nela se fundou gera algo que se poderia chamar de “controle de constitucionalidade da sentença transitada em julgado”. Ou melhor, a hipótese seria de retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para apanhar a coisa julgada. Isso é o mesmo do que aceitar que a sentença que se fundou em lei reputada constitucional, e foi 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. Como está claro, o que importa é saber se a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal pode retroagir para atingir a coisa julgada material (idem, pag. 2)

⁹⁷ In Código de Processo Civil Comentado, artigo por artigo, pág. 473 e SS, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015

Com efeito, a ação rescisória, prevista na competência dos tribunais, quanto a seus próprios julgados, por norma constitucional originária, não contrasta com cláusula pétrea protetiva da coisa julgada, à luz do princípio da unidade da Constituição, impondo-se a concordância prática dos preceitos editados no mesmo jato pelos constituintes originários. Tão originariamente constitucional quanto as garantias expressas em fórmulas de preclusão (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), que a lei não prejudicará, está a da possibilidade da ação rescisória, que, segundo Teresa Arruda Alvim, constitui “remédio excepcional e também tem, como os recursos, de certo modo, a função de corrigir a decisão. Até certo ponto, são vícios da decisão (ou do processo em que a decisão foi proferida) que se pretende sejam corrigidos, e, em parte, o que se faz é adequar a decisão ao ordenamento”.⁹⁸

Na verdade, alguns casos de nulidade do processo se convolam, após o trânsito em julgado da decisão, em hipóteses de rescindibilidade, além da hipótese do vício transrescisório, que é o da nulidade de citação, no feito que correu à revelia, tornando o julgado passível de desconstituição por simples querella nullitatis, da competência do juízo de primeiro grau, sem sujeição ao biênio decadencial para seu ajuizamento, também alegável em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

Conforme salienta PEDRO LENZA, a necessidade de concordância prática entre normas constitucionais originárias parte do princípio ou “da idéia de unidade de Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando-se, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da idéia de concordância prática decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios.”⁹⁹

Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, fazendo ressalva das posições que simplesmente negaram a coisa julgada inconstitucional, reconheceram que o debate promovido pelos que reconheceram sua existência e enfrentaram os problemas práticos daí advindos foi muito salutar, contribuindo para o amadurecimento da tese inicial e apontando os

⁹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.]. Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 1.521

⁹⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 95.

pontos que estariam a exigir maior clareza na disciplina, assim resumindo o resultado dos trabalhos conjuntamente considerados¹⁰⁰:

- a) o princípio da intangibilidade da coisa julgada não é absoluto, cedendo diante de outros igualmente consagrados como o da Supremacia da Constituição.
- b) a coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento do vício grave que contamina a sentença proferida em contrariedade à Constituição. Não há uma impermeabilidade absoluta das decisões emanadas do Poder Judiciário, mormente quando violarem preceitos constitucionais;
- c) reconhecer-se que a intangibilidade da coisa julgada pode ser relativizada quando presente ofensa aos parâmetros da Constituição não é negar-lhe a essência, muito menos a importância do princípio da segurança jurídica;
- d) pensar-se um sistema para o controle da coisa julgada inconstitucional é, ao contrário de negar, reforçar o princípio da segurança jurídica, visto não haver insegurança maior do que a instabilidade da ordem constitucional. E permitir-se a imunidade e a prevalência de um ato contrário aos preceitos da Constituição é consagrar a sua instabilidade, provocando, isso sim, maior insegurança;
- e) atos inconstitucionais são, por isso mesmo nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica.

O mesmo princípio da segurança jurídica, invocado pelos defensores da intangibilidade da coisa julgada, mesmo a inconstitucional, apresenta-se como fundamento largamente utilizado pela corrente oposta, conforme bem observado por JOSÉ AUGUSTO DELGADO¹⁰¹:

Consagrado está no ordenamento jurídico brasileiro que os atos e decisões praticados pelos Poderes Públicos devem guardar respeito absoluto aos ditames da Constituição. Esta, na feliz expressão de José Souto Borges Maior, por si só, imprime segurança. Ela é a segurança jurídica determinadora de que os ditames maiores do Estado Democrático de Direito instituído por vontade soberana dos constituintes, delegados da vontade popular, sejam absolutamente respeitados.(...)

O Poder Judiciário quando emite decisões que vão de encontro à Constituição Federal, quer violando qualquer um dos seus postulados, quer descumprindo os seus princípios, quer diretamente obscurecendo as suas regras, está, também, submetido ao controle da constitucionalidade. Não há nenhum dispositivo na Lei Maior que o isenta desse controle, nem esse privilégio pode ser concebido no círculo formativo de um regime democrático.(...)

Inconcebível, em face dessas idéias hoje vigorantes no Estado Democrático de Direito, a continuidade do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando constituída em evidente confronto com postulados, princípios e regras da Constituição Federal.

¹⁰⁰ THEODORO JR. , Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO. José Augusto (org. ef. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2ª. Ed., 2008, pág. 163/164.

¹⁰¹ 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. ef. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2ª. Ed., 2008, pág. 105/106.

Em se cuidando de uma Constituição de natureza principiológica, impõe-se uma ponderação entre valores que estiverem em tensão e, na verdade, é justamente para se compatibilizarem garantias fundamentais, que se admite a redução do âmbito de abrangência de um princípio, como o da segurança, decorrente da estabilização da coisa julgada, com outros, também importantes, como os que dizem respeito à função jurisdicional, citando-se os decorrentes do devido processo legal, como o do juiz natural, e os do contraditório e da ampla defesa, bem assim o da supremacia da Constituição.

De qualquer sorte, a relativização da coisa julgada inconstitucional, a partir de 2001, logo atraiu acirrado debate na doutrina. Tardando qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, sobre o tema, em sede de controle concentrado, mesmo em caráter liminar, logo se juntaram, a essas disceptações doutrinárias, divergências jurisprudenciais sobre a extensão e os limites do novo instituto que veio se albergar em nosso direito positivo.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o primeiro limite estabelecido para esse aumento das hipóteses de desconstituição da coisa julgada foi o temporal: somente se aplicaria o instituto em se tratando de decisões transitadas em julgado após a data em que entrou em vigor a inovação do Código de Processo Civil introduzida primeiramente pela medida provisória 2.180/35, de 24 de agosto de 2001.¹⁰²

Outros temas ficaram controvertidos, como por exemplo, a sede de declaração de inconstitucionalidade, se só no controle concentrado ou também no controle difuso, alinhando-se decisões em ambos os sentidos, mas predominando a que viria a ser expressamente acolhida pela nova Lei Processual, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade tanto no controle difuso quanto no concentrado.

Na primeira ocasião em que se debruçou sobre o tema, o STF buscou a interpretação mais restritiva possível, sinalizando para o predomínio da intangibilidade da res judicata, inclusive em julgamento ocorrido no último dia da vigência do Código de Processo Civil de 1973,¹⁰³ em acórdão da relatoria do Ministro Celso de Mello, ainda em sede de controle de

¹⁰² Nesse sentido é o seguinte excerto: “ (...) 5. A Primeira Turma desta Corte Superior, ao apreciar o Recurso Especial 1.189.619/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, consolidou entendimento de que a nova redação do art. 741, caput do CPC, não tem o condão de atingir as situações jurídicas consolidadas anteriormente à sua entrada em vigor.

¹⁰³ E M E N T A: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE –

constitucionalidade concreto, em Embargos de Declaração em Agravo Regimental interposto de decisão em Embargos de Divergência.

É importante ressaltar que, no novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no dia seguinte ao julgado acima referido, completou-se a estrutura do processo sincrético. O cumprimento de títulos judiciais passou a se operar na mesma relação processual, também em execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, embora com uma disciplina diferenciada, por se tratar de pagamento a ser feito por meio de precatórios ou de requisições de pequeno valor. Manteve-se, quanto às demais execuções, a regência já introduzida no Código revogado pela Lei 11.232/2005, com ligeiras alterações, inclusive a previsão da inexigibilidade de título judicial, em face de decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade da lei ou da interpretação da lei que o decisório, levado a cumprimento, tivesse adotado.

INADMISSIBILIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA RECEBIDOS PARA NEGAR PROVIMENTO AO APELO EXTREMO – COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL – INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA – EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” – “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISSCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. – Não se revelam admissíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente – a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição – vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa. Precedentes. – A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. – A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que 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) –, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. – O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito.

(RE 589513 ED-EDv-AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

É importante assinalar que, ainda na pendência da Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre essa primeira inovação, ocorrida em 2001, e já em vigor a nova lei processual, ainda se registrou julgado unânime do Supremo Tribunal Federal salientando a proteção constitucional que ampara e preserva a autoridade da coisa julgada, atendendo à exigência de certeza e segurança jurídicas.

Anteriormente, já editado o novo Código, mas antes de sua entrada em vigor, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário **730.462** que acompanhou, unanimemente, o voto do relator, Ministro Teori Albino Zavascki, o mesmo que viria a julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade do dispositivo do Código que previu a inexigibilidade do título executivo judicial por inconstitucionalidade, fixou a tese de que ; “Decisão do Supremo Tribunal Federal que declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma não produz a automática reforma ou rescisão de decisões anteriores transitadas em julgado”. Entendeu-se, para tanto, que seria indispensável o ajuizamento de uma ação rescisória, se ainda no prazo para tanto.

Antes da abordagem da decisão na aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade, que ocorreria ao final do mesmo ano em que entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, importa comentar as novidades por ele introduzidas, a par do da disciplina fundamental que foi mantida, que não deixaram de ser objeto de comentários pelo relator e alguns dos julgadores, embora estivessem fora dos limites de pedido deduzido mais de uma década e meia antes.

Na nova Lei Processual, o cumprimento de sentença passou a ser disciplinado a partir do artigo 513 e se deflagra, seja provisório, seja definitivo, a requerimento do exequente.

No que pertine à *coisa julgada*, vale considerar os contornos do cumprimento definitivo, que tem por fundamento título não mais sujeito a recurso.

O requerimento do exequente deve ser instruído com o demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, devendo a petição atender aos requisitos do art. 524, acerca da identificação das partes, da indicação do índice de correção monetária adotado, juros aplicados e respectivas taxas, termo inicial e final dos juros e da correção monetária utilizados, a periodicidade da capitalização dos juros, se o caso, a especificação de eventuais

descontos obrigatórios realizados e a indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível.

Se contemplando o demonstrativo atualizado do débito, o juiz constatar que, aparentemente, excede o valor da condenação, a execução se processa pelo valor pretendido, mas a penhora terá por base o valor que o juiz entender adequado, podendo, para tanto, valer-se do contabilista do juízo para a efetuação dos cálculos necessários, em prazo que de regra será fixado em 30 (trinta) dias, salvo se outro for determinado pelo juiz.

É cabível que assim se proceda de ofício, pois não há título correspondente ao valor evidentemente excedente.

Se a elaboração dos cálculos depender de dados em poder de terceiros, o juiz os requisitará, pena de crime de desobediência. Se a complementação dos cálculos depender de dados em poder do executado, o juiz os requisitará, fixando prazo de até 30 dias para o cumprimento da diligência, pena de serem reputados corretos os cálculos apresentados pelo exequente, com base nos dados de que dispuser.

Se o cumprimento for provisório, é porque o título judicial ainda está pendente de recurso, embora recebido sem efeito suspensivo, o que não obsta a execução, exigindo-se, todavia, caução idônea para o levantamento de quantia em dinheiro ou alienação de domínio, a fim de se assegurar ao menos o reembolso dos prejuízos sofridos pelo executado, se o título vier a ser desconstituído, total ou parcialmente, no julgamento do recurso. Assim, a provisoriedade do cumprimento diz respeito à possibilidade de desconstituição ou modificação do título, mas o cumprimento, no tocante à penhora, avaliação e alienação é completo, indo a execução até seus ulteriores termos. Dispensa-se a caução em se tratando de verba alimentar independentemente de sua origem, de demonstração da situação de necessidade do credor, ou na pendência de agravo de decisões negativas de seguimento de recurso especial ou extraordinário (art. 1.042) ou ainda, de compatibilidade da sentença a ser cumprida com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido em casos repetitivos. Nesses últimos casos, o fundamento do decisório nessas decisões de caráter vinculante já reveste de um grau maior de certeza o malogro do recorrente na desconstituição ou modificação do título.

Em se tratando de fase posterior à do conhecimento, não haverá, de regra, a citação do executado, mas sua intimação, que se dará por meio do Diário da Justiça, na pessoa do advogado constituído nos autos. Se for representado pela Defensoria Pública ou se não tiver procurador constituído nos autos, a intimação será pessoal, por carta com aviso de recebimento. Em se tratando de empresas públicas e privadas, excetuando as microempresas e as de pequeno porte, bem assim da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades da administração indireta, serão citadas por meio eletrônico, devendo, para tanto, manter cadastro junto aos órgãos do Poder Judiciário, para receberem citações e intimações, a serem realizadas preferencialmente por esse meio, dirigidas aos e-mails cadastrados, no âmbito do processo judicial eletrônico.

Se o réu tiver sido revel na fase do conhecimento, será intimado por edital.

Se o executado tiver mudado de endereço, inclusive o eletrônico cadastrado nos autos eletrônicos, sem prévia comunicação ao juízo, considera-se feita a intimação expedida para o endereço constante dos autos e o prazo começa a fluir a partir da juntada aos autos do recebimento das intimações, independentemente de quem as tenha recebido. Simplesmente considera-se feita a intimação entregue ou recebida no endereço constante dos autos.

A nova lei processual fala em citação, quando se tratar de título judicial que não pode ser cumprido no juízo em que se formou, o que acontece em se tratando de sentença penal condenatória transitada em julgado (que, nos termos do art. 91, I, do Código de Processo Penal, torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime), a sentença arbitral, a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, e a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória, também por esse Tribunal da Cidadania, consoante a previsão do art. 515, § 1º, que faz referência a esses títulos, elencados dos incisos VI ao IX, do mesmo dispositivo legal. Observe-se que o cumprimento desses títulos será requerido pelo exequente no juízo cível competente.

Em se tratando de sentença arbitral, a falta de cumprimento espontâneo da obrigação ensejará o ajuizamento de uma demanda executiva, pois não poderá se processar por requerimento nos autos, já que não tramitou processo na Justiça na fase de conhecimento. O árbitro não detém o poder da *executio* e o cumprimento da sentença arbitral deve ser postulado em juízo, daí a necessidade de citação do executado, para a instauração da relação jurídico-processual.

Quanto aos títulos estrangeiros, não se registrou qualquer alteração. Tanto a homologação de sentença estrangeira, quanto a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias são da competência do Superior Tribunal de Justiça, desde a modificação introduzida pela Emenda Constitucional 45, de 2004 ao artigo 105, I, i da Constituição Federal. O controle para a homologação e a concessão do *exequatur* é limitado, sendo denominado de juízo de deliberação, com apreciação de alguns aspectos, como o trânsito em julgado da sentença e a compatibilidade com nossa Ordem Pública. O *exequatur* vem a ser uma autorização ou uma ordem de cumprimento de pedido veiculado por autoridade judiciária estrangeira, por meio de uma carta rogatória. O cumprimento será requerido no juízo federal, nos termos do artigo 109, inciso X, da Constituição Federal.

Registre-se, a propósito, que as sentenças internacionais, de tribunais internacionais ou Organizações internacionais, não precisam ser homologadas no Brasil, pois não são equivalentes a sentenças estrangeiras. Se de tribunal internacional, importa verificar se o Estado Brasileiro aceitou sua jurisdição obrigatória, como ocorreu com a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou se concordou em submeter a solução de um litígio a um organismo internacional, como a Corte Internacional de Justiça (segundo a cláusula facultativa da aceitação de sua jurisdição obrigatória).

Os demais títulos a serem cumpridos na mesma relação processual são os elencados do inciso I ao V, valendo uma breve abordagem, pois decisões com eficácia diversa, como as simplesmente declaratórias, as constitutivas, as mandamentais e as executivas *lato sensu* não podem deixar de receber um controle de constitucionalidade da mesma forma das que determinem prestações, se fundadas em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como se exporá mais adiante.

No inciso I estão definidas, dentre os títulos executivos judiciais, as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa. No Código revogado fazia-se referência a **sentenças** e agora a previsão é mais ampla, ao se referir ao gênero **decisões**, deixando claro que as decisões interlocutórias também formam títulos executivos, não só as que resolvam parcialmente o mérito, mas as relativas às tutelas de urgência ou de evidência.

Na lei anterior, mencionava-se a sentença que *reconhecesse* a existência de obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia. No novo Código, fala-se em

decisão que reconheça a exigibilidade desses tipos de obrigação. Passou-se a referência do plano da existência para o da eficácia, que é a aptidão para a produção dos efeitos que lhe são próprios, onde se situa a exigibilidade. Assim, são executáveis as sentenças declaratórias se estiverem explicitados “ todos os elementos de uma prestação exigível”.¹⁰⁴ Assim, devem cessar as discussões sobre a exequibilidade de uma sentença declaratória: se declarar todos os elementos identificadores de uma obrigação imposta ao réu, é título a ser levado à execução, ensejando o oferecimento da impugnação. Se apenas pôr fim a uma crise de dúvidas sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou de um modo peculiar de ser, será meramente declaratória, já trazendo o bem de vida visado pela parte.

É título judicial a decisão homologatória de autocomposição judicial, referida no inciso II e a homologatória de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza, arrolada no inciso III do dispositivo em comento. Vale ressaltar que a autocomposição, se não homologada em juízo, forma título extrajudicial, se atendidos os requisitos dos incisos II e IV do art. 784.

No inciso IV, consta como título executivo judicial o formal e a certidão de partilha, exclusivamente manejáveis em relação aos que integraram a relação processual no juízo orfanológico, ou seja, o inventariante, herdeiros e sucessores a título singular ou universal.

Tornou-se título judicial o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial, que figurava no Código revogado dentre os extrajudiciais. A expressão “ auxiliar da justiça”, ao invés de “serventuário da justiça” é mais abrangente, incluindo como tais os peritos, tradutores e intérpretes, o que deixou o texto legal mais sintético em relação ao anterior. Embora esses auxiliares não sejam parte, os respectivos créditos aprovados por decisão judicial consubstanciam título judicial, a ser levado a cumprimento, com restrição à matéria alegável, em impugnação pelo executado, à origem e quantitativos desse título.

É fácil se conceber como os prejuízos podem ser extensos, se o título vier a ser considerado inexigível, por decisão na impugnação, se houver sido levado a protesto.

Com efeito, com o trânsito em julgado da sentença, e antes mesmo de ser oferecida uma impugnação, pode o título judicial ser levado a protesto, incumbindo ao exequente

¹⁰⁴ ALVIM, Teresa Arruda. In Primeiros Comentários... op. Cit., pág. 846/847.

apresentar uma certidão do teor da decisão, a ser fornecida pelo juízo, no prazo de 3 (três) dias, indicando o nome e qualificação do exeqüente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data do decurso do prazo para pagamento voluntário. Se o executado tiver ajuizado ação rescisória do julgado, pode requerer, às suas próprias custas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado. Pode o protesto ser cancelado por determinação judicial, por ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação.

A impugnação ao cumprimento de sentença se oportuniza ao final do prazo de 15 dias para efetuar o cumprimento do comando sentencial, independentemente de penhora ou depósito. Poderia o legislador ter concedido um único prazo, para pagar ou oferecer impugnação, mas optou por dois prazos sucessivos, de 15 dias cada, que, vale lembrar, são contados apenas em dias úteis, nos termos do art. 219 da nova Lei Processual.

A natureza jurídica da impugnação ainda remanesce controvertida, predominando o entendimento de que se trata de peça defensiva, incidente a uma ação em curso, ofertada na mesma relação processual.

A propósito, é a doutrina de TERESA ARRUDA ALVIM¹⁰⁵:

Questão bastante controvertida diz respeito à natureza jurídica da impugnação. Após a Lei 11.232/2005 que modificou a sistemática das execuções de título judicial no CPC/73 tal questão mereceu amplo debate, sendo possível catalogar três opiniões distintas, sem que haja propriamente alguma tese vencedora. Com efeito, para alguns trata-se de defesa, para outros de ação e, finalmente, para outros, a impugnação reveste-se de natureza híbrida, ora assumindo feição de defesa incidental, ora de ação, dependendo da matéria nela veiculada.

A nosso ver, o NCPC pretendeu facilitar a interpretação de que a impugnação tem natureza jurídica de defesa e não de ação. Tanto é assim que o art. 518 deixa claro que as questões relativas à validade do procedimento e dos atos executivos praticados durante a fase de cumprimento serão argüidas pelo executado nos próprios autos e, por sua vez, o § 11 do dispositivo ora sob comentário traz a mesma regra para os fatos supervenientes ao fim do prazo para apresentação da impugnação.

Como se vê, a primeira oportunidade, nessa fase subsequente ao julgado, em sede de cumprimento provisório ou definitivo, para a apresentação da defesa é a da impugnação. Todavia, como bem salientado na doutrina supra, em relação aos fatos supervenientes, podem

¹⁰⁵ Op. Cit. Pág. 871

eles ser argüidos por simples petição, como, por exemplo, os relativos aos incidentes da penhora e avaliação¹⁰⁶.

De regra, a impugnação é atuada em apenso, se o juiz não suspender o cumprimento do julgado. Todavia, se o impugnante requerer, demonstrando a relevância jurídica e o fundado receio de grave dano de difícil ou incerta reparação, seguro o juízo com penhora, caução ou depósito suficientes, o juiz pode determinar a suspensão do cumprimento e a impugnação será apreciada e decidida nos mesmos autos. O efeito suspensivo não impede os incidentes da penhora – substituição, reforço ou redução – e a avaliação dos bens. Pode a suspensão ser parcial, se compreender apenas parte do objeto da execução, e subjetivamente limitada ao executado que a houver oferecido, podendo a execução prosseguir em relação aos demais que não impugnaram, se o fundamento invocado pelo impugnante não for comum a eles. O exequente pode ainda requerer o prosseguimento da execução se oferecer e prestar, nos próprios autos, caução suficiente e idônea que o juiz arbitrar, para garantir a reparação dos prejuízos em caso de acolhimento de uma das matérias defensivas.

As matérias da impugnação são limitadas, praticamente se reprisando, no § 1º. do artigo 525, o elenco que constava do artigo 475-L do Código revogado:

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

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

- I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;
- II - ilegitimidade de parte;
- III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
- IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;
- V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

.....

No item I está a alegação relativa à querela nullitatis insanabilis, que será comentada adiante, no item pertinente às ações declaratórias e constitutivas, pois se trata de pedido que também pode ser deduzido em ação autônoma, declaratória de nulidade do processo, por

¹⁰⁶ Art. 525.....

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

vício de citação, em feito que correu à revelia. Ressalte-se que não basta alegar e provar o vício citatório. É necessário que o feito tenha tramitado à revelia, pois o comparecimento espontâneo do réu sana o aludido vício.

Se não alegável esse vício em impugnação, inclusive se o julgado não formar título que necessite dessa fase de cumprimento, pode ser objeto de arguição em ação autônoma. Há quem considere que se trata de verdadeira ação declaratória de inexistência da relação jurídico processual, mas, como se verá adiante, a pretensão meramente declaratória é apenas aparente, pois o que se busca é uma decisão constitutiva negativa do julgado, a qual, embora de modo excepcional para essa espécie de eficácia, que costuma se operar *ex-nunc*, terá efeitos retrooperantes, ou seja, *ex-tunc*.

A ilegitimidade de parte referida no item II diz respeito à fase da impugnação, pois, salvo em caso de sucessão regular, não pode figurar na fase da impugnação quem não tenha participado do processo na fase de conhecimento. Por exemplo, não caberia o simples redirecionamento da execução movida contra pessoa jurídica para um dos sócios, sem que tenha sido deflagrado o incidente de desconsideração, regulado dos artigos 133/137 do novo Código.

O inciso III menciona a inexecutabilidade do título e a inexigibilidade da obrigação, aperfeiçoando a previsão correspondente do Código revogado, que apenas aludia à *inexigibilidade do título*, pois o que se pode impugnar é a inexigibilidade da obrigação. A executabilidade do título diz respeito à certeza de sua origem, e à liquidez e exigibilidade da obrigação nele reconhecida. Se o *quantum debeatur* ainda não tiver sido acertado, mister se faz uma prévia fase de liquidação do julgado. A exigibilidade diz respeito ao vencimento da obrigação, sem seu adimplemento, que enseja o requerimento da sua execução.

Importantes acréscimos foram objeto da nova lei processual, no tocante à caracterização da inexigibilidade da obrigação, reconhecida em título judicial fundado em lei ou interpretação da lei que tenham sido declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, mantendo a inovação vinda para a lei processual desde 2001, conforme exposição nos dois itens anteriores. Definiram-se os limites temporais a serem observados, distinguindo-se os pertinentes ao manejo da impugnação ao cumprimento de sentença daqueles que ensejam a propositura da ação rescisória.

Quanto aos limites temporais, agora bem explicitados pela nova lei processual, para que essa inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal possa ser alegada em impugnação ao cumprimento do título judicial, é necessário que tenha ocorrido antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. Mesmo que se cuide de cumprimento definitivo, de título judicial não mais pendente de recurso, é importante verificar se, no momento de seu trânsito em julgado, já havia precedente declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Se posterior ao trânsito em julgado, a via desconstitutiva que se abre é a de uma ação rescisória, cujo biênio decadencial se deflagra, como já comentado supra, a partir do trânsito em julgado, não da decisão exequenda, mas do acórdão do Supremo Tribunal Federal.

O padrão de confronto também ficou bem definido, na esteira da jurisprudência majoritária que já se formara, na vigência do Código anterior. Tanto faz que a decisão tenha emanado de controle concentrado como de difuso.

No controle concentrado, realizado em abstrato, *principaliter*, pode ter sido declarada a inconstitucionalidade da lei no julgamento da procedência da demanda em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou de sua improcedência, em uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, dado o caráter fungível entre ambas, bem disciplinado no artigo 24 da Lei 9868/99:

Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória, e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

Também poderá a declaração de inconstitucionalidade advir de decisão de procedência, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nos termos da Lei 9882/99, na qual também está prevista, no art. 11¹⁰⁷, a possibilidade de modulação da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com os mesmos fundamentos e quorum qualificado previsto no art. 27 da Lei 9868/99, comentado supra. Essa possibilidade de se imprimir eficácia diversa da *ex tunc*, mantém o controle da segurança da declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, presentes as possibilidades de que, com operância *a retro*, sejam ensejadas desconstituições das *rei judicatae*.

¹⁰⁷ Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, 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.

A declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, o primeiro adotado no Brasil, pela Constituição republicana de 1891, seguindo o modelo norte-americano, plasmado no julgamento do caso *Marbury versus Madison*, pelo voto magistral de Marshall, embora realizada *incidenter tantum* e não *principaliter*, nas razões de decidir e não no *decisum*, também opera os efeitos vinculantes que ensejam a desconstituição de julgados inconstitucionais. Trata-se de especial tratamento conferido aos fundamentos determinantes da decisão, que transbordam dos limites subjetivos do caso concreto, projetando-se *erga omnes*, o que, excepcionalmente, faz incluir no âmbito da coisa julgada pelo Excelso Pretório os motivos da decisão, ou seja, o porquê da conclusão. Como pode haver múltiplos julgados sobre um tema, resta aguardar se a deflagração do biênio decadencial para a propositura de uma ação rescisória poderá ocorrer a cada trânsito em julgado, ou do primeiro que ocorrer.

Nesse passo, na esteira de uma jurisprudência que já vinha se firmando, o novo Código de Processo Civil seguiu a tendência acentuada da abstrativização das decisões no controle difuso, concreto, realizado *incidenter tantum*. Essa tendência revelou-se crescente, tendo seus primeiros passos sido dados pelo Constituinte de 1934, ao prever a extensão *erga omnes*, por resolução do Senado Federal, da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que, até então, somente se operava *inter partes*, em que se declarasse a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo. Essa competência que, exceto no interregno da vigência da Carta de 1937, foi mantida pelas constituições subseqüentes, aninhando-se no artigo 52, X, da Lei Magna atual, nem sempre se evidenciaria prontamente eficaz, pois não se previu prazo para o exercício desse poder, nem sanção pela inércia do órgão competente. Outro passo importante para a abstrativização do controle difuso foi dado pela Emenda Constitucional 45, de 2004, com a previsão da edição de Súmula Vinculante, que viria a reduzir a importância do exercício da aludida competência do Senado Federal, dada a oponibilidade *erga omnes* da decisão em matéria constitucional, sobre a validade, a interpretação e a eficácia das normas apreciadas:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

.....”

A edição de Súmula Vinculante e a norma processual da dispensa da observância da reserva de plenário, disposta no parágrafo único do artigo 481 do Código revogado, mantida *ipsis litteris* no parágrafo único do art. 949 do Código atual, foram importantes passos na abstrativização do controle difuso. Recorde-se que a reserva de plenário foi adotada desde a Constituição de 1934 e mantida nas subseqüentes, exceto no interregno de vigência da Carta de 1937. Consta do art. 97 da Constituição atual, reconhecendo-se, dentre seus objetivos, o de adaptar o instituto do *judicial control*, plasmado no sistema jurídico da Common Law às peculiaridades do adotado no Brasil, do primado do direito legislado, da Civil Law, obtendo-se maior uniformidade das decisões sobre essas matérias, especialmente no âmbito de um mesmo tribunal.

Realmente, com o emprego do instituto, desenvolvido em sistema jurídico diverso, em que a uniformidade das decisões era garantida mediante a observância da regra do *stare decisis* pelos órgãos judiciários norte-americanos, trazido para sistema jurídico da livre dicção do direito, logo grassou a mais ampla divergência, até mesmo entre órgãos fracionários dos tribunais, havendo turmas ou câmaras que concluía pela declaração de inconstitucionalidade e outras que rejeitavam a argüição, no âmbito de uma mesma Corte. Daí uma das duas modificações que a Carta de 34 introduziu no instituto, da reserva de plenário, para uniformizar a solução da questão ao menos no âmbito dos tribunais, ao lado da competência do Senado, para suspender, no todo ou em parte, lei ou ato normativo declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que se entendeu como direcionada à extensão *erga omnes* da eficácia da decisão que, no âmbito do caso concreto, somente poderia operar eficácia *inter partes*.

Atualmente, essa última concepção veio arrefecendo, entendendo-se que a razão de ser da resolução do Senado seria a de dar publicidade à decisão, já que a operância da eficácia *ultra partes* deve decorrer da própria decisão da Corte de cúpula. Nesse passo, sustenta-se que se o fundamento determinante da decisão no caso concreto é o controle de constitucionalidade de norma, que vem a ser declarada inconstitucional, há uma eficácia expansiva, com efeito *ultra partes*, mesmo no controle difuso, consoante bem explanado no

voto do relator, Ministro GILMAR MENDES, na Reclamação 4335-AC¹⁰⁸, julgada procedente.

Quanto à reserva de plenário também foi mitigada, ainda na vigência do Código Revogado, com o acréscimo do aludido parágrafo único a seu artigo 481, hoje repetido *ipsis litteris*, no parágrafo único do artigo 949, *in verbis*:

Art.949.....
Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Continuando o elenco das matérias alegáveis em impugnação, não houve maiores inovações no item IV, alusivo à penhora incorreta ou avaliação errônea. Pode ocorrer que esses vícios só ocorram após o oferecimento da impugnação, que já não depende mais da segurança da execução pela penhora, depósito ou caução. Nesse caso, poderão ser argüidos no curso da execução, por simples petição.

No inciso VI também foi mantida a previsão da alegação acerca do excesso de execução ou da cumulação indevida de execuções. No caso de alegação de excesso de execução, a matéria só será apreciada se o impugnante esclarecer qual o valor que pretende devido. Todavia, se o excesso for flagrante e acentuado, setores da doutrina entendem que, quanto ao excesso, não há título e pode ser conhecido de ofício pelo juiz¹⁰⁹.

A cumulação indevida da execução diz respeito ao procedimento adequado e diferenciado em função do tipo de obrigação exequenda, por exemplo, de fazer e de pagar quantia, sendo matéria também conhecível pelo juiz de ofício e alegável a qualquer tempo, por simples petição, pois não se sujeita a preclusão.

A arguição de incompetência absoluta ou relativa, referida no inciso VI, se refere ao juízo da execução. Se a incompetência relativa não for argüida na peça defensiva da impugnação, a matéria fica preclusa e se prorroga a competência do juízo. Já a incompetência

¹⁰⁸ EMENTA: Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (DJE nº 208 Divulgação 21/10/2014 Publicação 22/10/2014 - Ementário nº 2752 - 1)

¹⁰⁹ ALVIM, Teresa Arruda. Primeiros Comentários..., op. Cit., pág. 873.

absoluta é matéria de ordem pública e não fica preclusa, podendo ser requerida a correção do vício a qualquer tempo, com a remessa dos autos ao juízo competente.

Por fim, encerram o rol as matérias do inciso VII, o qual se refere a qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

Já o impedimento ou a suspeição do juiz devem ser alegados em incidente próprio, nos termos dos artigos 146 e 148 do novo Código e não como matéria de impugnação.

Como se vê, sobrelevam na disciplina em comento as inovações alusivas ao inciso III, que vieram definir, nos parágrafos 12 a 15, já referidos supra, os limites temporais para o manejo da impugnação ou da ação rescisória.

A matéria relativa ao direito superveniente, editado no curso da demanda e suscetível de conhecimento pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, que o Código revogado disciplinava em seu artigo 462, foi reproduzida *ipsis litteris* no Código atual, em seu art. 493¹¹⁰. Acrescentou-se, apenas, um parágrafo único que reproduz a regra geral da exigência de contraditório prévio antes de qualquer decisão, ainda que sobre matéria apreciável de ofício. O momento em que se pode considerar a operância do direito superveniente no caso *sub judice* já preocupava os doutrinadores, de longa data, como se observa da doutrina de EDUARDO TALAMINI¹¹¹:

A partir de que momento a superveniência de fatos que a princípio estariam abrangidos na causa de pedir posta em juízo passa a implicar uma nova causa de pedir, um novo objeto processual?

Não há dúvidas de que os fatos anteriores ao início do processo e que integram a causa de pedir serão abrangidos pela coisa julgada que ali se forma. Por exemplo, o pagamento feito pelo réu antes mesmo da propositura da ação condenatória está indubitavelmente abrangido no objeto processual. Se tal defesa não for conhecida no curso do processo, a ação for julgada procedente e formar-se a coisa julgada, não será dado ao réu alegar depois o dito pagamento para eximir-se da condenação (senão nas vias excepcionais de desconstituição do julgado). Há inclusive a já mencionada norma do art. 474 a explicitar essa impossibilidade.

Por outro lado, também é evidente que os fatos ocorridos depois do trânsito em julgado e que estejam aptos a alterar a relação ou situação jurídica que foi objeto da sentença acobertada pela *res iudicata* não esbarrarão no óbice da coisa julgada.

¹¹⁰ Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.

¹¹¹ TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e Sua Revisão. Ed. Revista dos Tribunais. S. Paulo. 2003. Pág. 88/89.

Constituirão uma nova causa de pedir, delineadora de um novo objeto processual. Mantendo o exemplo: o pagamento feito depois de transitada em julgado a condenação poderá ser legitimamente argüido pelo condenado, caso o credor pretenda, mesmo assim, promover a execução(...).

As dificuldades surgem em relação aos atos ocorridos no curso do processo, entre a litispendência e o trânsito em julgado. Devem receber o tratamento da primeira ou da segunda hipótese ora cogitadas: ou melhor; qual a linha divisória para que se submetam a um ou outro regime? A resposta vincula-se ao seguinte parâmetro; o último momento em que era possível o conhecimento, dentro do processo, dos fatos supervenientes constituirá o marco temporal relevante. (...) Não há dúvidas de que a fase recursal ordinária permite o reexame e consideração direta de fatos, admitindo até mesmo instrução probatória. Apenas depois disso, em sede de recurso especial e extraordinário (recursos extraordinários lato sensu), é que não será possível o exame de matéria fática. Portanto, são abrangidos pela coisa julgada todos os fatos ocorridos até o momento da conclusão dos autos antes da decisão da fase recursal ordinária (...) desde que contidos na causa de pedir já posta em juízo.

Essa diferenciação, trazida à baila pelo eminente doutrinador, também cabe no tocante ao conhecimento de ofício de questão na esfera recursal, que ficará limitado ao âmbito do julgamento de recursos ordinários, pois quanto aos extraordinários, *lato sensu*, a exigência do pré-questionamento pode se erigir em óbice à apreciação de determinadas matérias, daí a propriedade do tratamento diferenciado, no âmbito temporal, que o novo Código de Processo Civil veio a conferir ao manejo de instrumentos processuais para a desconstituição da *res judicata*, em se tratando de decisão inconstitucional, conforme a declaração pelo Excelso Pretório tenha ocorrido antes ou depois do trânsito em julgado da decisão.

Já na vigência do novo Código, veio finalmente a ser julgada a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em 2001, em que se questionou, pura e simplesmente, a possibilidade de desconstituição de uma sentença com trânsito em julgado, pela aludida declaração de inconstitucionalidade pelo Excelso Pretório.

Como essa questão fundamental foi mantida, mesmo com as alterações legislativas subseqüentes e com a edição de um novo Código, realizou-se o julgamento, sob a relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, importante no reconhecimento da razoabilidade da inovação e, também, por alguns comentários, *ad lattere*, das inovações que não estavam nos limites do pedido originariamente proposto, já sinalizando as questões a serem objeto de debates futuros, conforme se passa a comentar, no item seguinte.

É interessante observar que o tempo necessário ao julgamento final de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade pode superar mais de uma década, o que exigirá uma reflexão mais demorada sobre o alargamento da deflagração do biênio para a propositura de uma ação rescisória ou o tempo para o manejo de uma impugnação ao cumprimento de decisório ao

final maculado por inconstitucionalidade, em cotejo com a garantia da segurança jurídica, de decisões com trânsito em julgado.

4. JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 2418-DF

Logo após a edição da Medida Provisória que inovou o tratamento rescindente da coisa julgada inconstitucional, foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que tinha, dentre seus pedidos, o da declaração de inconstitucionalidade do multicitado parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil de 1973. Com sucessivos aditamentos da norma impugnada, ante as reedições da própria Medida Provisória, e várias redistribuições do feito, em razão da aposentadoria dos primitivos relatores, veio a ser julgada, praticamente mais de uma década e meia depois, pelo Ministro Teori Zavascki.

Mesmo com as inúmeras inovações subseqüentes, considerou-se que persistia o interesse de agir, limitado à questão fundamental, que subsistia intacta, sendo consideradas apenas *obiter dicta* todos os acréscimos ao instituto, principalmente os do novo Código de Processo Civil, já em pleno vigor, à problemática da desconstituição da chamada coisa julgada inconstitucional¹¹². Registraram-se, ainda, ainda outros comentários em alguns dos votos que, embora feitos *en passant*, representaram importantes sinalizações de tendências hermenêuticas, que sofrerão inevitáveis desdobramentos em demandas futuras sobre a questão, valendo uma análise mais atenta desse importante decisório.

¹¹² Ementa: CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DAS NORMAS ESTABELECIDO PRAZO DE TRINTA DIAS PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (ART. 1º-B DA LEI 9.494/97) E PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS PARA AÇÕES DE INDENIZAÇÃO CONTRA PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO E PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS (ART. 1º-C DA LEI 9.494/97). LEGITIMIDADE DA NORMA PROCESSUAL QUE INSTITUI HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUALIFICADA (ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 475-L, § 1º DO CPC/73; ART. 525, § 1º, III E §§ 12 E 14 E ART. 535, III, § 5º DO CPC/15). 1. É constitucional a norma decorrente do art. 1º-B da Lei 9.494/97, que fixa em trinta dias o prazo para a propositura de embargos à execução de título judicial contra a Fazenda Pública. 2. É constitucional a norma decorrente do art. 1º-C da Lei 9.494/97, que fixa em cinco anos o prazo prescricional para as ações de indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, reproduzindo a regra já estabelecida, para a União, os Estados e os Municípios, no art. 1º do Decreto 20.910/32. 3. São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda. 4. Ação julgada improcedente.

Nas razões sustentadas pela autora, estavam a violação à garantia da tutela da coisa julgada e da segurança jurídica, em cotejo com a supremacia da Constituição e a soberania das decisões do STF, cuja harmonização postulou, à luz do princípio da proporcionalidade.

No voto do relator, Ministro Teori Zavascki, considerou-se, preliminarmente que, apesar da revogação do parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil de 1973, pela nova lei processual de 2015, a matéria teria recebido tratamento normativo semelhante, mas não igual, sem que houvesse prejuízo por perda do objeto, pois o tema essencial, que foi o da inexigibilidade do título judicial por superveniente declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, da lei ou preceito normativo em que se fundamentou, ou da interpretação da lei que adotou, foi mantido, como já havia ocorrido com as alterações trazidas pela Lei 11.232 de 2005 ao mesmo instituto.

Nesse sentido, não se esquivou de apreciar a questão fundamental:

O que se questiona, na presente ação, são os dispositivos Código de 1973. Todavia, dada a similitude de tratamento jurídico dispensado à matéria pelo Código atual (exceto no que se refere aos parágrafos 13 e 15 do art. 525, que aqui não estão em questão, já que tratam de matéria normativa inédita) as referências aos textos normativos questionados podem ser reproduzidas em relação aos correspondentes dispositivos do CPC de 2015, o mesmo podendo-se afirmar em relação aos fundamentos para justificar a sua validade ou invalidade.

Os acréscimos ocorridos, que não estavam em questão, conforme observado, melhor explicitaram certos aspectos do instituto, primeiro, quanto à natureza dos precedentes do Excelso Pretório que conformariam os paradigmas a serem observados, abrangentes tanto dos acórdãos proferidos no controle de constitucionalidade concentrado quanto no difuso, nos termos dos artigos 525, § 12 e 535, § 5º. Também se ressaltou a inovação alusiva à distinção entre o momento em que o vício da inconstitucionalidade poderia ser argüido por meio de impugnação ao cumprimento de sentença ou por meio de uma ação rescisória (art. 525, § 14 e 535, § 7º. do CPC/2015), já comentados nos itens anteriores.

Na mesma sede, o relator salientou ainda a similitude dos efeitos, em qualquer dos casos de procedência dos pedidos nas vias desconstitutivas previstas:

“Em qualquer das hipóteses, as consequências são semelhantes: tanto a procedência da ação rescisória, como a procedência dos embargos a execução ou do incidente de impugnação inibem a prática dos atos executivos da sentença atacada e impõem a extinção do processo de execução.”

A essa observação se poderia acrescentar que o julgamento de uma ação rescisória é mais amplo, podendo, em grande parte dos casos, como apreciado supra, serem cumulados pedidos de rescisão e de novo julgamento (*iudicium rescindens e iudicium rescissorium*). Já no caso de impugnação ao cumprimento de sentença, a eficácia, apesar de apenas ser mencionada a inexigibilidade do título, é de um julgamento apenas rescindente, não se sujeitando seu manejo ao prazo decadencial de dois anos, valendo observar, na espécie, o lapso prescricional.

Aprofundando o mérito da questão, foi observado que o instituto da coisa julgada tem seus contornos delineados pelo legislador ordinário, consoante já reconhecido em numerosos precedentes, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto a seus limites objetivos e subjetivos, bem assim quanto às hipóteses em que a garantia da segurança da tutela à coisa julgada pode ceder espaço a outros valores constitucionais, circunstancialmente considerados como de valor preponderante, como os da imparcialidade do juiz, que autoriza a rescisão do julgado em casos de concussão, prevaricação ou corrupção, ou o da boa-fé e da seriedade das partes (inciso III), o da própria coisa julgada (inciso IV) e, mesmo, “ o da justiça da sentença quando comprometida por ofensa a literalidade de lei ou por manifesta contrariedade aos fatos ou à prova (incisos V a IX)”.

Reconheceu-se no douto voto que, na atividade legislativa voltada à concreção de valores constitucionais, vale observar os parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, a fim de se realizar uma ponderação válida entre todos, evitando-se qualquer restrição além do mínimo necessário a qualquer dos princípios em colisão.

Reportando-se ao debate doutrinário sobre a validade da desconstituição da coisa julgada, sustentou que a corrente contrária¹¹³ estaria desprovida de razão, ao sustentar a supremacia da coisa julgada e sua intangibilidade em todo e qualquer caso, pois redundaria na inconstitucionalidade da própria ação rescisória.

¹¹³ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 8a ed., SP, RT, 2004, p. 1156; Dalton Luiz Dallazem, Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, 14:21), ref. no voto na ADI 2418 / DF

Combateu, igualmente, o extremo oposto, ou seja, a posição defensora da “prevalência máxima ao princípio da supremacia da Constituição¹¹⁴, com a inexecutabilidade da coisa julgada inconstitucional em todo e qualquer caso, o que eliminaria a segurança das relações jurídicas, permitindo uma “permanente renovação do questionamento judicial de lides já decididas”, o que comprometeria um dos escopos principais do processo, “o da pacificação social, mediante eliminação da controvérsia”.

Reportou-se, a propósito, à crítica de Barbosa Moreira sobre a situação que poderia advir, se admitida a recusa à execução de julgado, por inconstitucionalidade¹¹⁵, a qualquer tempo, e sem limitação às ocasiões para seu manejo, o que ensejaria um contínuo retorno às vias jurisdicionais, para a parte perdedora, sempre inconformada com a contrariedade a sua pretensão.

Nesse passo, defendeu a validade de uma posição intermediária - *in médio virtus*, começando pela análise da abrangência da norma infraconstitucional com eficácia rescisória da coisa julgada inconstitucional, observando que nem todos os casos de afronta à Constituição estariam ali compreendidos, conforme explicitou:

São muito variados, com efeito, os modos como as sentenças podem operar ofensa a Constituição. A sentença é inconstitucional não apenas (a) quando aplica norma inconstitucional (ou com um sentido ou a uma situação tidos por inconstitucionais), ou quando (b) deixa de aplicar norma declarada constitucional, mas também quando (c) aplica dispositivo da Constituição considerado não autoaplicável ou (d) quando o aplica a base de interpretação equivocada, ou (e) deixa de aplicar dispositivo da Constituição autoaplicável, e assim por diante. Em suma, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa a supremacia da Constituição, da qual a constitucionalidade das leis é parte importante, mas é apenas parte.

Considerou que a inovação legislativa combatida na ADI não era abrangente de todas essas hipóteses, mas apenas daquela referida expressamente, da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou da interpretação de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, que tivessem sido o fundamento da decisão exequenda. Restringiu-se apenas aos seguintes vícios: (a) a aplicação de lei inconstitucional;

¹¹⁴ v.g.: THEODORO JR., Humberto. “A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional”, Revista Brasileira de Estudos Políticos, 89, jan.-jun. 2004, Belo Horizonte (MG), p. 94/95.

¹¹⁵ “Suponhamos que um juiz convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficara sujeita a crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedira esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação a primeira sentença, porque não poderá sê-lo em relação a segunda?” (“Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material, Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, n. 22, p. 108/9).

ou (b) a aplicação da lei a situação considerada inconstitucional; ou, ainda, (c) a aplicação da lei com um sentido (= uma interpretação) inconstitucional. Como elemento comum a essas hipóteses, observou que seria o da “inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença, com diferença apenas da técnica utilizada para que a inconstitucionalidade fosse reconhecida”.

É de se observar, abrindo-se um parênteses nesse enfoque, que o Superior Tribunal de Justiça adotou posição mais restritiva, ao apreciar idêntica matéria, entendendo que o padrão de confronto seria apenas decisão do Excelso Pretório declaratória de inconstitucionalidade.¹¹⁶

Ainda no ilustrado voto, foram abordadas as técnicas de julgamento, no controle de constitucionalidade, a partir da constatação de que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei opera uma redução do texto de nosso direito positivo. O Supremo Tribunal Federal atua como legislador negativo e a norma é retirada do ordenamento jurídico. Na aplicação da lei a uma situação considerada inconstitucional, há uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, pois a norma continua a vigorar, reconhecendo-se sua aplicabilidade a determinadas situações e inaplicabilidade em relação a outras. A inconstitucionalidade é apenas parcial, permanecendo válida a norma quando aplicada a determinadas situações e inválida, quando aplicável a outras. Por fim, na declaração de inconstitucionalidade de uma das interpretações possíveis da lei, procede-se a uma interpretação conforme a constituição¹¹⁷ afastando-se aquela contrária à Lei Maior.

¹¹⁶ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. COISA JULGADA. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. NÃO APLICAÇÃO NA ESPÉCIE. LEI DECLARADA CONSTITUCIONAL PELO STF.

1. A Primeira Seção do STJ, sob a égide dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC/1973 e da Resolução STJ 08/2008, no REsp 1.189.619/PE, de relatoria do Min. Castro Meira, DJe 2.9.2010, entende que a norma do art. 741, parágrafo único, do CPC deve ser interpretada restritivamente, porque excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, sendo necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou difuso.

2. In casu, trata-se de Embargos opostos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária à execução de título judicial que reconheceu a inexigibilidade da contribuição ao Incra no percentual de 0,2% sobre a folha de salários, tendo o título executivo entendido por sua inexigibilidade. Dessarte, não houve aplicação de lei tida por inconstitucional pelo STF, muito menos interpretação considerada incompatível com a Constituição.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1665484/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 20/06/2017)

¹¹⁷ Referência a MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2004. p. 317).

Isso ocorre quando mais de uma interpretação seja possível, mas só uma se afigure em conformidade com o texto constitucional. Na verdade, como bem observado, o conteúdo de uma norma é, na verdade, o resultado de sua interpretação e vai se completar quando aplicada a um caso concreto, distinguindo-se as situações em que esse enquadramento não contraria a Constituição e aqueles afrontosos a seu texto, de forma direta, ou a sua principiologia.

Vale observar que o controle de constitucionalidade incide sobre as demais normas de nosso Ordenamento Jurídico, consoante o elenco do artigo 59, da Constituição, mas é de se ressaltar que, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e nas Declaratórias de Constitucionalidade, o controle é exercido sobre as normas em vigor, não sobre as revogadas. Reproduzindo a lição de JORGE MIRANDA, IVO DANTAS e RAFAELLA MARIA CHIAPPETTA DE LACERDA observam que o controle de constitucionalidade das próprias normas constitucionais só pode incidir sobre as que advêm do poder de emenda, não assim das normas originárias, que deverão ser compatibilizadas, não se podendo reconhecer, para o fim do controle, que uma seja superior a outra.¹¹⁸ Nesse sentido, embora se possa reconhecer a existência de normas constitucionais inconstitucionais, não se adota a amplitude da concepção de OTTO BACHOF, que sustenta a inconstitucionalidade mesmo de uma norma constitucional originária, que venha a contrariar norma do supra direito natural¹¹⁹.

Considerando a eficácia dupla das ações do controle de constitucionalidade - as ações diretas de inconstitucionalidade e as declaratórias de constitucionalidade – conforme a disciplina do artigo 24 da Lei 9868/99, ficou reconhecido no voto da relatoria da apreciada ADI que ficaria também abrangida a hipótese de afastamento de uma norma, por suposta inconstitucionalidade, que viesse, posteriormente, a ser declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, arrematou:

No caso, conforme enfatizado, ha razões lógicas e teleológicas impondo concluir que também a sentença exequenda que declara inconstitucional ou deixa de aplicar norma que o STF declarou constitucional está sujeita ao regime do § 1o do art. 475-L e do parágrafo único do art. 741 do CPC/73.

¹¹⁸ DANTAS, Ivo. LACERDA. Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda. *Teoria da Inconstitucionalidade. Norma Constitucional Inconstitucional. Coisa Julgada Inconstitucional*. LtR s. Paulo. 2007. Pág. 45

¹¹⁹ Apud BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Ed. Almedina. Brasil. 1994.

Interessante, abrindo-se um parêntese na questão, é que hipótese também análoga não foi acolhida pelo STF, mas em caso concreto e considerando o decurso do prazo bienal para a ação rescisória, contado, sempre, na vigência do CPC anterior, do trânsito em julgado da decisão exequianda. Cuidou-se da não fixação de honorários advocatícios com base em lei que, posteriormente, foi declarada inconstitucional pelo STF. Tinha sido proposta uma ação pedindo a diferença de fundo de garantia. Para essa hipótese, vigorava uma lei que previa o não cabimento de honorários advocatícios. Assim, os honorários foram negados. Cerca de mais de dois anos após o trânsito em julgado, foi declarada a inconstitucionalidade dessa lei que vedava honorários. Por isso, o autor da ação voltou a requerer a fixação da verba honorária, mas a improcedência desse pedido foi mantida pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário, considerando que a declaração de inconstitucionalidade não poderia operar a inexigibilidade do título.¹²⁰

A abrangência dos paradigmas a serem invocados, tanto do controle concentrado quanto do difuso de constitucionalidade, seguiu forte corrente jurisprudencial precedente, afinada com a chamada abstrativização do controle difuso, em avanço crescente, desde a disciplina vinculante das decisões de paradigmas nos Recursos Extraordinários repetitivos e nas afetações de decisões sobre repercussão geral da questão constitucional, até a previsão constitucional da edição de súmula vinculante¹²¹, que, inclusive, teria tornado dispensável a remessa ao Senado Federal, para o exercício de sua competência, prevista no artigo 52, X, da Constituição, para extensão para todos da eficácia de uma decisão final da Corte Suprema, declaratória de inconstitucionalidade em casos concretos que viesse a julgar.¹²²

Esse avanço no processo de dessubjetivação ou objetivação das decisões do Supremo Tribunal Federal, com a extensão para todos de fundamentos determinantes de uma decisão

¹²⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO 730.462 SÃO PAULO, julgado em 28/05/2015 – Relator: Ministro Teori Zavascki

¹²¹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
.....”

¹²² “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
.....”

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;
.....”

proferida em caso concreto, alarga os limites objetivos da coisa julgada agregada a decisão inconstitucional, que vão abranger as razões de decidir.

Com efeito, nunca é demais repetir, no controle difuso, a inconstitucionalidade não é declarada *principaliter* e sim, incidenter tantum, nas razões de decidir, fundamentando o que vai constar do *decisum*.

Nos termos dos acréscimos feitos ao instituto, se a decisão questionada contrariar precedente do Supremo Tribunal Federal que tiver declarado a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, ou de determinada interpretação de uma lei, está aberto o caminho para a desconstituição da coisa julgada. Tal ocorre tanto em decorrência de julgamento em abstrato, no controle concentrado, em ação autônoma proposta perante a Corte de cúpula pelos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição, em se tratando de ações diretas de inconstitucionalidade, de ações declaratórias de constitucionalidade, ou ainda, de ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, e de arguições de descumprimento de preceito fundamental (art. 2º. Da Lei 9.882/99), quanto em julgamentos de casos concretos, no controle difuso. Dependendo do momento processual em que ocorreu o julgamento no Excelso Pretório, poderá ser alegada a inexigibilidade do título judicial, em impugnação ao seu cumprimento, ou rescindido o julgado, por ação própria.

Como bem observado no voto do relator, com o advento do Novo Código de Processo Civil, a matéria passou a ser disciplinada de forma mais minudente do que no diploma anterior, constando expressamente de nosso direito positivo duas vias ampliadas de desconstituição da coisa julgada inconstitucional, dependendo do momento em que proferida a decisão declaratória de inconstitucionalidade, quer na via do controle difuso, quer na do concentrado: se antes do trânsito em julgado da decisão, pode ser alegada em sede de impugnação ao cumprimento da sentença, com fundamento na inexigibilidade do título; se após o trânsito em julgado, pode ser desconstituída pela via tradicional da ação rescisória, só que com parâmetros de confronto bastante ampliados, inclusive no plano temporal, conforme já se apreciou, na evolução do instituto, nos itens precedentes.

Concluiu que a hipótese de harmonização da segurança jurídica com a supremacia da constituição não havia desbordado os limites da razoabilidade nem da proporcionalidade, julgando improcedente a demanda, também nesse tópico. O voto foi seguido pela maioria dos Ministros, com a ressalva, no voto do Ministro Barroso, de que o novo termo a quo para a

deflagração do biênio para a propositura de uma ação rescisória, constante do parágrafo 15 do artigo 525 do novo CPC, embora não estivesse em questão, mereceria uma reflexão mais aprofundada por todos, pois esses limites temporais não estavam submetidos a julgamento. Todavia, com o julgamento da improcedência do pedido deduzido na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a razoabilidade do tratamento legal à questão foi reconhecida por todos os presentes, ausente o Ministro Celso de Mello.

Na disciplina da impugnação ao cumprimento de sentença, com fundamento na inexigibilidade do título, a matéria veio disciplinada no artigo 525, parágrafos 12 e seguintes¹²³, mantida nos mesmos termos, em se tratando de execução por quantia contra a Fazenda Pública, nos parágrafos 5º e seguintes do art. 535, agora seguindo os moldes do processo sincrético, com o abandono completo da dicotomia entre o processo de conhecimento e o processo de execução.

Assim, na disciplina da impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, no artigo 535, repetiram-se em seus parágrafos as mesmas previsões, inclusive sobre os limites temporais.¹²⁴

¹²³ Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1o Na impugnação, o executado poderá alegar:

.....
 III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

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

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

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

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

¹²⁴ Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

.....
 III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

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

Embora mantido o instituto com os mesmos contornos, a disciplina em separado se deveu ao fato de que, em se tratando de obrigação de pagar quantia certa, a execução há de se fundar em título com trânsito em julgado, em atenção ao que determina o artigo 100 da Constituição Federal, sendo o pagamento feito por meio de precatórios ou de requisições de pequeno valor. Não pode, assim, ser expedida a determinação de que a Fazenda Pública faça o pagamento em 15 (quinze) dias.

Em relação ao manejo dos instrumentos cabíveis, para a desconstituição da decisão por inconstitucionalidade superveniente a sua prolação, ressalte-se que a primeira inovação introduzida na disciplina da matéria foi quanto à distinção entre os meios de desconstituição cabíveis, se por impugnação ao cumprimento de sentença ou por meio de ação rescisória. Como visto acima, o novo Código trouxe a inovação de que caberia a alegação de inexigibilidade do título por inconstitucionalidade superveniente, se a declaração viesse a ocorrer antes do trânsito em julgado.

Quando à via impugnativa com eficácia rescisória, vale ressaltar que, em se tratando de cumprimento provisório, pode a matéria ser alegada no recurso interposto da decisão impugnada, enquanto não se configurar o óbice da exigência do prequestionamento, previsto para os recursos especial e extraordinário.

Assim, conforme a previsão do §14 acima transcrito, do art. 525 do novo Código de Processo Civil, pode ser alegada a inexigibilidade do título, levado a cumprimento, se a decisão declaratória de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal for anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, o que pode representar considerável espaço de tempo, mormente na pendência de Recurso Especial ou de Recurso Extraordinário e os respectivos Embargos de Divergência. Enquanto não transcorrer o prazo recursal da última decisão no processo, não se configura a *res judicata*, e nesse longo lapso temporal, pode

Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

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

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

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

ocorrer a declaração de inconstitucionalidade da lei ou da interpretação da lei em que se fundou o decisório.

Outra questão importante que pode ser inferida dessa previsão é a de que, se aberta a via impugnativa com eficácia rescisória, de títulos judiciais que necessitam ser levados a cumprimento/execução, isto é, daqueles que determinem prestações de dar, fazer e não fazer e pagar quantia, não cumpridas de forma espontânea pelo sucumbente, não se poderia negar a via ordinária constitutiva negativa, para os demais títulos, de eficácia diversa, que não necessitem de fase de execução/cumprimento, como é o caso das decisões declaratórias e constitutivas, que já operam as mudanças pretendidas no mundo jurídico, independentemente de cumprimento por algum devedor, pois não se trata de decisões que reconheçam a exigibilidade das referidas prestações.

A razoabilidade e proporcionalidade reconhecidas à inovação, no julgamento de improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pode perfeitamente abranger outros tipos de decisão a serem impugnadas por meio de ações declaratórias de nulidade.

É o que se apreciará, no próximo item, à luz das possíveis eficácias sentençiais, nem todas exigentes de uma fase de execução, mas que podem ser afetadas por uma declaração de inconstitucionalidade de normas e de interpretação de normas que tenham sido adotadas pelo julgador.

5. DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA POR INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE EM AÇÕES DECLARATÓRIAS, CONSTITUTIVAS, EXECUTIVAS *LATO SENSU* E MANDAMENTAIS

Considerando o conceito de ação como um direito subjetivo público, autônomo e abstrato, de invocar a tutela jurisdicional, o critério mais adequado para sua classificação é aquele estabelecido em função do tipo da tutela jurisdicional invocada, fundado portanto, na eficácia das decisões de procedência.¹²⁵ Atualmente, tendo o sincretismo processual alcançado as pretensões cautelares, agora deduzíveis na mesma relação processual, em que se buscará ou já se está buscando a solução de uma lide, remanescem duas categorias de ação, as de conhecimento, nas quais já se segue a fase de cumprimento/execução e as ações de execução, fundadas em título extrajudicial. No âmbito das ações de conhecimento há de se perquirir a eficácia preponderante, embora sempre se possa entrever conteúdos eficazes variados da sentença de procedência buscada pela parte, pois toda decisão contém uma eficácia declaratória sobre o direito aplicável à espécie, além da eficácia condenatória, na parte da atribuição ou distribuição dos ônus da sucumbência.¹²⁶

No campo do tradicional processo de conhecimento, os adeptos da concepção ternária, consideraram três grandes grupos de julgados: os da eficácia meramente declaratória, os de eficácia constitutiva e, ainda, os de eficácia condenatória. Essa classificação sempre se relacionou a decisões de procedência, pois as de improcedência foram consideradas de eficácia declaratória negativa, limitando-se a declarar que a parte não tinha o direito pretendido. PONTES DE MIRANDA divisou o desdobramento de mais duas espécies, as de eficácia mandamental e as executivas *lato sensu*.

¹²⁵ Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Curso de Processo Civil, Sérgio Antonio Fabris Editor, Vol. I, 3ª. Ed., págs. 129 e SS.

¹²⁶ Cf. in BRITO, Ana Maria Duarte Amarante. Lições de Processo Civil – Processo de Conhecimento. Série Acadêmica. Ed. **Fortium**, Brasília – DF. 2005, pág. 37. “ À luz do conceito de ação como direito subjetivo público, autônomo e abstrato, o critério mais adequado para classificá-la é aquele que leva em conta o tipo de tutela jurisdicional invocada.

Assim, podem ser classificadas em ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares.

As ações de conhecimento, por sua vez, são classificadas pela doutrina tradicional em ações declaratórias, ações constitutivas e ações condenatórias, conforme a pretensão deduzida em juízo seja a de prolação de uma sentença declaratória, constitutiva ou condenatória. Trata-se de uma classificação de ações e sentenças em função das respectivas eficácias.

Ressalte-se que essa **classificação é feita em função da sentença de procedência** buscada pelo autor, pois todas as sentenças de improcedência são declaratórias negativas, ou seja, declaram a inexistência do direito afirmado pelo autor. Também tem por base a eficácia preponderante do provimento jurisdicional buscado pelo autor, pois em todas elas se encontra uma carga declaratória, ao ser *declarado* o direito aplicável à espécie, solucionando-se o litígio. Igualmente, em observância ao *princípio da sucumbência* - quem perde, paga - haverá de ser encontrada nas sentenças uma carga condenatória.”

Atualmente, sob a égide da concepção sincrética do processo, que abandonou a dicotomia *processo de conhecimento – processo de execução*, entendemos que subsiste válida essa classificação, operando-se as adaptações necessárias, *mutatis mutandis*, como se buscará demonstrar, perquirindo-se a eficácia preponderante da decisão que encerra a fase de cognição, seguindo-se, se necessário, a fase de cumprimento ou execução, que se desenrolarão na mesma relação processual.

A decisão de eficácia preponderantemente declaratória, de procedência do pedido, já opera todos os efeitos jurídicos pretendidos, sendo o caso em que o pedido imediato coincide com o mediato: o tipo de tutela jurisdicional invocado já é o bem da vida postulado pela parte, que se traduz no fim da incerteza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica, ou de seu modo peculiar de ser, ou sobre a falsidade ou autenticidade de um documento, vale dizer, o bem da vida é o fim da crise dessas dúvidas sobre determinada relação jurídica, com eficácia retrooperante, ou seja, *ex tunc*.¹²⁷ Nesse sentido, ilustra a resumida lição de ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, exposta ainda antes do triunfo da concepção sincrética do processo, quando vigorava a dicotomia *processo de conhecimento – processo de execução*.¹²⁸

127 Regência no Novo Código de Processo Civil:

“Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

¹²⁸ “**Ações declaratórias.** Ações declaratórias são as que têm por objeto a prolação de uma sentença que declare a existência ou a inexistência de uma relação jurídica. Há um caso único em que o objeto dessa demanda é diverso do accertamento da existência de uma relação jurídica: é a ação que tem por fim a obtenção de uma sentença que declare a falsidade ou a autenticidade de um documento.

Das ações declaratórias, trata o artigo 4º, do CPC, ao estabelecer: “ o interesse do autor pode limitar-se à declaração” I – da existência ou da inexistência de uma relação jurídica; II – da autenticidade ou da falsidade de documento.”

O bem de vida buscado nessas demandas, também referidas como meramente declaratórias, positivas ou negativas, é o fim da crise de dúvida, a eliminação de um estado de incerteza, referenciado a determinado caso concreto. A sentença declara um *status* pré-existente, operando eficácia *ex tunc*, pois sua eficácia retroage à data da constituição da relação jurídica cuja existência ficou acertada. Como salienta OVÍVIO BAPTISTA DA SILVA, “ limita-se a declarar o que existe ou o que não existe, no domínio do direito ”.

Como exemplos de ações declaratórias, podemos elencar as ações de consignação em pagamento, em que, na sentença de procedência, o juiz declara extinta a obrigação, pelo pagamento efetuado e as ações de usucapião, em que o juiz, ao acolher o pedido, declara ser o autor titular de uma propriedade que já foi adquirida pela posse *ad usucapionem*, ou seja, a posse hábil a usucapir.

Também é declaratória, obviamente, a ação de investigação de paternidade, em que o autor busca uma sentença que declare o estado de filiação existente. Se o autor cumular os pedidos de declaração do estado de filiação com o de condenação a alimentos, cumpre distinguir a eficácia temporal dos respectivos provimentos de procedência. A eficácia declaratória da filiação retroopera *ex tunc*, desde o nascimento, observando-se, ainda, os direitos que a lei resguarda para o nascituro, desde a concepção (CC, artigo 2º). Já a eficácia condenatória ao pagamento dos alimentos opera efeitos à data da constituição em mora, que, conforme o posicionamento que se pacificou,

Nas decisões de eficácia preponderantemente constitutiva, opera-se a mudança na situação jurídica pretendida ou deduzida em juízo, podendo ser criada uma nova relação, ou modificada ou extinta uma até então existente, com eficácia dali para diante, ou seja *ex nunc*, embora excepcionalmente possam operar *a retro*.¹²⁹

Dentre as decisões constitutivas, é importante incluir aquelas que PONTES DE MIRANDA denominou de “falsas declaratórias”, pois na verdade têm eficácia preponderante constitutiva negativa, sendo como tais consideradas as ações declaratórias de nulidade de uma relação jurídica. Como exemplo dessa espécie, ele menciona a declaração de nulidade de um casamento ou de um contrato, desconstituindo a relação. A declaração, nesses casos, incide sobre uma relação de direito material, criando uma situação nova. Por pura declaração, no sentido processual do termo, se tem aquela que não condena, não constitui, não executa e não manda, enunciando apenas, autoritativamente, que uma relação jurídica existe ou que não existe, ou, ainda, que existe de um modo peculiar.

Há um tipo de nulidade processual que hoje em dia, pacificamente, é considerada como vício transrescisório, que é a do processo no qual faltou citação do réu, tendo transcorrido o feito a sua revelia, incluindo aqueles em que tenha se operado irregularmente uma citação ficta, ainda que com a nomeação de um curador. Divergem apenas as denominações das demandas para se reconhecer esse vício insanável do ato citatório, as

no final da década de 90, no Superior Tribunal de Justiça, ocorre com a citação válida, nos termos do artigo 219,. Do CPC, restando vencida a corrente que considerava que os alimentos seriam devidos a partir da sentença, com fulcro na letra do artigo 7º., da Lei 8.560/92.” (idem, ibidem, págs. 37/38)

¹²⁹ Cf. “ As ações constitutivas tendem a uma sentença que crie, modifique ou extinga uma relação jurídica. O provimento judicial já opera uma mudança no mundo jurídico, prescindindo de uma ação de execução posterior. Dizem-se constitutivas negativas essas ações, quando a pretensão for a de desconstituir relação jurídica e constitutivas positivas, quando pretendam constituir a relação sobre a qual as partes controvertem. Exemplos de ações constitutivas são as ações de separação judicial ou de divórcio, as de rescisão de contrato e as de interdição. A doutrina controverte sobre a eficácia preponderante dessas últimas, havendo uma corrente que sustenta a eficácia preponderante declaratória, já que o estado de incapacidade existe antes da sentença. Predomina, todavia, a corrente que defende a eficácia constitutiva, em razão da constituição de uma nova situação jurídica para o interdito, que perde a administração de seus bens, não mais podendo praticar, validamente, por si, atos da vida civil. A possibilidade de os efeitos da sentença poderem retro-operar, em determinados casos, fulminando atos jurídicos celebrados após o implemento da causa incapacitante, não pode ter o condão de definir-lhe a natureza declaratória. Segue essa classificação HUMBERTO THEODORO JÚNIOR.

Nas ações constitutivas, a sentença opera efeitos *ex nunc*, a partir de seu trânsito em julgado. Em alguns casos especiais, como o da sentença que anula um ato jurídico, reconhecendo que está inquinado por um vício de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, a eficácia se opera *ex tunc*, pois o artigo 182 do Código civil determina a restituição das partes ao *status quo ante* ou, não sendo isso possível, a indenização como equivalente. Também a eficácia da sentença que decreta a interdição apresenta peculiaridades, pois, de regra, opera-se *ex nunc*, antes mesmo de seu trânsito em julgado, conforme determina o artigo 1.184, do CPC, ao prever-lhe a produção de efeitos “ desde logo”, ainda que sujeita a recurso. (in BRITO, Ana Maria Duarte Amarante, Lições de Processo Civil – Processo de Conhecimento. Série Acadêmica . Ed. **Fortium**, Brasília – DF. 2005, págs. 39/40)

querelae nullitatis. Uns entendem que se trata de simples ações declaratórias da inexistência de uma relação jurídica, enquanto que outros consideram tratar-se de ações declaratórias de nulidade da relação jurídico-processual.

Temos que se trata de nulidade processual, pois não se pode considerar a citação como condição de existência do processo, já que uma sentença de improcedência *prima facie*, mantida com algumas alterações no novo Código de Processo Civil, em seu art. 332, se não impugnada por recurso, transita em julgado, sendo plenamente válida e eficaz, consoante bem observa MARCUS FLÁVIO HORTA CALDEIRA.¹³⁰

Trata-se de vício cujo reconhecimento prescinde de uma ação rescisória, não havendo prazo para ser argüido. Se constatado em fase de cumprimento de sentença, será argüido por meio de impugnação, como já apreciado supra, como primeiro item do rol das matérias alegáveis nessa sede. Superada essa fase, nada obsta que a pretensão seja deduzida em uma ação declaratória autônoma.

Em histórico julgado, ainda da primeira metade da década de 80, o Ministro Moreira Alves contemplou um vício transrescisório, decorrente de nulidade de ato de citação em feito que tramitara à revelia.¹³¹

Atualmente, não se reconhece *status* constitucional a esse tipo de *querela nullitatis*, remetendo-se a matéria à Corte incumbida da última palavra sobre o direito federal infraconstitucional, inclusive quanto às distinções entre o cabimento de ações anulatórias ou de rescisórias, nos termos da Súmula 636, do Supremo Tribunal Federal¹³².

¹³⁰ CALDEIRA, Marcus Flavio Horta. Coisa Julgada e Crítica à sua relativização. Thesaurus. Brasília, 2012. pág. 166.

¹³¹ AÇÃO DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA DOS ARTIGOS 485, 467, 468, 471 E 474 DO C.P.C.

Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual Código de Processo Civil - que é a de falta ou nulidade de citação, havendo revelia -, persiste, no direito positivo brasileiro, a "querela nullitatis", o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível. Recurso Extraordinário não conhecido.

(RE 96374, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 30/08/1983, DJ 11-11-1983 PP-07542 EMENT VOL-01316-04 PP-00658 RTJ VOL-00110-01 PP-00210)

¹³² SÚMULA 636: Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.

Na busca da maior realização do ideal da efetividade da justiça, o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo, embora com julgados divergentes, a fungibilidade entre a querela nullitatis e a ação rescisória, se ainda não houver se exaurido o biênio para sua propositura, após o qual só resta o manejo da ação anulatória, que não se submete a prazo decadencial¹³³.

Por se tratar de matéria envolvendo incompetência funcional, logo, absoluta, relativa aos limites do poder de julgar de cada órgão jurisdicional, há julgados mais rigorosos, que desbordam o princípio da fungibilidade, remetendo a solução de uma querela nullitatis ao juízo do primeiro grau de jurisdição, como no AgRg na Pet 10.975.¹³⁴ Trata-se de posição refratária à aplicação de princípios que norteiam o sistema de nulidades processuais, mormente os da fungibilidade, da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais, principalmente quando envolver competência originária do Superior Tribunal de Justiça, que exige enquadramento no elenco constitucional (art. 105, I). Embora tecnicamente mais correta, transparece difícil a situação de um julgador que, contemplando o pleito em uma ação rescisória, que já tramita há um tempo ponderável, julgar o autor carecedor da ação, por

¹³³ DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO INICIAL DO PRAZO DECADENCIAL. NULIDADE DE CITAÇÃO. CABIMENTO. QUERELA NULLITATIS. FUNGIBILIDADE. 1. Ação rescisória ajuizada em 18/10/2013, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 17/12/2015 e concluso ao Gabinete em 25/08/2016.

2. Cinge-se a controvérsia a decidir sobre o termo inicial do prazo de decadência para o ajuizamento de ação rescisória, bem como sobre o cabimento desta, quando fundada em nulidade de citação.

3. A decadência do direito de desconstituir, em ação rescisória, a coisa julgada material implementa-se no prazo de dois anos iniciado no dia seguinte ao término do prazo para a interposição do recurso em tese cabível contra o último pronunciamento judicial.

4. O princípio da fungibilidade autoriza que a querela nullitatis assumam também a feição de outras formas de tutela - incluindo a ação rescisória -, cuja escolha dependerá da situação jurídica em que se encontrar o interessado no momento em que toma conhecimento da existência do processo (concurso eletivo): se antes do prazo de dois anos, previsto no art. 495 do CPC/73, caberá ação rescisória ou ação de nulidade; se depois de transcorrido o biênio, somente esta, já que não é atingida pelos efeitos da decadência.

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 1600535/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016)

¹³⁴ QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA INTERNA. QUERELA NULLITATIS INSANABILIS. SEXTA TURMA.

1. Tem competência para processar e julgar a querela nullitatis o juízo que proferiu a decisão supostamente viciada. (CC 114.593/SP, da minha relatoria, Terceira Seção, julgado em 22/06/2011, DJe 01/08/2011) AGRAVO REGIMENTAL EM PETIÇÃO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ.

IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO. HIPÓTESE DE AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, II, DO CPC.

1. A competência deste Superior Tribunal de Justiça no âmbito dos processos originários não compreende a relativização da coisa julgada fora das hipóteses das revisões criminais e das ações rescisórias de seus julgados, sendo incabível o ajuizamento da ação declaratória diretamente perante este Superior Tribunal de Justiça.

2. A querela nullitatis, quando cabível, situa-se no plano da existência, não se confundindo com as questões afeitas ao plano da validade, sanáveis por meio de ação rescisória por expressa disposição legal (art. 485, II, CPC).

3. Agravo improvido. (AgRg na Pet 10.975/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015)

inadequação da via eleita, remetendo-o a uma nova e possivelmente longa jornada nas vias ordinárias.

Há julgados que distinguem os vícios rescisórios, como os decorrentes de descumprimento de disposição de lei, como por exemplo, na fixação de honorários advocatícios, dos transrescisórios, de maior gravidade, inclusive por inconstitucionalidade, invocáveis por meio de ações anulatórias.¹³⁵

Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça em que se traça importante distinção entre vícios transrescisórios e os simplesmente rescisórios, abrangendo os primeiros os *errores in procedendo* e não os *in iudicando*.¹³⁶

¹³⁵ AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 20, § 3º, DO CPC. TRÂNSITO EM JULGADO. VÍCIO DE NATUREZA RESCISÓRIA. DESCABIMENTO DA QUERELA NULLITATIS. ERRO MATERIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. DESCARACTERIZAÇÃO.

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

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

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

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

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

6. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 882.992/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 14/11/2016)

¹³⁶ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. QUERELA NULLITATIS. AVENTADA AUSÊNCIA DE EFETIVA CITAÇÃO DOS AUTORES. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA.

1. A ação de querela nullitatis é remédio vocacionado ao combate de sentença contaminada pelos vícios mais graves dos erros de atividade (*errores in procedendo*), nominados de vícios transrescisórios, que tornam a sentença inexistente, não se sanando com o transcurso do tempo.

2. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade, contradição, omissão ou erro material, consoante dispõe o artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

3. A violação ao art. 535 do Código de Processo Civil configurou-se no caso dos autos, uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração - nos quais os recorrentes apontam a existência de omissão, mormente no tocante à falta de efetiva citação dos demandados no processo de reintegração de posse -, o Tribunal não se manifestou de forma satisfatória sobre o alegado, notadamente pelo fato de ter afirmado que essa matéria já fora analisada em outros julgados, o que não ocorreu.

4. O enfrentamento da questão ventilada nos embargos de declaração é absolutamente insuperável e não pode ser engendrado pela primeira vez nesta Corte, principalmente pelo óbice da Súmula 7 do STJ.

No Código de Processo Civil revogado, essa matéria encabeçava o elenco das defesas manejáveis em impugnação, nos termos do artigo 475-L, I. Em se tratando de execuções por quantia, movidas contra a Fazenda Pública, às quais ainda não havia sido estendido o modelo de processo sincrético, era alegável em Embargos à Execução (art. 741, I). No novo Código, como já mencionado supra, em que se completou a estrutura do processo sincrético, a matéria pode ser argüida em impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525, § 1º, I), inclusive em cumprimento de sentença que reconheceu a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública (art. 535, § 1º, I).

Embora nos julgados se faça referência à inexistência de uma relação processual, como vício transrescisório, a declaração judicial que se busca, nesse sentido, reveste-se de inegável eficácia constitutiva negativa, pois, a rigor, inexistente é a relação jurídico-processual contemplada, não a decisão que emanou do processo, cuja nulidade precisa ser decretada por alguma via judicial, seja por ação anulatória, seja por meio de ação rescisória ou por impugnação ao cumprimento de sentença.

Com efeito, por ato inexistente se há de entender aquele desprovido de requisitos essenciais, como uma sentença sem assinatura ou proferida por quem não esteja investido de jurisdição, prescindindo de qualquer declaração judicial nesse sentido. No plano da validade, há de ser contemplada sua conformação às normas jurídicas regentes da espécie e, quanto à eficácia, considera-se sua aptidão para a produção de efeitos, cabendo, pois, as devidas distinções entre *existir, valer e ser eficaz*, colhendo-se as lições de MARCOS BERNARDES DE MELLO.¹³⁷ Ainda que seja empregado o verbo declarar, e é bom que assim seja, para que a eficácia se opere *ex-tunc*, não se pode negar que no pleito se busca a necessária desconstituição de uma ainda que aparente *res judicata*, por decisão judicial, necessária para obstar a produção de efeitos de uma sentença proferida em processo com vício citatório insanável.

Ainda quanto às sentenças constitutivas, deve ser mencionada sua classificação em necessárias e não necessárias. No primeiro grupo estão as situações jurídicas cuja modificação depende da intervenção do Estado-Juiz, como é o caso, por exemplo, de uma ação de

5. Recurso especial provido.

(REsp 1201666/TO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 04/08/2014)

¹³⁷ Mello, Marcos Bernardes de. In Teoria do Fato Jurídico, Plano da Validade. Editora Saraiva, S. Paulo, 2ª. Ed., 1997, pág, 11

anulação de casamento. No grupo das não necessárias, estão as que têm por objeto relações jurídicas que podem ser constituídas ou desconstituídas por acordo das partes envolvidas. Se não chegarem a um acordo, ou seja, verificando-se uma pretensão resistida à obtenção dessa modificação, cabe à parte interessada invocar a tutela jurisdicional, para a produção desse efeito por meio de uma decisão judicial.

As decisões condenatórias são as que impõem prestações e que, agora, no contexto do modelo adotado, de um processo sincrético, que afastou a necessidade de uma ação de execução *ex intervallo*, necessitam de uma fase posterior para seu cumprimento/execução, se não atendidas de forma espontânea pela parte demandada, as determinações judiciais, que podem envolver prestações de entrega de coisa, pagamento de quantia em dinheiro, de fazer e de não fazer.

PONTES DE MIRANDA divisou mais duas espécies de sentenças, inconfundíveis com quaisquer das três da divisão tradicional, as de eficácia executiva *lato sensu*, e as mandamentais, ambas com a característica comum de já ensejarem o cumprimento/execução na mesma relação processual, antes mesmo da adoção do modelo sincrético para o conhecimento e execução. A diferença entre ambas estaria no cumprimento das executivas por ato do juízo, com meios sub-rogatórios, como no caso das ações de despejo e de reintegração na posse. Já as mandamentais não comportariam, de regra, esses meios de sub-rogação, salvo nas hipóteses de possibilidade de medidas aptas à consecução de um resultado prático equivalente, pois careceriam de cumprimento por ato próprio da parte destinatária do comando sentencial, como nos casos de determinação de prestação de um fato ou de abstenção de um ato, como, por exemplo, nas decisões de interdito proibitório e de manutenção de posse. De regra, nas decisões de eficácia preponderante mandamental, a impossibilidade de uso de meios de sub-rogação decorre do respeito a garantias fundamentais, ou da divisão de funções do Estado.

Assim, seria impensável ato do juízo para impedir fisicamente o fazer proibido pelo comando sentencial, inibindo de forma concreta a movimentação da parte ré, ou, ainda, a prática de ato a ser realizado por destinatário de outro poder, como por exemplo, a nomeação de um servidor público, a ser procedida por uma autoridade administrativa competente. Para reforço do cumprimento dessas determinações, somente se admitem meios de coerção, para compelir psicologicamente o sucumbente a não desrespeitar o comando sentencial,

desestimulando o inadimplemento, pela fixação de conseqüências mais gravosas, como é o caso da fixação de astreintes ou o estabelecimento de sanções político-administrativas, como a intervenção federal em caso de descumprimento de ordem ou decisão judicial (artigo 34, VI, da Constituição) , ou a configuração de um crime de responsabilidade, por chefe de Executivo Federal (artigo 85, VII, da Constituição).

Prelecionando sobre as ações executivas, para ressaltar que conformam uma classe diferente das condenatórias, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA¹³⁸ se reporta às ações de despejo, desde os primórdios de sua disciplina nas Ordenações:

O professor Alfredo Buzaid, quando redigiu sua clássica monografia sobre ação renovatória, ao tratar da eficácia da ação de despejo, disse o seguinte: “ A ação de despejo, embora figure entre os processos especiais (Cód. Proc. Civ., art. 350 e segs.) tem natureza executiva, como observa Pontes de Miranda (Da Ação Renovatória, 1958, p. 444).

O festejado mestre de São Paulo, em nota pertinente ao texto, invoca o princípio jurídico, constante no direito luso-brasileiro e inscrito no livro 3º., tit. 30, § 3º. das Ord. Filipinas, bem como a doutrina de Pegas e Lobão, além da lição concordante do professor J. Frederico Marques.

A lição de Manoel de Almeida e Sousa, a que se refere Buzaid, tem uma importância especial não só para entender-se o sentido da sentença de despejo, mas também como problema de teoria geral, no que respeita às questões ligadas à classificação de sentenças. Na mencionada passagem, Lobão comenta o despejo previsto pelo título 24, do livro 4º., das Ordenações, cujo § 1º estabelecia a faculdade, em determinados casos, de expulsar-se o locatário sob forma tão sumária que não se necessitava sequer, requerimento justificado e nem mandado judicial. O lançar fora era realizado diretamente pelo alcaide. Ao inquilino, por tal forma sumária despejado, se entendesse ilegítima a ação (e aqui ação está em seu sentido próprio de ação de direito material, não processualizada, ante o poder jurisdicional) do locador, alegando que este afirmara maliciosamente uma justa causa inexistente, então deveria ele, inquilino, ingressar em juízo com sua ação, para retomar a posse do prédio locado (Tratado das Ações Sumarias, § 456, p. 329, Lisboa, 1867).

A invocação das Ordenações Filipinas e da lição dos mestres referidos por Buzaid bastam para assentar a existência de uma classe especial de ações e sentenças, classe específica e, pois, diferenciada das demais, a que devemos denominar sentenças executivas, ou ações executivas, já que a sentença nada mais pode ser senão a resposta jurisdicional ao pedido formulado pelo demandante, fato esse determinante de uma perfeita equivalência quanto à eficácia sentencial entre a demanda proposta e a sentença que a acolha integralmente.

Mais adiante, completa o saudoso mestre processualista sua concepção sobre a sentença executiva, *in verbis*¹³⁹:

Sentença executiva é toda aquela que contém, imanente em si mesma, como eficácia interna que lhe é própria, o poder de operar uma mudança no mundo exterior (Micheli – De La ejecución forzada – Commentario Del Código Civile (

¹³⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Sentença e Coisa Julgada, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2ª. Ed. Revista e aumentada. Porto Alegre. 1988, pág.37

¹³⁹ Op. Cit. Pág. 101.

(Scialoja-Branca), tradução argentina, 1970, p. 120), compreendida tal mudança como correspondendo a uma transferência de valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, onde tal valor deveria estar (Pontes de Miranda, Tratado das ações, cit., p. 122 e 212).

O ato executivo, então, é um ato jurisdicional de incursão no mundo dos fatos, de transformação da realidade, por meio do qual o juiz, substituindo-se ao condenado, realiza uma atividade essencial e originariamente privada.

Com a ação de despejo, por exemplo, que tem natureza executiva (cf. Alfredo Buzaid, Da Ação renovatória, 1958, p. 444), o demandante não se limita a pedir que o juiz declare rescindido o contrato de locação e lhe reconheça o direito a recobrar a posse da coisa locada, direito esse que seria exercido numa subsequente ação executória, senão que, já no pedido inicial, ao invés de pedir que o demandado seja condenado a entregar-lhe a coisa, pede logo a expedição do mandado de evacuando. A tal eficácia, chama-se efeito executivo da demanda e, pois, da respectiva sentença que a acolhe.

Esclarecendo os contornos da sentença mandamental, para distingui-la da condenatória, salienta que, nesta última, a demanda não vai além do pedido de condenação. Acrescenta, ainda¹⁴⁰:

(...) Prolatada a sentença condenatória, abre-se ensejo ao demandado para que ele espontaneamente cumpra o julgado, sob pena de sofrer a execução forçada. A incursão em sua esfera jurídica para daí retirar bens legitimamente possuídos pelo demandado, todavia, não é realizada pelo poder jurisdicional senão depois que ao próprio demandado se abre ensejo para o cumprimento espontâneo da sentença. A atividade subsequente à sentença de condenação, a que se dá o nome da execução forçada, contudo, corresponde sempre a uma atividade privada que devera ser realizada pelo demandado e que, antes a omissão deste, é executada pelo juiz. Trata-se, pois, como a doutrina unanimemente reconhece, de atividade transformadora da realidade, de execução contra o obrigado.

Traçadas essas distinções, OVÍDIO BAPTISTA passa a analisar os contornos das sentenças mandamentais, que trazem uma ordem como porção caracterizadora do conteúdo sentencial¹⁴¹:

Entretanto, essa transformação do mundo dos fatos que a atividade jurisdicional pode provocar nem sempre corresponde a uma atividade privada, e nem sempre é realizada contra o obrigado. O direito moderno conhece, como aliás o conhecia o direito romano, inumeráveis hipóteses de atividade jurisdicional nas quais o juiz, ao invés de condenar, emite uma ordem para que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa, ordem essa que se origina da própria estatalidade da função jurisdicional e nada tem a ver com a atividade privada do demandado. Tal o resultado, por exemplo, de uma ação de mandado de segurança, ou de uma ação de manutenção de posse. Nestes casos, diversamente do que ocorreria nas hipóteses em que o demandado, condenado a fazer ou não fazer alguma coisa, não o fizesse e como consequência de sua omissão ficasse sujeito a indenizar perdas e danos – o resultado da insubmissão ao comando jurisdicional, o não cumprimento da ordem contida na sentença jamais conduzirá ao sucedâneo do ressarcimento por perdas e danos. Aqui a consequência será a responsabilidade criminal por desobediência, ou outra sanção de natureza publicística, tal como ocorrerá nos casos de não cumprimento da ordem judicial contida na sentença de mandado de segurança que pode determinar a

¹⁴⁰ Idem, ibidem, págs. 102/103.

¹⁴¹ Op. Cit., pág. 103.

responsabilidade penal da autoridade desobediente, ou a própria intervenção federal, como prevê a Constituição. As conseqüências fundamentalmente diversas previstas para os casos em que o condenado a fazer alguma coisa, como seria o caso de condenar-se o pintor a executar a pintura a que se obrigada. E as hipóteses em que o juiz determine que uma outra autoridade ou mesmo um particular faça ou deixe de fazer alguma coisa, em razão do império contido na jurisdição, tal como ocorre no exemplo da ordem contida na sentença de acolhimento do mandado de segurança, definem a diferença entre sentença condenatória e sentença mandamental e entre execução forçada e mandamento, como resultado da atividade jurisdicional.

A adoção do processo sincrético, que se completou com a edição do novo Código de Processo Civil, relegou para um plano secundário as duas últimas espécies do critério classificatório de PONTES DE MIRANDA, já que, para cumprimento/execução de títulos judiciais, não mais se faz necessária a instauração de um processo de execução, com relação processual autônoma, seguindo-se uma fase de cumprimento, precedida, se necessário, por uma de liquidação do título. Todavia, o fato é que a relevância da distinção remanesce, já que nas executivas *lato sensu* propriamente ditas nem há que se falar em uma fase de cumprimento de sentença que possa ensejar o manejo de uma impugnação, nos moldes do artigo 525 da nova lei codificada. Não se abre ensejo a essa fase na execução de uma sentença de despejo ou de reintegração de posse, pois a força para que se faça valer no mundo dos fatos vem do próprio comando sentencial. O mesmo se diga das mandamentais no sentido mais estrito do termo, em que se emite uma ordem ao destinatário sucumbente, que, se descumprida, vai caracterizar, no mínimo, crime de desobediência ou de prevaricação, conforme a motivação da conduta do destinatário, além de outras sanções civis e administrativas.

Com a generalização do modelo sincrético de processo, passou-se a operar o conhecimento e o cumprimento/execução do julgado na mesma relação processual, subsistindo, todavia, as distintas modalidades de cumprimento por meios de sub-rogação ou por meios de coerção. O importante é observar que tanto as decisões condenatórias a entrega de coisa ou pagamento de quantia, como as que determinam uma prestação de fazer ou de não fazer, se não acatadas espontaneamente pela parte, ensejam a fase de execução/cumprimento, na qual, em sede de impugnação, pode ser alegada a inexigibilidade do título por inconstitucionalidade, desde que proferida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso, ou concentrado, da lei que a sentença aplicou ou da interpretação da lei, por ela adotada, antes do trânsito em julgado da decisão.

Se essa via desconstitutiva, com eficácia rescisória, pelo manejo de uma impugnação, se abre a sentenças impositivas de prestações, não se poderia, por lógica, recusar validade à via de uma *querella nullitatis*, para os demais comandos sentenciados, de eficácia preponderante meramente declaratória ou constitutiva. Nesse sentido, MÁRCIA RABELO SANDES reportava importante lição de PONTES DE MIRANDA, colhida da doutrina DE CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e de HUMBERTO THEODORO JR.:

“ Nos estudos acerca da coisa julgada inconstitucional, os doutrinadores revelam especial preocupação em viabilizar instrumentos processuais idôneos para o combate da coisa julgada inconstitucional.

Pontes de Miranda sugere: “ (a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; (b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e (c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

Humberto Theodoro, constatando que “ o exame do ordenamento jurídico nacional revela que não há nenhum mecanismo cuja previsão seja expressa para controle da coisa julgada inconstitucional”, e considerando que a opção pela tese da impossibilidade de impugnação da coisa julgada inconstitucional seria insustentável, conclui que “ Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória não sujeita a prazo, em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.¹⁴²

Na mesma esteira, é a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, também trazida à colação, pela celebrada autora, evidenciando-se, agora, claramente, que a disciplina ampliada no novo Código de Processo Civil veio atender parte dos reclamos pela maior relativização da coisa julgada inconstitucional:

“Cândido Rangel Dinamarca afirma que “ a casuística levantada demonstra que os tribunais não têm sido particularmente exigentes quanto à escolha do remédio técnico-processual ou da via processual ou procedimental adequada ao afastamento da coisa julgada nos casos em exame. Em caso de sentença proferida sem a regular citação do réu, admitiu o Supremo Tribunal Federal que esse vício tanto pode ser examinado em ação rescisória, quanto mediante embargos à execução se for o caso (Sentença condenatória) ou ainda em ‘ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença’ (voto condutor: Min. Moreira Alves). Para a hipótese específica de desobediência às regras do litisconsórcio necessário-unitário, também venho sustentando essa ampla abertura de vias processuais, cabendo ao interessado optar pela que mais lhe convenha, seja a ação rescisória, mandado de segurança se houver liquidez e certeza, ação declaratória de ineficácia, etc.¹⁴³

Vale destacar, na conclusão exposta, que MÁRCIA RABELO SANDES alinha, com a possibilidade de uma ação declaratória, o manejo do mandado de segurança contra coisa

¹⁴² *Apud* Mandado de Segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais – in Coisa Julgada Inconstitucional – Org. Carlos Valder do Nascimento e José Augusto Delgado, pág. 388

¹⁴³ *Idem*, *ibidem*

julgada inconstitucional, reputando-se o julgado como ato ilegal e abusivo de poder, para a proteção de direito líquido e certo do impetrante, se presentes os demais requisitos, como a observância do prazo decadencial de cento e vinte dias e a prova documental pré-constituída.¹⁴⁴ Trata-se de posição que esbarra, de saída, em jurisprudência assentada e sumulada do Excelso Pretório, refratária ao manejo da via heróica como sucedâneo de ação rescisória, contra decisão acobertada sob o manto da coisa julgada.¹⁴⁵ Somente em se tratando de terceiro prejudicado, contra o qual não é oponível a coisa julgada, é que se admite a impetração de Mandado de Segurança, para afastar de sua esfera jurídica decisão judicial emanada de processo de que não participou,¹⁴⁶ sem necessidade de interposição de recurso.

Nesse sentido, versa o enunciado da Súmula 202, do Superior Tribunal de Justiça: "A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso."

Divisando maior largueza para o manejo de ações declaratórias é o posicionamento de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA¹⁴⁷, sustentando que a sentença fundada em norma inconstitucional é juridicamente inexistente, por impossibilidade jurídica do pedido, cabendo ação declaratória de inexistência da sentença.

Na verdade, o que se busca nesse tipo de demanda é a eficácia constitutiva negativa de um julgado, efetivamente existente no mundo jurídico.

Antes de se cogitar da possibilidade de utilização desses instrumentos processuais extremos, ampliando em demasia as vias processuais de desconstituição de julgados inconstitucionais, que esbarram, de saída, contra posições bem assentadas na jurisprudência, importa considerar os espaços bastante alargados, possíveis, inferidos *de lege lata*, à luz, inclusive, das inovações da lei processual já apreciadas.

¹⁴⁴ Op. Cit. Pág. 389

¹⁴⁵ **SÚMULA 268** do STF: "Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado."

¹⁴⁶ TERCEIRO. MANDADO DE SEGURANÇA EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA.

NÃO INVESTE CONTRA A COISA JULGADA O MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR QUEM NÃO FOI PARTE NO PROCESSO, E ESTA SENDO EXECUTADO E QUE PODERÁ, POR ESSA VIA, OPOR LIMITES A EFICÁCIA DA SENTENÇA EXEQUENDA.

(RMS 243/RJ, Rel. Ministro GUEIROS LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/1990, DJ 09/10/1990, p. 10891)

¹⁴⁷ Apud " O Dogma da Coisa Julgada...", págs. 26/99

CONCLUSÃO

A partir da disciplina mais detalhada no novo Código de Processo Civil, da desconstituição da coisa julgada, com a ampliação da tradicional via de uma ação rescisória e o manejo de impugnação ao cumprimento de sentença, pode-se vislumbrar que, várias posições sejam repensadas e revistas, em sede jurisprudencial, mormente no Excelso Pretório.

Como já apreciada, na letra do artigo 525, §§ 12 a 15, a ampliação rescisória não se procedeu, como pode parecer à primeira vista, apenas no âmbito temporal, o que por si só já representaria um formidável alargamento das possibilidades de seu manejo, com a deflagração do biênio decadencial somente com o trânsito do acórdão do Supremo Tribunal Federal que viesse a declarar a inconstitucionalidade da lei ou da interpretação da lei em que se baseou o julgado a ser rescindido. Com efeito, a sobrecarga dos processos no Excelso Pretório tem acarretado um lapso superior a uma década ou uma década e meia entre o recebimento da petição inicial de uma ação do controle concentrado até seu julgamento final. O mesmo pode ocorrer, no controle difuso, com o retardo do julgamento de uma de suas principais vias, o recurso extraordinário, por um tempo excessivamente longo. O alarme sobre a inconstitucionalidade da situação de insegurança que pode se instaurar, no espaço de tempo entre o trânsito em julgado de uma decisão judicial, que pode padecer de inconstitucionalidade reconhecida supervenientemente, e o trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, que permita a deflagração do biênio decadencial, para o manejo da respectiva uma ação rescisória, como já visto, foi acionado na doutrina.

Dispõe, todavia, o Excelso Pretório, nessa hipótese, da faculdade de modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do que prevê o artigo 27, da Lei 9868, o que mitiga a possibilidade de ocorrer o suposto vício, *in verbis* :

“ 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 STF, 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.”

Ao se cogitar da possibilidade de manejo de ação rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do Excelso Pretório, importa aferir se houve a modulação no tempo dos efeitos da decisão. Ante essa possibilidade de modulação dos efeitos da declaração, não se

poderia argüir a inconstitucionalidade da situação de insegurança no interregno entre o trânsito em julgado da decisão rescindenda e a do Excelso Pretório, por se tratar de situação também sob o prudente controle da Corte de cúpula.

Assim, se houver questões prejudiciais, cuja solução afronte a Lei Maior, conforme vier o Supremo Tribunal Federal a decidir, poderão e, melhor pensando, deverão estar incluídas no pedido rescisório, se a decisão na Corte de cúpula for superveniente ao trânsito em julgado da sentença rescindenda. O biênio decadencial se deflagrará a partir do trânsito em julgado da decisão declaratória de inconstitucionalidade, proferida tanto no controle difuso, como por exemplo, no julgamento de um recurso extraordinário em casos concretos, ou mesmo em processos da competência originária do Supremo Tribunal Federal, como nas ações de controle abstrato de constitucionalidade de lei, em que a declaração é *principaliter*. Se anterior, confere-se eficácia rescisória à impugnação ao cumprimento/execução do julgado, ou, se não contiver determinação de uma prestação, em se tratando de eficácia preponderantemente declaratória ou constitutiva, por meio de uma *querella nullitatis*, pois onde está a mesma razão da lei, aí residirá o mesmo fundamento para sua aplicação.

Ampliam-se, pois, os horizontes da impugnação da coisa julgada, quanto aos seus limites objetivos e temporais, sendo defensável que também se possa cogitar do manejo da *querella nullitatis*, nos casos em que a eficácia sentencial não demande a fase de cumprimento, para sua efetivação, como é o caso das decisões de eficácia preponderantemente declaratória ou constitutiva.

Somente contemplando caso a caso é que se pode, em caráter de excepcionalidade, admitir a desconstituição da coisa julgada fora dos meios contemplados na lei ou dela claramente inferidos, ou simplesmente sua desconsideração, ao se deixar de acolher a matéria defensiva, argüida em preliminar de uma contestação e até conhecível de ofício, como ocorreu em julgamentos de ações investigatórias de paternidade, ao se generalizar o acesso à prova pericial decisiva. Simplesmente, deu-se prosseguimento a demandas, já com o mérito decidido em anteriores, principalmente aquelas com desate desfavorável ao autor investigante.

Pode-se conceber mais facilmente a desconstituição da coisa julgada a partir da admissibilidade de uma ação declaratória de nulidade, quando manejável em hipóteses em que caberia a impugnação ao cumprimento de sentença, se esta fosse de prestação. Nem seria necessária ação específica para tanto, bastando que seja deduzida a pretensão anulatória em

juízo, na esteira da corrente hermenêutica que sustenta não se cuidar de eficácia natural de uma declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou interpretação de lei, pelo Supremo Tribunal Federal, a simples desconstituição de decisões que nelas tenham fundamento.

Nunca é demais repetir: onde houver a mesma razão da lei, aí estará a mesma disposição legal e, portanto, a razão de decidir. O valor segurança sempre haverá de ser cotejado com outros de igual dimensionamento constitucional, como o da isonomia e o da supremacia da Constituição, ante uma pretensão de que seja simplesmente desconsiderada ou desconstituída a coisa julgada.

REFERÊNCIAS

- BACHOFF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? Ed. Almedina. Brasil. 1994.
- BARBOSA MOREIRA, Questões prejudiciais e coisa julgada, Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília Jurídica, 2ª. Ed. Brasília, 2.000.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional - São Paulo Saraiva, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro. BRITO, Ayres. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais, São Paulo: Saraiva, 1982.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Renovar. 2008. p.1-48.
- BRITO, Ana Maria Duarte Amarante. Lições de Processo Civil. Processo de Conhecimento. Ed. Fortium. Brasília-DF. 2005.
- BUZAID, Alfredo. Do Agravo de Petição no sistema do Código de Processo Civil. Ed. Saraiva, 2ª. Ed., 1956.
- CALDEIRA. Marcus Flávio Horta. Coisa Julgada e Crítica a sua Relativização. Ed. Thesaurus. Brasília. 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Lúmen Júris Editora, 17ª. Edição.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I, 3ª. Ed., Bookseller, Campinas, S. Paulo, pág. 430.
- DANTAS, Ivo. LACERDA. Rafaella Maria Chiappetta de Lacerda. Teoria da Inconstitucionalidade. Norma Constitucional Inconstitucional. Coisa Julgada Inconstitucional. LtR s. Paulo. 2007. Pág. 45
- 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. Pág. 105/159. apud
- GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional. Ed. Saraiva-S. Paulo, Saraiva, 2009, Série IDP, pág. 202.
- NASCIMENTO Carlos Valder do, DELGADO José Augusto – Organizadores. Coisa Julgada Inconstitucional. Ef - Editora Fórum, Belo Horizonte, 2ª. Edição, 2008.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, CARNEIRO, Leonardo José. Curso de Direito Processual Civil. 3 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2007, vol. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil v. III 6. Ed. São Paulo: Malheiros 2009, pág. 370.
- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LENZA, Pedro, in Teoria Geral da Ação Civil Pública, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2003, pág. 215
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença. 3ª. Ed., Forense, Rio de Janeiro. 1984.
- MACCORMICK, Neil - Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria geral das ações coletivas. 3 ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARINONI, ARENHART- MITIDIERO. Novo Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais. S. Paulo. 2016.

MARINONI, Luis Guilherme. Relativizar a Coisa Julgada Material - In www.abdpc.org.br/artigos/LuizMarinoni, acesso em 24.08.2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. Ed. Revista dos Tribunais. S. Paulo. 2008.

MARINONI, Luis Guilherme. Relativizar a coisa julgada material? In www.abdpc.org.br/artigos/LuizMarinoni, acesso em 24.08.2016; <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LuizMarinoni>

Mello, Marcos Bernardes de. In Teoria do Fato Jurídico, Plano da Validade. Editora Saraiva, S. Paulo, 2ª. Ed., 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado 8. ed. São Paulo:R. dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Paulo Mendes, Coisa Julgada e Precedente. Limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. Ed. Revista dos Tribunais, 2.015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. 2 ed. amp. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PONTES DE MIRANDA. Tratado da Ação Rescisória. Ed. Forense, Rio de Janeiro. 1976. 5ª. Ed. Págs. 66/67.

PORTO, Sergio Gilberto . USTÁRROZ, Daniel. Considerações sobre a defesa da Constituição frente à coisa julgada. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008. Apud TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. LONGO, Luis Antônio Longo (Coordenadores). A Constitucionalização do Direito. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 2008.

SANDES, Márcia Rabelo. Mandado de Segurança contra coisa julgada inconstitucional: admissibilidade e aspectos processuais. Apud NASCIMENTO Carlos Valder do, DELGADO José Augusto – Organizadores. Coisa Julgada Inconstitucional. Ef - Editora Fórum, Belo Horizonte, 2ª. Edição, 2008.

SANTOS, Christianine Chaves. Ações Coletivas e Coisa Julgada. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. Ed. Saraiva, 4ª. Ed., 1996, S. Paulo.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. in Curso de Processo Civil. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre. 1986. Vol. I.

SILVA, Ovídio A. Baptista da Sentença e Coisa Julgada, Sérgio Antono Fabris Editor, 2ª. Ed. Revista e aumentada. Porto Alegre. 1988, pág.37

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

TALAMINI, Eduardo. - Coisa Julgada e sua Revisão. Ed. Revista dos Tribunais. S. Paulo. 2004.

- 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.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. LONGO, Luis Antônio Longo (Coordenadores). A Constitucionalização do Direito. Sérgio Antonio Fabris Editor

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Sentença e Coisa Julgada. LTR . Cadernos de Processo Civil. N. 15. S. Paulo. 1999, pág. 13.

THEODORO JR., Humberto. “A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional”, Revista Brasileira de Estudos Politicos, 89, jan.-jun. 2004, Belo Horizonte (MG), p. 9495).

THEODORO JR. , Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. In NASCIMENTO, Carlos Valder do. DELGADO. José Augusto (org. ef. Ed. Fórum. Belo Horizonte, 2ª. Ed., 2008, pág. 163/164.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia -O Dogma da Coisa Julgada - Hipóteses de Relativização, – Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo. 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Tribunais, S. Alvim e outros. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Ed. Revista dos Paulo, 2015.

ZAVASCKI. Teori Albino. - Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único, do CPC. Apud NASCIMENTO Carlos Valder do, DELGADO José Augusto – Organizadores. Coisa Julgada Inconstitucional. Ef - Editora Fórum, Belo Horizonte, 2ª. Edição, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. Ed. Revista dos Tribunais, S.Paulo. 2001, págs. 116/117.

Julgados referidos:

Edcl no AgRg no REsp 1225006/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 25/09/2015.

589513 ED-EDv-AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016)

590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.(AR 1415 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 28-04-2015 PUBLIC 29-04-2015

AgRg no AREsp 197.010/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012

RMS 243/RJ, Rel. Ministro GUEIROS LEITE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/1990, DJ 09/10/1990, p. 10891

AI 654291 AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 19-02-2016 PUBLIC 22-02-2016

ARE 752371 AgR / RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª. Turma, publ. em 03-08-2015.

REsp 784.799/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010

AR 4.112/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 26/04/2013)

REsp 300.084-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 2ª Seção, julgado em 28/4/2004).

REsp 653.942/MG, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 28/09/2009)

AgInt no AREsp 342.926/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017

RE 589513 ED-EDv-AgR-ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016

Reclamação 4335-AC. Rel. Ministro GILMAR MENDES. DJe nº 208 Divulgação 21/10/2014 Publicação 22/10/2014 - Ementário nº 2752 - 1

TALAMINI, Eduardo. Coisa Julgada e Sua Revisão. Ed. Revista dos Tribunais. S. Paulo. 2003.

(ADI 2418, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 16-11-2016 PUBLIC 17-11-2016

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 730.462 SÃO PAULO, julgado em 28/05/2015 – Relator: Ministro Teori Zavascki

RE 96374, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 30/08/1983, DJ 11-11-1983 PP-07542 EMENT VOL-01316-04 PP-00658 RTJ VOL-00110-01 PP-00210 REsp 1600535/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016

AgRg na Pet 10.975/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015

AgInt no AREsp 882.992/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 14/11/2016

REsp 1201666/TO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 04/08/2014

REsp 1155793/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 11/10/2013

REsp 445.664/AC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 03/09/2010

(REsp 1665484/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 20/06/2017

REsp 1524123/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 30/06/2015

STJ, Resp 1.026.234/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 11.6.2008.

AR 1578 / PR – STF – Tribunal Pleno. Rel. Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 26/03/2009

Publicação DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009

AR 1415 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 28-04-2015 PUBLIC 29-04-2015