

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito / Programa de Pós-Graduação em Direito

Ismael Fernando Poli Villas Boas Júnior

**A SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE
NORMA COMO CAUSA DE RESCISÃO**

Belo Horizonte

2020

Ismael Fernando Poli Villas Boas Júnior

**A SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE
NORMA COMO CAUSA DE RESCISÃO**

Dissertação apresentada perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, linha de pesquisa “Direitos humanos e Estado democrático de direito: fundamentação, participação e efetividade”, área de estudo “Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro”, como requisito de aprovação no curso de Mestrado em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves

Belo Horizonte

2020

Villas Boas Junior, Ismael Fernando Poli

V726s A superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como
causa de rescisão / Ismael Fernando Poli Villas Boas Junior. — 2020.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito processual – Teses 2. Coisa julgada – Teses
3. Garantia (Direito) – Teses 4. Controle da constitucionalidade – Teses
I. Título

CDU(1976) 347.953

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.



DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. ISMAEL FERNANDO POLI VILLAS BOAS JÚNIOR

Aos seis dias do mês de março de 2020, às 09h00, no Auditório Orlando Magalhães Carvalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Antônio do Passo Cabral (UERJ) e Prof. Dr. Érico Andrade (UFMG), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado do **Bel. ISMAEL FERNANDO POLI VILLAS BOAS JÚNIOR**, matrícula nº **2018653223**, intitulada: "**A SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA COMO CAUSA DE RESCISÃO**". Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador do candidato, Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Prof. Antônio do Passo Cabral, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Prof. Antônio do Passo Cabral, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Érico Andrade e Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (orientador do candidato/UFMG)

Conceito: *aprovado com nota 100,0 (cem)*

Prof. Dr. Antônio do Passo Cabral (UERJ)

Conceito: *Aprovado com nota 100 (cem)*

Prof. Dr. Érico Andrade (UFMG)

Conceito: *Aprovado com nota 100 (cem)*



A Banca Examinadora considerou o candidato.....^{aprovado}, com nota.....^{100,0}..... Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, Presidente da Mesa e Orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (orientador do candidato/UFMG)


Prof. Dr. Antônio do Passo Cabral (UERJ)


Prof. Dr. Érico Andrade (UFMG)


- **CIENTE:** Ismael Fernando Poli Villas Boas Júnior (Mestrando)

*Ao Paulo e a Hanna, por ouvirem, além da
conta, sobre a coisa julgada.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à UFMG, por ter me oferecido, gratuitamente, riquezas incalculáveis. Nunca imaginei que regressaria tão cedo à Vetusta Casa; tão logo completados os cinco anos de graduação, que tanto me ensinaram, a vida me concedeu mais dois, que tanto mais me engrandeceram. Ser-lhe-ei sempre grato: por ora, retribuo com o melhor produto que logrou minha dedicação.

Agradeço ao prof. Gláucio Maciel, orientador, não só na função, mas na postura. A admiração que inspira vem do seu gênio acadêmico e, também, da gentileza, seriedade e tranquilidade no trato pessoal. O exemplo que dá, como professor e magistrado, confere a esperança de que, fossem mais como ele, nas posições que ocupa, o mundo seria certamente um lugar melhor.

Agradeço aos demais professores da casa, em especial ao prof. Érico Andrade, à prof^a. Renata Maia, ao prof. João Alberto, à prof^a. Mônica Sette e ao prof. Fernando Jayme, que fizeram desses dois anos um período de virtuoso aprendizado e de agradabilíssima convivência.

Agradeço aos colegas, notadamente os “imparáveis” Pedro Freitas, Behlua Maffessoni, Luciana Silva, Iago Batista, Délio Mota Jr. e Guilherme Leroy, e à Des. Hilda Teixeira, que, aprovados no mesmo concurso, estiveram comigo desde o início e compartilharam das alegrias e desafios dessa inesquecível trajetória pela pós-graduação.

Agradeço aos meus pais, “Nando e Ude”; já lhes disse, outrora, que vocês são fonte inesgotável de carinho e suporte. Essa fonte continua abundante e cada vez mais exuberante. Eis que minha admiração só cresce, quando recebo a diária sensibilidade e atenção de meu pai e reflito, ainda incrédulo, que minha mãe estava grávida de mim (e trabalhava em diversos locais) quando obtive o título de doutora: guerreira.

Agradeço a Hanna, cuja presença e companhia já é motivo para querer ser melhor; aos meus irmãos, Pedro e Paulo, e aos meus avós, Joaquim Ismael e Cleuza, Dênio e Glória (*in memoriam*), pois família é o que dá sentido a tudo isso.

O que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza que é ele em sua vida. (Cármem Lúcia, 2004).

RESUMO

Trata-se de análise da constitucionalidade da ação rescisória baseada na superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica pelo STF, prevista pelos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15. Traça-se um histórico dos dispositivos, remontando às discussões sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional e recorta-se o problema, para identificá-lo nos efeitos do juízo constitucional vinculante sobre os casos julgados. Ao final, refutam-se as teorias que pretendem uma quebra atípica da *res judicata* e formula-se uma interpretação conforme à Constituição da norma dos mencionados artigos. A pesquisa é teórica, jurídico-dogmática e parte do raciocínio lógico-dedutivo para aferir a adequação da hipótese rescisória com relação à segurança jurídica. O trabalho contém estudo do direito estrangeiro sobre o tema, notadamente dos sistemas alemão, italiano e português, que auxiliaram a compreensão da lei brasileira.

Palavras chave: Coisa julgada. Ação rescisória. Segurança jurídica. Declaração de inconstitucionalidade. Jurisdição constitucional.

ABSTRACT

This is an analysis of the constitutionality of the rescissory action based in supervining declaration of a norm's unconstitutionality by the Supreme Court, according to Civil Procedure Code' sections 525, §15, e 535, §8º. It draws the history of the provisions, back to the discussions about the relativization of unconstitutional claim preclusion and resets the problem to the effects of binding constitutional jurisdiction over the closed cases. In the end, it refutes the theories which intended to atypically break *res judicata* and it formulates a Constitutional compliant interpretation of the aforementioned provisions. It is a theoretical and legally dogmatic research, that follows a logic-deductive reasoning to ascertain the rescissory cause suitability in relation to legal certainty. The work contains foreign law studies, namely of the german, italian and portuguese systems, which proved worthy to aid the understanding of the brazilian law.

Key words: Claim preclusion. Rescissory action. Legal certainty. Declaration of unconstitutionality. Constitutional jurisdiction.

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------|--|
| ADI | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| ADPF | Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BVerG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerGG | Bundesverfassungsgerichtsgesetz |
| BGB | Bürgerlichesgesetzbuch |
| CP | Código Penal |
| CPC/39 | Código de Processo Civil de 1939 |
| CPC/73 | Código de Processo Civil de 1973 |
| CPC/15 | Código de Processo Civil de 2015 |
| FPPC | Fórum Permanente de Processualistas Cíveis |
| LINDB | Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro |
| Resp | Recurso Especial |
| RE | Recurso Extraordinário |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 21 |
| 1 TEMPO E DIREITO..... | 25 |
| 2. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL..... | 19 |
| 2.1 Coisa julgada..... | 30 |
| 2.1.1 A coisa julgada como instrumento de realização da segurança jurídica..... | 30 |
| 2.2 A relativização da coisa julgada..... | 34 |
| 2.2.1 Relativização técnico-jurídica..... | 38 |
| 2.2.1.1 Constitucionalidade e coisa julgada como antecedente e consequente..... | 38 |
| 2.2.1.2 A inexistência jurídica..... | 40 |
| 2.2.1.3 O paradigma da segurança-continuidade..... | 42 |
| 2.2.2 A relativização axiológica..... | 46 |
| 2.2.2.1 A eticidade do Direito e a moralidade..... | 46 |
| 2.2.2.2 A injustiça da sentença e a ponderação de valores..... | 47 |
| 2.3 Críticas à teoria..... | 54 |
| 2.3.1 Apontamentos terminológicos e coisa julgada como <i>point of no return</i> | 54 |
| 2.3.2 A postura de direito material..... | 56 |
| 2.3.3 A justiça como conceito performativo e argumento totalitário...58 | |
| 2.3.4 Função sociológica da coisa julgada..... | 63 |
| 2.3.5 Segurança jurídica e eficácia preclusiva da coisa julgada..... | 64 |
| 2.3.6 Algumas concessões dos críticos..... | 66 |
| 2.4 Repercussões legislativas e jurisprudenciais..... | 68 |
| 2.4.1 Da Medida Provisória nº 1997/37 de 2000 ao CPC/15..... | 68 |
| 2.3.2 Da jurisprudência..... | 75 |
| 2.5 Considerações sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional..... | 79 |
| 2.5.1 A coisa julgada: atributo essencial e exclusivo da jurisdição e indispensável à existência de um discurso jurídico?..... | 81 |
| 2.5.2 A eficácia preclusiva da coisa julgada e perspectivas para o paradigma da segurança-imutabilidade..... | 89 |

| | |
|---|------------|
| 2.5.3 A inexistência jurídica..... | 94 |
| 2.5.4 A injustiça da sentença..... | 102 |
| 2.5.5 A inconstitucionalidade da sentença..... | 120 |
| 2.5.6 A impossibilidade de uma relativização atípica da coisa julgada..... | 136 |
| 2.6 A redução do problema: efeitos do juízo constitucional vinculante sobre a coisa julgada..... | 141 |
| 3 OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA JURÍDICA SOBRE A COISA JULGADA NO DIREITO ESTRANGEIRO: ALEMANHA, ITÁLIA E PORTUGAL..... | 148 |
| 3.1 Alemanha..... | 148 |
| 3.2 Itália..... | 156 |
| 3.3 Portugal..... | 159 |
| 3.4 Considerações..... | 161 |
| 4 A AÇÃO RESCISÓRIA DOS ARTS. 525, §15, E 535, §8º DO CPC/15..... | 166 |
| 4.1 Ação rescisória..... | 166 |
| 4.2 Juízo rescindente..... | 170 |
| 4.2.1 Decisão que se baseia em norma posteriormente declarada inconstitucional | 175 |
| 4.2.1.1 Decisão que deixa de aplicar norma posteriormente declarada constitucional..... | 179 |
| 4.2.1.2 Controle difuso ou concentrado..... | 183 |
| 4.2.2 Decisão exequenda..... | 185 |
| 4.2.2.1 Eficácia condenatória..... | 186 |
| 4.2.2.2 Instrumento do executado..... | 190 |
| 4.2.3 Reconvenção..... | 191 |
| 4.2.4 Modulação dos efeitos da rescisão..... | 192 |
| 4.3 Juízo rescisório..... | 198 |
| 4.4 Prazo decadencial..... | 202 |
| 4.5 Direito intertemporal | 208 |
| 4.6 A relação da ação rescisória em estudo com a impugnação ao cumprimento de sentença e com a ação rescisória por violação de norma jurídica..... | 210 |
| 4.6.1 A inaplicabilidade da Súmula n.º 343 do STF..... | 217 |

| | |
|---|------------|
| 4.7 A constitucionalidade do dispositivo | 220 |
| 4.7.1 As críticas..... | 220 |
| 4.7.1.1 O sistema difuso de controle de constitucionalidade, o <i>jus proprium</i> do poder Judiciário e o discurso das fontes..... | 220 |
| 4.7.1.2 <i>Jus superveniens</i> e coisa julgada <i>sub conditione</i> | 222 |
| 4.7.1.3 Prêmio ao executado recalcitrante..... | 224 |
| 4.7.2 Considerações..... | 225 |
| 4.7.2.1 A finalidade do processo: tutela do direito material..... | 225 |
| 4.7.2.2 A finalidade da coisa julgada: segurança jurídica..... | 229 |
| 4.7.3 Uma tênue constitucionalidade: proposta de interpretação conforme à Constituição..... | 238 |
| 5 CONCLUSÕES..... | 248 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 251 |

INTRODUÇÃO

O foco dessa dissertação está na peculiar ação rescisória prevista, inovadoramente, pelos arts. 525, §15, e 535, §8º, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15): pretende-se investigar seu sentido e alcance normativo, bem como a sua constitucionalidade. Trata-se de modalidade de rescisão cabível quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgar a inconstitucionalidade de norma jurídica, de forma superveniente ao trânsito em julgado da decisão rescindenda.

A investigação não poderia ser mais atual ou relevante. Logo à primeira vista, salta aos olhos a singularidade da disciplina do prazo decadencial da hipótese rescisória: dois anos, contados, não do trânsito em julgado da decisão rescindenda, mas do trânsito em julgado da decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade de norma jurídica. Em breve síntese, considerando que o controle concentrado de constitucionalidade não é limitado temporalmente, pois as ações diretas e declaratórias e de arguição de descumprimento de preceito fundamental não se sujeitam a prazo prescricional ou decadencial, é lícito perquirir se essa disciplina rescisória não seria sobremaneira ofensiva à segurança jurídica. Essa última encontraria concretização na coisa julgada, a qual, por sua vez, estaria sendo colocada indefinidamente sob condição resolutiva de um posicionamento do STF em sentido contrário ao da sentença.

Não é de se subestimar a importância da segurança jurídica, que é, ao mesmo tempo, elemento conformador do próprio direito e princípio constitucional de mais alto relevo. Daí que, se as normas que preveem a ação rescisória não se compatibilizam com as exigências da segurança jurídica, tornam-se, por isso, incompatíveis com a própria Constituição. Então, mostra-se pertinente e necessária a análise da constitucionalidade dos arts. 525, §15, e 535, § 8º, do CPC/15.

Embora se tenha divisado, com facilidade, a natureza dos desafios trazidos pelos dispositivos, não puderam eles ser submetidos, ainda, a sistemática e consistente jurisprudência. Para que os tribunais pátrios sejam chamados a dar-lhes interpretação, é preciso que seja percorrido todo um caminho jurídico: em primeiro lugar, uma decisão condenatória há de transitar em julgado após a entrada em vigor do novo código; em segundo lugar, o STF

há de declarar, com efeitos *ex tunc*, a inconstitucionalidade da norma na qual a decisão se baseou, exclusivamente; em terceiro lugar, o interessado, a quem lhe foi dado prazo decadencial de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão do STF, e em face de quem corre cumprimento de sentença, deve exercer o direito potestativo de rescindir a decisão. Por isso, e considerando a entrada em vigor do CPC em 2016, não houve realmente tempo hábil para a consolidação de qualquer jurisprudência sobre a correta exegese dos dispositivos.

Estabelecido o problema principal que move a presente dissertação, que é a constitucionalidade, à luz da segurança jurídica, dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, percebe-se que a sua análise não pode prescindir de dois prolegômenos, que se constituem em objetivos específicos do trabalho.

O primeiro deles se refere à abordagem das teorias da relativização da coisa julgada, que tanto animaram o meio acadêmico nacional na primeira década deste século XXI. Não tanto porque os dispositivos citados se esgotem nesse âmbito dogmático – como se verá, sequer se pode afirmar que a ação rescisória em comento represente um trunfo das correntes relativistas –, mas porque sua introdução no direito positivo é fruto de uma depuração legal do saldo das discussões doutrinárias e interpretações pretorianas sobre esse assunto. Dessa forma, a adequada compreensão do produto legislativo somente pode ser feita a par do histórico da controvérsia sobre a “coisa julgada inconstitucional” e sua relativização, ainda que seja para distingui-lo dessas propostas, separando o joio do trigo.

A segunda preliminar cinge-se a um breve estudo do direito estrangeiro, notadamente dos ordenamentos alemão, italiano e português, para se entender como esses sistemas lidam com os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica sobre os casos julgados. A sua importância jaz na circunstância de que uma norma alemã foi a grande inspiração do dispositivo brasileiro, enquanto o direito dos dois outros países foi utilizado como referência para a parcela da doutrina que passou a criticar a disciplina do nosso código.

Assim, a primeira parte do trabalho consiste no cotejo analítico das diversas teorias reduzíveis ao rótulo de relativizadoras e as críticas que elas receberam. A consideração desse tema permite delimitar precisamente a

presente pesquisa: a superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica como causa rescisória. A segunda parte refere-se, então, ao já mencionado estudo de direito estrangeiro e, por fim, na última parte do trabalho, passa-se ao aprofundamento da leitura dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, com vistas à formulação de sua interpretação conforme à Constituição.

A pesquisa se desenvolve majoritariamente pela abordagem jurídico-dogmática, em que analisado o problema sob o ponto de vista normativo, isto é, de forma interna ao próprio ordenamento jurídico, seus princípios e regras. Apesar de se verificarem algumas interseções interdisciplinares, especialmente quando se trata sociologicamente da função da coisa julgada enquanto garantia de proteção à confiança, isso não é suficiente para alterar a predominância da dogmática no trabalho.

Vale-se, notadamente, por dados primários e secundários. Entre os primeiros, destaca-se a legislação e a jurisprudência. Em relação aos últimos, será pertinente e preponderante a utilização da literatura especializada, com recurso a livros e artigos doutrinários, mormente aqueles atinentes ao estudo da segurança jurídica, dos institutos processuais e da problemática da coisa julgada inconstitucional.

A linha de raciocínio é hipotética, dedutiva e comparativa. O caráter hipotético se refere ao móvel da própria pesquisa, que é a impressão / conhecimento prévio de que o dispositivo dos arts. 525, §15º, e 535, §8º, do CPC/2015, poderia, pelas suas peculiaridades em relação à disciplina geral da coisa julgada e da ação rescisória, representar ofensa à segurança jurídica. Essa expectativa é confrontada pela pesquisa e seguida pela propositura de soluções (como a interpretação conforme a Constituição) e seu falseamento. A dedução corresponde ao recurso da compreensão de um tema amplo e genérico, como a relativização da coisa julgada, para obter respostas sobre tema particular, como a específica ação rescisória por declaração superveniente de inconstitucionalidade de norma jurídica. Por fim, a comparação é feita entre o tratamento dado pelos sistemas jurídicos alemão, italiano e português aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada e a disciplina brasileira do CPC/15 sobre o mesmo assunto.

Por fim, é necessário um derradeiro esclarecimento introdutório. Em algumas passagens do trabalho, é possível que se cometa algum excesso

argumentativo, o qual pode transparecer falsa impressão do apreço que se tem pelos autores e juristas envolvidos. Entretanto, se isso infelizmente ocorrer, impõe-se, desde já, esclarecer que não se trata de ausência de respeito e admiração pelos doutrinadores de cuja produção acadêmica eventualmente se discordou. Aproveita-se a oportunidade para, inclusive, reiterar esses sentimentos, lembrando-se que, num contexto científico, a exata medida de respeito a uma obra e a seu autor se dá pelo tempo e esforço despendido para a sua crítica racional.

1 TEMPO E DIREITO

Principia-se pela relação entre tempo e direito, essencial.

O tempo somente pode ser visto como uma instituição social quando deixa de ser algo simplesmente transcendente ou psíquico e se torna algo manipulável, classificável, definível e limitável pelo homem. Apenas assim, ele despe-se da abstração típica do que é eterno e inefável, para ser algo eminentemente humano. A sua medição por horas e datas procede, antes de tudo, de representações mentais de projeção de valor, decorrentes de uma construção deliberada, que se denomina “temporalização”¹. Nesse processo, o tempo se “temporaliza”, uma vez que “não permanece mais exterior às coisas, como continente formal e vazio, mas participa de sua própria natureza”. O direito, por sua vez, é instrumento de institucionalização social por excelência, ao pretender reger e ordenar as relações sociais, dando-lhes sentido e autonomia. Com isso, estabelece-se uma relação dialética entre tempo e direito: “o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituidora do direito. Mais precisamente, o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui”².

O tempo, revelado pelo direito, adquire atributos: tempo curto, tempo longo, tempo perdido e concedido, aquisitivo e extintivo. Por outro lado, ao direito instituído pelo tempo agrega-se um requisito: a confiança. Inserido no tempo e por ele instituído como força regulamentadora, o direito passa a contar com esse pressuposto necessário à sua missão precípua: enquanto normatividade abstrata, ele precisa, antes de mais nada, ser acreditado, ao longo do tempo. Ao se deparar com a dinâmica do tempo em todas as coisas, a sociedade precisa encontrar no direito um regramento em que possa confiar, para reduzir a angústia da incerteza sobre o valor atribuível, hoje, aos fatos que foram e aos fatos que serão. Por isso afirma-se ser “a temporalização da expectativa o próprio sentido da positivação do direito”, de modo que “a redução ou a

¹ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 21.

² *Idem*. p. 13.

estabilização dessas expectativas ou pretensões sociais, no nível temporal, equivale à normatização”³.

Essa atividade típica do direito, de dominação axiológica dos fatos, num primeiro momento, e ordenação deontológica, num segundo, está perenemente sujeita à “destemporalização”, ou seja, ao relacionamento de fenômenos pertencentes ao tempo passado e ao tempo futuro. Na verdade, a instantaneidade é inatingível à normatividade jurídica, que sempre pretende regulamentar, discronicamente, no tempo presente, elementos pertencentes ao passado e ao futuro.

Por isso, não pode a norma incidir, senão em distópica teoria, sobre uma facticidade estática, mas apenas sobre uma dinâmica social, marcada pela continuidade e ruptura das instituições temporalizadas, ou seja, pela “ligação e desligamento” do tempo. Isso pode se dar, conforme François Ost, por meio de quatro tempos: sobre o passado, por memória e perdão; sobre o futuro, pela promessa e pela retomada da discussão. Explica o autor:

“a memória que liga o passado, garantindo-lhe um registro, uma fundação e uma transmissão. O perdão, que desliga o passado, imprimindo-lhe um sentido novo portador de futuro. [...] a promessa, que liga o futuro através dos comprometimentos normativos, desde a convenção individual até a Constituição, que é a promessa que a nação fez a si própria. O questionamento, que em tempo útil desliga o futuro, avisando operar as revisões que se impõem, para que sobrevivam as promessas na hora da mudança”⁴.

Trata-se de categorias tanto normativas, quanto temporais, e interagem dialeticamente no presente, mas não de forma estanques, pois há tensão interna em cada uma delas: “há muito de esquecimento na memória e muito de memória no perdão; do mesmo modo, há muito de indeterminação na promessa e muito de fidelidade na revisão”⁵.

A forma como as normas lidam com essas categorias, às quais é impossível a pretensão de linearidade temporal, atrai a “intertemporalidade informada pelos conflitos, provocando a tensão entre segurança jurídica e justiça

³ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 71.

⁴ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 17.

⁵ *Idem*. p. 18.

ou o denominado conflito de leis no tempo”, o que somente se resolve mediante “o ajustamento do plano normativo ao da facticidade no entretempo jurídico”. Exige-se, então, uma operação jurídica que “leve em conta as noções de tempo capazes de explicar a historicidade do direito, da norma, dos sujeitos envolvidos e da sociedade a que se refere”⁶. Por isso, “os móveis de segurança jurídica e de justiça que propulsam o direito [...] e a necessidade de combinar a dinâmica dos fatos da vida e a evolução da normatividade” tornam indispensável a discussão da retroatividade jurídica e do direito intertemporal, “no qual as múltiplas temporalidades devem ser levadas em conta na construção da solução adequada, à sua vez, igualmente temporalizada”⁷.

Tudo isso converge num nível ainda mais profundo de complexidade ou de destemporalização, referente não mais à tensão entre fatos e normas, mas decorrente da própria dinâmica da concretização do direito. É dizer, a realização do direito não se satisfaz com a mera transposição de fatos às normas, pois a hermenêutica jurídica não é monofásica ou subsuntiva, mas opera em dois momentos: “no primeiro deles caminhamos do texto até a norma jurídica”, enquanto no segundo “caminhamos da norma jurídica até a norma de decisão”⁸. Destarte, a jurisdição e o processo judicial são caracterizados por uma tripla temporalidade: dos fatos, da norma abstrata e da norma concreta. É certo, ainda, que nenhum desses elementos se permite capturar estaticamente: pessoas e coisas mudam, leis se revogam e decisões se revisam. Eis o colosso, incrivelmente rico e desafiador, da tarefa do direito: conferir segurança e justiça às relações sociais no tempo jurídico multifacetado.

Assentada a noção de que o processo judicial ostenta uma temporalidade própria e tripla, é de se acrescentar que a própria função jurisdicional, exercida por meio do processo, recebe *inputs* de temporalidades que lhe são externas. Vale dizer, o tempo processual não é o mesmo tempo da economia ou da política e por isso faz sentido a impressão, sentida por observadores de outros sistemas sociais, de que “a justiça é lenta”⁹. A autonomia existente entre os sistemas não

⁶ PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 88.

⁷ *Idem*, p. 91/92.

⁸ GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 18

⁹ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Direito e Tempo*. In JAYME, Fernando Gonzaga; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Máira Terra (Org). *Processo civil: novas tendências*:

impede que a discrepância entre a temporalidade do sistema processual e dos demais sistemas seja um problema a ser enfrentado pelo primeiro. Se a função da jurisdição envolve a composição de conflitos, uma discronia temporal muito acentuada pode fazer com que a sentença, ou seja, a solução do litígio, venha quando já não haja mais conflito a ser resolvido: por exemplo, o atraso na tutela do direito pode se deparar com o perecimento do direito a ser tutelado¹⁰.

Nesse sentido, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves leciona que a própria criação de procedimentos especiais, como os possessórios e cautelares, é representativa de uma reação do sistema processual à necessidade de um tratamento do tempo do processo de forma adequada ao direito material envolvido¹¹. O autor fala, então, na existência de um verdadeiro direito ao tempo: a temporalidade adequada¹² do processo seria um corolário do devido processo legal material, na medida em que “a adequação da prestação jurisdicional dá-se, também, no tempo” e, com isso, ao jurisdicionado assistiria um direito subjetivo ao tempo processual. A realização desse direito significaria o “acoplamento estrutural entre os sistemas sociais”¹³.

O direito subjetivo à adequada temporalidade processual é, portanto, integrante do devido processo legal e diz respeito, em última análise, ao sucesso do processo na missão de conferir justiça e segurança jurídica às relações sociais. Neste estudo, esse desafio é encarado sob a perspectiva do sistema processual da coisa julgada; em particular, foca-se numa determinada hipótese de ação rescisória.

Ao tratar de uma hipótese rescisória, no contexto de tempo e direito, deve-se notar que a lei é uma promessa de decisão, na medida em que essa concretiza aquela. Em algum momento, porém, a própria decisão torna-se, ela mesma, promessa, substituindo a abstração incompleta da norma pela certeza concreta da coisa julgada. Assim, deliberar sobre qualquer meio rescisório é resgatar a promessa da lei, sem descurar da promessa da decisão. Mais do que

homenagem ao Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 281/293.

¹⁰ *Idem*. p. 286.

¹¹ *Idem*. p. 287/288.

¹² Apesar de o autor conferir maior ênfase ao vetor “celeridade” do processo, ligada à sua razoável duração, pode-se afirmar que o raciocínio se presta à constatação de que a adequação temporal do processo, como um todo, deve ser resguardada, não apenas a sua rapidez.

¹³ *Idem*. p. 291

isso, é refletir sobre os tempos do processo, para que a dogmática produzida garanta segurança e confiança entre o desligar do passado da decisão rescindida e o ligar do futuro do acórdão rescindente.

2. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

2.1 Coisa julgada

A conceituação da coisa julgada é tema riquíssimo em detalhes e reflete grandes considerações sobre o sistema processual e suas funções; em verdade, é possível afirmar que a adoção de uma posição dogmática sobre a coisa julgada denota a própria visão que se tem da jurisdição. Abordar cada pormenor desse vasto assunto esgotaria as pretensões do presente trabalho antes mesmo que ele houvesse começado. Por isso, atento à finalidade do estudo, que não é conhecer cada aspecto da *res judicata*, mas analisar uma hipótese específica de ação rescisória, ater-se-á à apresentação do mínimo necessário, em termos conceituais.

Remontando-se ao início, a coisa julgada, desde o tempo dos romanos, era – e ousa-se dizer que ainda o é – instituto de mera razão prática: “existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado”¹⁴. Esse escopo deveria, então, orientar a interpretação da própria expressão *res judicata*, que estaria a designar algo (*res*) que já foi submetido a atividade judicial (*judicata*). Disso resulta a insatisfação com a ultrapassada fórmula positiva do art. 6º, §3º, da LINDB (“chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”), a qual, segundo Barbosa Moreira, confundiria o objeto submetido ao juízo com o próprio ato de julgar, e, poderia, no máximo, indicar, por linguagem figurada, o momento em que a coisa julgada se forma.¹⁵ Sem embargo, pensa-se que o erro da LINDB é de confundir a coisa julgada com o objeto sobre o qual ela incide.

A redação do CPC/15 é mais feliz na conceituação trazida pelo seu art. 502: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. A estabilidade da coisa julgada significa, então, uma autoridade que recai sobre a decisão de mérito, para torná-la imutável¹⁶.

¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*. Revista dos Tribunais, nº 416/9, jun. 1970, São Paulo p. 02.

¹⁵ *Idem*. p. 02.

¹⁶ Adiante se verá que, embora Antônio do Passo Cabral admita essa conclusão, pretende superá-la por um paradigma de segurança-continuidade. CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa*

A natureza dessa estabilidade é matéria de uma nunca cessante controvérsia. Já foi identificada, mais notoriamente por Savigny, como uma ficção de verdade ou presunção de verdade, no sentido de que a indiscutibilidade da sentença adviria da consideração presuntiva de que o que nela foi estatuído deveria ser tido por verdadeiro, retirada a possibilidade de produção de prova em contrário. Por isso, a coisa julgada “valeria como verdade” (*res judicata pro veritate*) e teria o condão de fazer do preto, branco, e do quadrado, redondo¹⁷. O problema dessa abordagem era menos a extravagância da analogia fictícia e mais o fato de ligar a intangibilidade de uma decisão judicial ao próprio direito material por ela regulado. Daí a corrente histórica que o defendeu ser classificada de vertente material da coisa julgada.

Para superar a visão material, era preciso apresentar uma teoria processual da coisa julgada. Na Alemanha, ganhou adeptos a identificação, capitaneada por Hellwig, da coisa julgada com o efeito declaratório (*Feststellungswirkung*) da sentença, com exclusão, portanto, dos efeitos constitutivos¹⁸. Liebman, contudo, logrou demonstrar que não haveria razões para tanto, porque todos os efeitos da sentença podem se produzir independentemente da imutabilidade dessa, de modo que a coisa julgada seria uma qualidade que se lhes agregaria, não podendo ser confundida com os próprios efeitos da sentença¹⁹.

Barbosa Moreira, conquanto tenha concordado com Liebman, no sentido de que ver a coisa julgada como limitada à eficácia declaratória seria deslocar “para o campo dos efeitos da sentença a declaração que lhe integra (e em alguns casos lhe exaure) o conteúdo”²⁰, após, também, sua crítica à tese liebmaniana. Segundo o autor, Liebman não teria retirado da distinção entre autoridade da coisa julgada e eficácia da sentença todas as consequências possíveis e necessárias, porque, se alguma coisa escaparia ao selo da imutabilidade, seriam

julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 375.

¹⁷ *Idem*. p. 75.

¹⁸ *Idem*. p. 81.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 165/177.

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ainda e sempre a coisa julgada*. Revista dos Tribunais, nº 416/9, jun. 1970, São Paulo p. 02.

justamente os efeitos da sentença, alteráveis pela vontade das partes”²¹⁻²². Por isso, a estabilidade estaria relacionada não com os efeitos da decisão, os quais, projetados no mundo da vida, sujeitam-se às suas vicissitudes, mas com o conteúdo da sentença, com o *accertamento* por ela operado. Assim, a coisa julgada é conceituada por Barbosa Moreira como uma situação jurídica, surgida com o trânsito em julgado: em sua acepção formal, torna a sentença imutável dentro do processo; em sua vertente material, ostenta autoridade que torna imutável *ad extra* a norma jurídica concreta fixada na sentença²³.

Trata-se, portanto, de uma estabilidade que incide sobre o conteúdo da sentença, a partir de um determinado momento (trânsito em julgado), em que a decisão não é mais recorrível. Essa norma jurídica concreta será doravante indiscutível, o que equivale aos efeitos positivo e negativo que se tem extraído da coisa julgada: vedar a que, em processo subsequente, se discuta novamente o mesmo objeto processual e, caso esse venha a configurar uma questão prejudicial para a solução de outra lide, deve-se adotar, forçosamente, a conclusão do primeiro processo como premissa indeclinável.

O trânsito em julgado é, portanto, a hipótese de incidência de uma norma jurídica cujo preceito é a imutabilidade extraprocessual da decisão judicial ou, como definiu Nievá-Fenoll, a “vedação de repetição de juízos”²⁴. Percebe-se, então, que a coisa julgada é, em si própria, uma norma²⁵ formal, que incide sobre

²¹ *Idem.* p. 03.

²² A assertiva não é inteiramente verdadeira e sofreu a crítica de Sérgio Gilberto Porto, que salientou que a análise deve ter em mente a “natureza do direito posto em causa”, pois a indisponibilidade do direito material conduziria à impossibilidade de alteração dos efeitos da decisão que versar sobre ele. (PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 69/72). Em verdade, conforme observado por Talamini, nesses casos tem-se “ações constitutivas necessárias”, que expressam uma reserva de jurisdição, em que as partes dependem de uma providência judicial que elas não podem produzir extrajudicialmente e, por isso, o vínculo meramente processual da coisa julgada implicará, indiretamente, um vínculo material (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 40/42).

²³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e coisa julgada*. In Temas de direito processual (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 110; *Ainda e sempre a coisa julgada*. Revista dos Tribunais, nº 416/9, jun. 1970, São Paulo p. 05/06.

²⁴ NIEVÁ-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 134.

²⁵ Cabral adota a expressão “efeito sistêmico” para designar o fenômeno e descrever que a coisa julgada surgiria não da própria sentença, mas do seu trânsito em julgado (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 173/174). Essa visão não está errada e nem difere substancialmente da ora adotada, porque, se a coisa julgada é um efeito gerado pelo trânsito em julgado, então esse último é a *fattispecie* de uma regra que, ao incidir, produz mencionado efeito. Contudo, preferiu-se enfatizar o aspecto normativo, pois, além de retirar da discussão o vocábulo efeitos, gerador

outra norma, a saber, a norma jurídica concreta contida na decisão, vedando sua posterior rediscussão processual. O aspecto formal é conferido pela análise do tipo legal estabelecido para a sua incidência: basta que uma decisão de mérito se torne irrecorrível, seja pelo esgotamento dos recursos cabíveis ou pelo decurso dos prazos recursais, sem qualquer consideração sobre seu conteúdo específico.

O alcance da coisa julgada não é limitado, mas tem limites objetivos, subjetivos e temporais. Isso significa que, pela disciplina do art. 503 e seguintes do CPC/15: apenas a norma jurídica concreta é tornada intangível, mas não “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” ou “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”; a resolução das questões prejudiciais, integrantes do percurso lógico necessário da decisão sobre a questão principal, sujeita-se a requisitos específicos para adquirir a estabilidade; a estabilidade vincula as partes, mas não prejudica terceiros; os fatos posteriores à estabilização do objeto processual se encontram fora do alcance da coisa julgada.

Ademais, para garantir a estabilidade da norma jurídica concreta, a coisa julgada apresenta uma eficácia preclusiva própria, que torna irrelevantes quaisquer alegações que as partes poderiam opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido. Ou seja, com o trânsito em julgado, preclui-se tanto as alegações deduzidas pelas partes e apreciadas em sentença, quanto as deduzidas e não apreciadas e, também, as nunca deduzidas, embora fossem dedutíveis. Por isso, a eficácia preclusiva da coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, no mister de proteger a norma jurídica concreta da decisão²⁶.

de tanta controvérsia, redireciona a reflexão para o fato de a coisa julgada ser uma regra legal que concretiza o princípio da segurança jurídica, o que será de grande relevância para o posterior desenvolvimento do trabalho.

²⁶ Observa-se que o princípio do deduzido e do dedutível tem recebido interpretação restritiva no Brasil, ao passo que, em sistemas estrangeiros, sua disciplina é mais alargada e, por isso, oferece maiores e mais drásticas repercussões para as partes. Aqui, entendem doutrina e jurisprudência dominantes que a eficácia preclusiva da coisa julgada torna preclusa apenas os fundamentos / argumentos distintos para a solução da mesma demanda, identificada pela tríplice *eadem* (partes, pedido e causa de pedir). Assim, se for apresentada, para o mesmo pedido, uma nova causa de pedir, a tanto não obstará a coisa julgada. Da mesma forma, a mesma causa de pedir poderá ser formulada para a obtenção de pedido distinto. Entretanto, não é esse o tratamento dado a tais situações pelos ordenamentos estrangeiros. Na França, a Corte de Cassação impôs aos litigantes um ônus de concentração dos fatos, consistente na obrigação de alegar todas as causas de pedir possíveis para o mesmo pedido, sob pena de preclusão; na Itália, o mesmo ocorre quanto aos direitos autodeterminados (como a propriedade), caracterizados pelo seu conteúdo e não pelo seu fato constitutivo, já que a

Por fim, mesmo que incidente a imutabilidade da coisa julgada, operando sua eficácia preclusiva, o ordenamento jurídico elenca, taxativamente, algumas alegações que podem ser legitimamente invocadas, em ação impugnativa própria, para, num primeiro momento, quebrar a estabilidade da *res judicata* e a decisão por ela protegida e, se for o caso, permitir a rediscussão da causa. Trata-se da ação rescisória, cujas hipóteses de cabimento podem ser consideradas uma exceção autorizada por lei à eficácia preclusiva da coisa julgada.

Cada um desses temas, limites objetivos, subjetivos e temporais da coisa julgada, sua eficácia preclusiva e as ações rescisórias, poderiam ensejar extensa monografia, abundantes em detalhes e controvérsias que são. Porém, é suficiente essa menção mais do que sintética para que se possa perceber que a regra da coisa julgada, cuja *fattispecie* é o trânsito em julgado da decisão e o preceito é a sua imutabilidade extraprocessual, está inserida num sistema normativo próprio, que regulamenta sobre o que deve incidir, para que deve incidir, quais os efeitos de sua incidência e como se pode afastá-la. Nesse contexto, pode-se falar num sistema processual da coisa julgada.

2.1.1 A coisa julgada como instrumento de realização da segurança jurídica

No longo processo de depuração conceitual da coisa julgada, restou claro, por demonstração inequívoca de Liebman, que a coisa julgada não se confunde com a eficácia da sentença, pois essa pode ser eficaz antes de ser intangível. Disso resulta que a composição do litígio, o *accertamento*, não pressupõe

eficácia preclusiva sobre todas as causas de pedir possíveis para o reconhecimento daquele direito (BONATO, Giovanni. *Considerações sobre a coisa julgada: limites objetivos e eficácia preclusiva*. In LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgar Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 362/363). Da mesma forma, o princípio da concentração das demandas, na França, e a regra da vedação ao fracionamento de um direito, na Itália, exigem que a parte traga à juízo todos os pedidos relativos à mesma causa de pedir, sob de perder a faculdade de fazê-lo, ou seja, de vê-los implicitamente rejeitados, o que configura “uma extensão dos limites da coisa julgada a situações da vida não submetidas à apreciação do juiz” (*idem*, p. 364/365). Uma disciplina similar ocorre nos Estados Unidos da América, onde a *claim preclusion* (traduzível por coisa julgada), frequentemente identificada com a *cause of action*, abarca “o que foi pedido e o que poderia ter sido pedido”. Nesse sentido, o *Restatement*, documento assemelhado a um código legislativo, mas elaborado por juristas “reconhecidos na Academia, na Advocacia e nas Cortes” no estudo de temas processuais, estatui, em seu § 24, que a *claim* inclui todos os direitos do autor a tutelas em face do réu com relação a toda ou a uma parte da transação, ou série de transações conexas, das quais surgiu a ação (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 52).

logicamente a sua própria imutabilidade: “a sentença pode e deve ser tida como eficaz, independentemente da autoridade da coisa julgada, que é um atributo possível, não, porém, necessário”²⁷.

É preciso, então, perquirir do fundamento da coisa julgada, isto é, a razão pela qual o ordenamento jurídico prevê que a norma que, incidindo sobre uma sentença que preexiste e é eficaz antes da sua incidência, torna-a intangível. Poder-se-ia dizer, satisfazendo-se com as razões dos romanos, que se trata de uma exigência prática, porquanto os litígios devem ter um fim. Mas o raciocínio, nada obstante correto, é simplório e demanda uma densificação jurídica, uma feição de dever-ser, para que um instituto tão relevante como a *res judicata* não seja reduzido a mero argumento de autoridade, relacionado a uma natureza imanente das coisas. O fundamento jurídico, verdadeiramente deontológico, da coisa julgada, encontra-se na segurança jurídica. Assim, a coisa julgada não é, porque é, mas é, porque deve ser, enquanto instrumento de concretização da segurança jurídica.

A segurança jurídica relaciona-se com a cognoscibilidade e confiabilidade das normas de um ordenamento jurídico. Para que o direito cumpra sua razão de ser, que é ordenar e regulamentar as relações sociais, é preciso que o corpo social possa conhecer as regras às quais está sujeito e possa confiar que essas regras vigem e obrigam. Por isso, a segurança jurídica é identificada como um elemento definatório do direito, não sendo possível imaginar um ordenamento jurídico que subsista sem garanti-la²⁸; em outras palavras, sem segurança jurídica, não pode haver direito, nem bom, nem mau, nem de qualquer classe²⁹.

²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *La certeza del diritto é um mito?* Rivista internazionale di filosofia del diritto v.28, 1951, p. 150-151. *Apud* AVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 274.

²⁹ SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1975, p. 222/224. No mesmo sentido, veja-se: “ora, não existe direito sem segurança. Não existe dignidade da pessoa humana sem direito e segurança jurídica. O próprio caminhar pelas Constituições brasileiras, aqui realizado, pelas Declarações de Direito do Homem, demonstra esta fundamental ligadura. Ademais e como já mencionado, o homem, como gênero, foi trazido e colocado no centro de todas as preocupações. A sua realização como ser íntegro e integral, como sujeito de direitos e deveres, deve ser plenamente garantida, e por isso mesmo tornou-se o referencial, o ponto de partida, o princípio norteador de todos os demais, o ponto central do sistema constitucional” (ALMEIDA, João Alberto de. *Aspectos constitucionais da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 207/208).

Ver a segurança jurídica como elemento definatório do direito, porém, não ajuda o jurista a operá-la, mas lhe permite tão somente compreender a sua importância primordial. Por isso, embora seja efetivamente condição elementar para a existência do direito, pode-se referir à segurança jurídica como um princípio jurídico, que estabelece a consecução do estado ideal de coisas (*Idealzustand*) de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade das normas jurídicas, apenas para lhe conferir força normativa e operacionalidade³⁰.

Enquanto norma jurídica, a segurança jurídica se vale de outras formas normativas para a concretização dos estados ideais por ela supostos. A coisa julgada, ou melhor, o sistema processual da coisa julgada, é um conjunto de regras destinado à concretização da cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito. Entre coisa julgada e segurança jurídica há uma relação de instrumentalidade.

O processo judicial pressupõe o conflito: duas partes controvertem o direito pretendido e necessitam da intervenção de um terceiro imparcial para fixar a solução, à luz do ordenamento jurídico. A ordem jurídica preexiste à decisão judicial, e inúmeras relações jurídicas nascem, desenvolvem-se e se extinguem, sem que, para tanto, concorra a jurisdição. Retirado da sua inércia pela provocação das partes, incumbe ao juiz pacificar o litígio, concretizando a ordem jurídica controvertida àquele caso. Tal como a própria ordem jurídica que concretiza, a decisão judicial precisa ser cognoscível e confiável pelas partes às quais é proferida, sob pena de falhar em seu objetivo de pacificação social. A imutabilidade da coisa julgada é preceito que incide - se e quando incide - para conferir esses atributos à norma jurídica concreta formulada pela sentença. A jurisdição, tal como o direito, existe para ser cognoscível e confiável, não imutável, mas seus atos revestem-se de imutabilidade na medida do necessário para ostentar essas qualidades.

2.2 A relativização da coisa julgada

Como visto, a coisa julgada é regra cujo preceito torna imutável e indiscutível o conteúdo da decisão judicial, ou seja, a norma jurídica concreta por

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 668/672.

ela estabelecida. Trata-se de um mecanismo formal, porque desvinculado de qualquer atributo específico do conteúdo do ato judicial, ou seja, a hipótese de incidência que enseja a ocorrência da *res judicata* é o mero fato jurídico do trânsito em julgado da decisão, sem qualquer remissão à sua correção material. Entretanto, embora essa tenha sido a premissa do instituto há séculos, recentemente o formalismo da coisa julgada tem suscitado grandes alvoroços na doutrina, pois, nesse sentido, a coisa julgada poderia representar óbice à correção de graves vícios de que padeceria a sentença.

Deveras, ver a coisa julgada como um obstáculo ao saneamento dos graves vícios e à restauração da justiça material ao caso concreto foi o ponto de partida de um feixe de teorias que pretenderam relativizá-la, seja negando-lhe o preceito da imutabilidade, seja sopesando-o com outros valores, seja, enfim, negando a hipótese de incidência ou acrescentando elementos típicos novos. O objeto das teorizações acerca da chamada coisa julgada inconstitucional e sua relativização é, portanto, a alteração do sistema processual da coisa julgada, para que esse passe a atender melhor a valores como a justiça ou a constitucionalidade.

Apelidado de tormentoso³¹, o problema foi inaugurado por parecer dado por Humberto Theodoro Jr.³² à Procuradoria do Estado de São Paulo, em caso de indenização por desapropriação no qual foi verificado que a quantia executada em desfavor da Fazenda Pública já havia sido paga em outro processo. Desse modo, o autor defendeu o cabimento de embargos para alegação da matéria, relacionada à injustiça da execução do título judicial.³³

A partir daí, abriu-se a discussão do tema no cenário acadêmico nacional, com o que se permitiu o seu desenvolvimento, também legislativo e jurisprudencial. À tese inicial proposta por Humberto Theodoro Jr somaram-se outras, com diferentes linhas de raciocínio, bem como elevaram-se vozes contrárias à chamada “relativização da coisa julgada”. Nos próximos tópicos,

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: Revista de Processo, vol. 127, p. 9-53, Set / 2005.

³² Sobre a “paternidade” da teoria da coisa julgada inconstitucional, veja-se CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 138/139.

³³ THEODORO JR., Humberto. *Embargos à execução contra a Fazenda Pública*. In: *Regularização Imobiliária de Áreas protegidas*. Volume II, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1999.

abordam-se as diferentes vertentes das teorias “relativizadoras”, adotando-se, com adaptações, a classificação proposta por Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, que as dividiu em relativização técnico-jurídica, de um lado, e axiológica, de outro³⁴. O primeiro grupo diz respeito às teorias que procuram superar o obstáculo da coisa julgada à rediscussão por meio da aposição de critérios para a formação da *res judicata* / acréscimo de novos elementos à *fattispecie* (item 2.2.1.1), da ampliação da concepção de sentenças inexistentes / negativa da hipótese de incidência (item 2.2.1.2) e da negação da atribuição de imutabilidade e indiscutibilidade à coisa julgada / alteração do preceito (item 2.2.1.3). Já o segundo grupo se refere às teorias que se baseiam em critérios axiológicos para tornar a coisa julgada instituto orientado pela justiça / substituição do parâmetro normativo do sistema (item 2.2.2.1) e submeter a coisa julgada a uma ponderação de valores / negativa casuística do preceito (item 2.2.2.2).

Apresenta-se, também, os argumentos de doutrinadores que se opõem a essas teorias (item 2.3). Ao final, são trazidas as repercussões legislativas e jurisprudências das discussões (item 2.4) e as considerações próprias sobre o tema (2.5), em análise crítica que permitirá depurar o objeto da segunda parte do trabalho (item 2.6).

2.2.1 Relativização técnico-jurídica

2.2.1.1 Constitucionalidade e coisa julgada como antecedente e consequente

Como já afirmado, Humberto Theodoro Junior foi o pioneiro da defesa da relativização da coisa julgada no Brasil. É inegável, ainda, que sua própria visão sobre o tema amadureceu até encontrar formulação completa em obra conjunta com Juliana Cordeiro de Faria, na qual expressam a noção de que o princípio da constitucionalidade e a coisa julgada funcionariam em relação de prejudicialidade³⁵.

³⁴ LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 123/124.

³⁵ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

De fato, esse raciocínio parte do trabalho de Paulo Otero, jurista português que apontou para o esquecimento doutrinário das questões de validade constitucional dos atos do poder judicial, justificado pela persistência do “mito liberal que configura o juiz como a boca que pronuncia as palavras da lei”³⁶. O esquecimento seria inadequado porque “também os tribunais podem desenvolver uma atividade patológica, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição”³⁷.

Os autores reconhecem a existência de instrumentos processuais ordinários para corrigir esses vícios da atividade jurisdicional no próprio curso do processo, como os recursos, em geral, e os apelos extraordinários, no caso específico de verificação de violação da Constituição. Preocupam-se, entretanto, com as hipóteses em que, terminado o procedimento, remanesceriam os vícios e a intangibilidade da coisa julgada opor-se-ia à sua correção. Concordam que, “admitir, resignados, a insindicabilidade de decisões judiciais inconstitucionais seria conferir aos tribunais um poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição”, o que equivaleria a dizer que “a Constituição não seria o texto formalmente qualificado como tal”, mas “o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse de decisão definitiva e irrecorrível do juiz”³⁸.

Feitas essas considerações, concluem Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria que, também as decisões judiciais, enquanto atos estatais, submetem-se ao princípio da supremacia da constituição e, portanto, ao controle de constitucionalidade³⁹. Da necessidade de compatibilidade da coisa julgada com a Constituição resultaria a relação de antecedente / consequente entre os termos, ou seja, a coisa julgada somente teria aptidão para gerar a imutabilidade

³⁶ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. Apud. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 142/143.

³⁷ *Idem*. p. 146.

³⁸ *Idem*. p. 148.

³⁹ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 152/160.

da sentença se essa estiver em conformidade com a Constituição⁴⁰. Com isso, os autores acrescentam à hipótese de incidência da coisa julgada um novo elemento: não basta que haja uma decisão transitada em julgado, mas que essa decisão seja constitucional. A razão para tanto seria a de que, antes mesmo de se pensar na proteção à segurança jurídica conferida pela coisa julgada, seria de se dar primazia à supremacia da Constituição, porque - indagam os autores - “como se falar em segurança e certeza jurídica se não há o mínimo de garantia de respeito à Lei Fundamental”⁴¹?

Segundo os autores, o regime da inconstitucionalidade dos atos judiciais deveria ser igual ao dos atos legislativos. Assim, considerando-se que a inconstitucionalidade de uma lei lhe acarreta a nulidade, o mesmo deve acontecer com a sentença contrária à Constituição, sendo irrelevante, do ponto de vista prático, denominar-lhe nula, inexistente ou ineficaz, pois, em todo caso, tem-se a ausência de sua aptidão para a produção de efeitos. Referido vício não se convalidaria com o decurso do tempo e, por isso, seria de se admitir, por exemplo, a propositura de ação rescisória a qualquer tempo, sem submissão a prazo decadencial, tal como se dá com as ações de controle concentrado de constitucionalidade de normas. Mas a ação rescisória seria apenas uma das possibilidades e a inconstitucionalidade da sentença poderia ser reconhecida até mesmo de ofício, em ação declaratória de nulidade, em embargos à execução ou por negativa do efeito positivo da coisa julgada⁴².

2.2.1.2 A inexistência jurídica

Alguns autores defenderam, antes da entrada em vigor do novo CPC, uma hipótese indireta de relativização da coisa julgada inconstitucional. Diz-se indireta, porque não se esposou explicitamente a ideia de que se pudesse desconsiderar a coisa julgada material. Entretanto, essa doutrina partiu de uma revisão dos conceitos de existência e validade dos atos processuais para,

⁴⁰ *Idem.* p. 177. Em outra passagem, confirmam os autores a tese defendida, de que a “a relação que existe entre o princípio da constitucionalidade e o da imutabilidade da coisa julgada é de *antecedente* e *consequente*, ou melhor, de *prejudicialidade*, mormente no direito brasileiro em que se está diante de um princípio de natureza constitucional e outro de natureza ordinária.” (p. 181).

⁴¹ *Idem.* p. 180.

⁴² *Idem.* p. 206/210.

alargando a hipótese de inexistência da sentença ou do processo, concluir que a rediscussão da matéria não estaria obstada pela coisa julgada. Tratava-se, então, de “identificar as decisões judiciais que, à luz do direito positivo, não produzem coisa julgada”⁴³.

Dentro desse rol de decisões juridicamente inexistentes, estariam aquelas proferidas em processos com ausência das condições da ação⁴⁴. Então, embora não fosse qualquer contrariedade da sentença com a Constituição que levasse à inexistência da primeira, entendiam Teresa Alvim e José Medina que isso ocorreria quando o autor formulasse pedido vedado pela Constituição, pois seria pedido juridicamente impossível. Assim também na hipótese de sentença fundada em norma declarada inconstitucional pelo STF, sendo certo que, nesse caso, não se poderia falar que os embargos à execução do art. 741, parágrafo único do CPC/73 tivessem função rescindente, pois nada haveria a se rescindir, uma vez que decisão que se baseia em “lei que não era lei” (porque incompatível com a Constituição Federal) não terá transitado em julgado, já que “terá faltado à ação uma de suas condições: a possibilidade jurídica do pedido”⁴⁵.

Em outra oportunidade, os autores também detalharam esse ponto de vista, esclarecendo que, declarada inconstitucional com efeitos *ex tunc* a norma jurídica, ela há de ser tida como se nunca tivesse existido, ou seja, como “norma jurídica inexistente”, qualificada como “pura e simplesmente, um fato jurídico”⁴⁶. Seus efeitos já produzidos poderiam ser preservados temporalmente em proteção a outros valores relevantes ao ordenamento, mas isso não desnaturaria a sua qualidade de norma inexistente. Dessa forma, as sentenças que acolhem pedidos inconstitucionais não transitam em julgado porque o processo em que foram proferidas foi instaurado por mero direito de petição e não de ação, ausente a possibilidade jurídica do pedido⁴⁷.

Em obras mais recentes, porém, Teresa Alvim procedeu à revisão parcial de seu entendimento à luz das alterações trazidas pelo novo CPC. Permanece

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 308.

⁴⁴ *Idem*. p. 328/329.

⁴⁵ *Idem*. p. 330/331.

⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Relativização da coisa julgada*. In DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 389.

⁴⁷ *Idem*. p. 387/388.

sustentando que a norma declarada inconstitucional não possa ser qualificada como nula ou anulável e que se deve considerá-la como se nunca houvesse existido e apenas aparentemente tivesse integrado o ordenamento jurídico positivo⁴⁸. No entanto, dessa premissa não mais extrai a autora a mesma conclusão de outrora. Isso porque a figura da possibilidade jurídica do pedido foi excluída da legislação processual e, com isso, não haveria mais espaço para afirmar que a sentença que acolhe pedido inconstitucional teria sido proferida em processo deficiente das condições da ação⁴⁹.

Em sentido similar, Ronaldo Cramer afirmou que a aplicação de lei inconstitucional enseja a inexistência do processo, permitindo a rediscussão sem o óbice da coisa julgada e desafiando o ajuizamento de ação declaratória de inexistência jurídica. Com efeito, segundo o autor, “a inconstitucionalidade situa-se no plano do ser da lei” e, por isso, a “lei inconstitucional é uma não-lei, que, muito embora exista no mundo dos fatos, inexistente para o Direito”. Assim, no processo em que a sentença aplica lei inexistente não haveria exercício da jurisdição, pois essa seria, nos termos chiovendianos, a atuação da vontade concreta da lei. Dessa forma, conclui Cramer que, “se não houve jurisdição, inexistiram, também, processo, sentença e coisa julgada”⁵⁰.

Dessa forma, a remissão dos autores à inexistência jurídica pretende negar a ocorrência da *fattispecie* da coisa julgada, ao afastar a existência de uma decisão judicial transitada em julgado sobre a qual possa incidir a regra da imutabilidade.

2.2.4 O paradigma da segurança-continuidade

Antônio do Passo Cabral, em sua tese de doutoramento, além de fazer uma análise das noções dominantes sobre o instituto da coisa julgada, com menção a inúmeros ordenamentos jurídicos estrangeiros, apresenta algumas propostas bastante inovadoras de releitura do tema. Dentre elas, tem-se: ver a

⁴⁸ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 319/320.

⁴⁹ *Idem*. p. 341.

⁵⁰ CRAMER, Ronaldo. *Impugnação da sentença transitada em julgado fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional*. Revista de Processo, vol. 164/2008, p. 211-234, Out/2008, p. 7 e 13.

coisa julgada como espécie do gênero “estabilidades processuais”, analisá-la pelo seu aspecto dinâmico, com a proposição do paradigma da segurança-continuidade, e incluir o contraditório em seu conteúdo. O que mais interessa à presente pesquisa é, justamente, a quebra do paradigma da segurança-imutabilidade, por sua relação com as teses relativistas da coisa julgada.

Cabral afirma que a imutabilidade e indiscutibilidade do julgado seriam “os dois aspectos em torno dos quais gira a sistemática tradicional da coisa julgada”, sendo a primeira a “blindagem de qualquer alteração posterior” da decisão e a segunda a “vedação de rediscussão sobre ela”⁵¹. Reconhece, porém, um “mal-estar” dogmático perante a coisa julgada, refletido, por exemplo, nas teorizações da relativização da coisa julgada inconstitucional. Aduz que essas construções carecem de solidez científica, mas ainda assim se servem a denotar fragilidades e deficiências na configuração atual do instituto, o que levaria à necessidade de sua reforma⁵². Em verdade, esse movimento doutrinário teria tido o mérito de “produzir larga reflexão em torno das concepções de justiça e segurança no processo contemporâneo”⁵³.

Por essa razão, o autor pretende “unir coisa julgada (e todas as demais estabilidades) com as mudanças necessárias no conteúdo dos atos do processo”, daí o próprio título de sua obra: “Coisa julgada e preclusões dinâmicas”. Para superar o paradigma da segurança-imutabilidade, que exige da coisa julgada os já mencionados atributos de imutabilidade e indiscutibilidade como condições de realização da segurança jurídica, Cabral parte da consideração de que tais características não são essenciais à jurisdição, não estão presentes nos demais atos estatais (legislativos e executivos) e tampouco em todos os atos do processo judicial⁵⁴. Isso levaria à necessidade de se estudar a coisa julgada em conjunto com as demais estabilidades, de forma a obter uma disciplina processual que seja aplicável genericamente aos atos estatais. As vantagens de um tal sistema seriam a de permitir que as estabilidades específicas e setoriais possam ser interpretadas à luz dos princípios gerais do

⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 30.

⁵² *Idem*. p. 45.

⁵³ *Idem*. p. 205/206.

⁵⁴ *Idem*. p. 296/305.

sistema preclusivo, além de abrir a possibilidade de fazer incidir os mecanismos gerais de estabilização mesmo à míngua de norma expressa, pela simples interpretação sistêmica.

Nesse ponto, a coisa julgada, quando inserida no gênero “estabilidades processuais”, não poderia ser considerada a “estabilidade por excelência”, pois esse espaço deve ser ocupado pela preclusão⁵⁵, desde que o conceito dessa última seja ajustado para cumprir esse papel. O ajuste consiste em superar a concepção chiovendiana de preclusão como perda de faculdade processual, limitada aos atos das partes e ao interior do processo. Assim, embora a coisa julgada e a preclusão tenham diversas características em comum⁵⁶, os novos contornos dessa última tornam-na mais larga e genérica do que a primeira. Isso, aliado ao fato de que ela prescinde de definição e enquadramento pelo direito positivo, garantindo maior flexibilidade ao seu tratamento, permite concluir que a preclusão seja a estabilidade geral.

À esse sistema de estabilidades, capitaneado pela preclusão, não corresponderia a orientação do princípio da segurança jurídica como imutabilidade. Esse princípio seria relido como continuidade, componente de um Estado de Direito que preza pelo dinamismo, ou seja, sinônimo de garantia de flexibilidade e adaptação com previsibilidade: “paradigma a partir do qual não se procura impedir a mudança, mas sim evitar transições abruptas, e assim a continuidade reduz o impacto na passagem da antiga para a nova situação estável”. A segurança-continuidade está “na síntese da tensão entre o completo estatismo e o oposto de uma ampla e total alterabilidade”, permitindo a “mudança com consistência” e tornando a posição jurídica tendencialmente estável, dando-lhe uma força *prima facie* contrária à modificação, mas, ao mesmo tempo, abrindo uma “margem permitida de estabilidade”⁵⁷.

Nesse paradigma, a garantia da segurança está no exame rigoroso da necessidade de modificação da regulação jurídica e na utilização de instrumentos compensatórios para reduzir ou eliminar o impacto da mudança⁵⁸.

⁵⁵ *Idem.* p. 330.

⁵⁶ “Ambos decorrem de exigências formalísticas, garantistas, de racionalização da atividade processual, de redução dos custos, de economia e eficiência; ambos possuem efeitos comuns, como a proibição de repetição do ato, fortes na dimensão publicista de conferir paz e segurança jurídica”. *Idem.* p. 325/326.

⁵⁷ *Idem.* p. 366/371.

⁵⁸ *Idem.* p. 602.

Exemplos desses instrumentos seriam a modulação de efeitos, a fixação de regime de transição, a compensação financeira do prejudicado e a ajuda de sua adaptação.

No plano da admissibilidade do pedido revisional, inserem-se como critérios a serem aferidos: i) a ocorrência de conduta própria da parte incompatível com a quebra da estabilidade (vetor de boa-fé); ii) a existência de ônus argumentativo maior para a parte que pleiteia contra a força *prima facie* de estabilidade, o qual aumenta na medida da intensidade da quebra e da duração do vínculo estável, impedindo, ainda, a cognição *ex officio* desses argumentos⁵⁹.

Quanto ao mérito do pedido revisional, isto é, sobre quais razões poderiam fundamentar a quebra da estabilidade, Cabral recusa, de plano, a utilização de valores ou princípios constitucionais abstratos como dignidade da pessoa humana ou interesse público para justificá-la. Por outro lado, reconhece ser moeda corrente que fatos novos são admitidos para tanto, por serem considerados tradicionalmente fora dos limites objetivos (causa de pedir diversa) ou dos limites temporais (fatos posteriores) da coisa julgada⁶⁰. Para além disso, o autor propõe a aceitação, também, de (i) provas elaboradas após a formação da estabilidade (*noviter producta*), (ii) elementos anteriores e ignorados pelo litigante (*noviter reperta*) e aqueles (iii) elementos simplesmente não valorados (*noviter cognita*). Sustenta, ainda, a superação do entendimento de que a mudança normativa não repercute na sentença como direito superveniente. Defende, por fim, que o elemento novo deve ser suficiente para a modificação da conclusão estável, influenciando de maneira decisiva e não apenas relevante para tanto⁶¹.

Portanto, percebe-se que Antônio Cabral não defende a desconsideração da coisa julgada, nem liga esse fenômeno à ocorrência da coisa julgada inconstitucional ou à ponderação de altos valores do ordenamento. Sua proposta é a releitura dos efeitos da coisa julgada, tradicionalmente identificados com a imutabilidade e a indiscutibilidade peremptórias, que passariam a representar agora uma força de continuidade, não infensa a modificações advindas do dinamismo das relações jurídicas. Dessa forma, percebe-se que Cabral pretende

⁵⁹ *Idem.* p. 605/612.

⁶⁰ *Idem.* p. 612/619.

⁶¹ *Idem.* p. 621/629.

reformular o entendimento sobre o preceito da regra da coisa julgada: a consequência do trânsito em julgado de uma decisão não seria a sua imutabilidade, mas a sua estabilidade tendencial.

2.2.2 Relativização axiológica

2.2.2.1 A eticidade do Direito e a moralidade

A defesa da supremacia da eticidade do direito foi feita por Carlos Valder do Nascimento. Ele principia seu raciocínio esclarecendo que, no contexto de tensão entre segurança e justiça, é imperioso distinguir entre a “segurança concebida pelo liberalismo e a segurança jurídica perseguida pelo direito processual”⁶², já que a primeira teria, fundamentalmente, o objetivo de proteger o direito de propriedade e, mais do que isso, dirigir-se-ia “às classes dominantes, à propriedade e àqueles que interferem no processo de feitura das leis, buscando com seu discurso linguístico salvaguardar interesses ilegítimos”. Assim, o autor coloca a justiça como um elemento superior do ordenamento e mais importante do que a segurança⁶³.

Com isso, trabalha-se a ideia de que a segurança jurídica a ser almejada pelo direito processual estaria identificada não apenas com a verdade lógica do direito em sua formulação normativa-abstrata, mas também e, principalmente, com a verdade gnosiológica do direito, ou seja, “precisa se reportar ao mundo real carente de justiça (verdade social)”. Isso significaria que o direito, prenhe de elementos axiológicos, exigiria, para além da legalidade insuficiente, uma legitimidade política. Portanto, a segurança alinhada com o mero positivismo formal não traria qualquer previsibilidade de direito justo, e a má-formação dos juristas nesta linha de pensamento não lhes permitiria perceber a pluralidade de seu conteúdo⁶⁴.

A prevalência da justiça sobre a segurança repercutiria diretamente sobre a noção de coisa julgada, que seria instituto meramente instrumental e se

⁶² NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada, segurança jurídica e verdade social: justiça da decisão judicial*. In NASCIMENTO, C. V.; THEODORO JR., H; FARIA, J.C.; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 21.

⁶³ *Idem*. p. 64/65.

⁶⁴ *Idem*. p. 58/60.

revestiria de natureza acidental ao processo, cuja verdadeira substância estaria na sentença⁶⁵, pois essa última teria a tarefa de concretização do direito material. Então, Carlos Valder nega que a coisa julgada constitua uma garantia fundamental à segurança jurídica ou à tutela jurisdicional efetiva, pois esses valores já seriam garantidos pelo próprio “ato jurisdicional que consubstancia comando normativo”⁶⁶.

A posição de José Augusto Delgado apresenta semelhanças, embora a expressão eticidade do direito seja substituída pela sua moralidade. Assim, da mesma forma, para o autor, a vinculação dos atos estatais às normas constitucionais não se resumiria à mera legalidade. À essa, acrescentar-se-ia o princípio da moralidade, o qual seria, na aplicação e interpretação do direito, “a mais relevante ação para determinar a estabilização das relações jurídicas”. Consequência disso seria que “o Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade” ou que “espelhe única e exclusivamente a vontade pessoal do julgador e que bata de encontro à realidade dos fatos”. O autor vai além, afirmando que “a moralidade está ínsita em cada regra posta na Constituição”, sendo “comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada”. Na verdade, segundo Delgado, a moralidade seria a “essência do direito” e sua violação não geraria qualquer direito⁶⁷.

Com isso, os autores defendem a substituição do parâmetro normativo que fundamenta e orienta o sistema processual da coisa julgada, que deixaria de ser o princípio da segurança jurídica e se tornaria a eticidade / moralidade.

2.2.2.2 A injustiça da sentença e a ponderação de valores

Em termos diferentes e por argumentos distintos, Cândido Rangel Dinamarco também apontou para a necessidade da consideração do direito

⁶⁵ *Idem.* p. 74/76.

⁶⁶ *Idem.* p. 93.

⁶⁷ 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, C.V.; DELGADO, J. A. Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 138/139.

processual para além do formalismo, de maneira voltada à sua finalidade de produção de justiça. De fato, asseverou que todos os conceitos processuais existem para garantir o acesso à ordem jurídica justa. Assim, a coisa julgada, enquanto instrumento destinado a estabilizar os efeitos do processo, não pode ir além desses efeitos, devendo estar em equilíbrio com os demais institutos relacionados à produção de resultados justos⁶⁸. Ao encarar a tensão entre institutos pertinentes à segurança jurídica e aqueles ligados à justiça das decisões, quis demonstrar que não seria “legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”⁶⁹, enunciado esse que logo se tornou célebre na discussão sobre a coisa julgada inconstitucional e sua relativização.

Assim, o autor, que busca um equilíbrio entre os institutos processuais, entende ter-se “levado longe demais a noção de coisa julgada”⁷⁰, cuja leitura clássica, como algo absoluto, seria inconstitucional. Nesse sentido, propõe a formulação de critérios racionais para a sua relativização, sopesando-se valores e opinando-se sobre quais devem prevalecer e em qual circunstância, além de sugerir os remédios de que os litigantes dispõem para se liberar do vínculo da *res judicata*⁷¹.

Nessa investigação, Dinamarco partiu do método indutivo, isto é, do estudo de casos reunidos sob o denominador comum da prevalência do substancial sobre o processual ou da justiça sobre as regras processuais da coisa julgada⁷². A explicação do fenômeno no plano dogmático é feita à luz do conceito de impossibilidade jurídica dos efeitos: referidas decisões seriam desprovidas de efeitos substanciais, porque juridicamente impossíveis, e,

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 217/220.

⁶⁹ *Idem*. p. 224.

⁷⁰ Apesar de afirmar, aludindo a Pontes de Miranda que a coisa julgada foi levada longe demais, adiante o autor afirma que a Constituição, ao estatuir que a lei não prejudicará a coisa julgada, *dixit minus quam voluit*, posto que não apenas a lei deverá respeitar a coisa julgada, mas também os juízes são proibidos de exercer jurisdição outra vez sobre o caso e as partes não dispõem de meios para veicular novamente as pretensões já decididas.

⁷¹ *Idem*. p. 240/241.

⁷² Dentre os casos, tem-se o de um fazendeiro uruguaio que simulou um processo para causar dano ao filho extraconjugal, o de desapropriação indireta de imóvel já pertencente à Fazenda ou a sua condenação e execução duas vezes pela mesma desapropriação. Em outro momento, o autor vale-se de exemplos mais criativos, como o de uma decisão que declarasse o direito de um Estado de se separar da Federação ou condenasse uma pessoa a pagar peso de sua própria carne em cumprimento a obrigação contratual (esse último retirado de obra “O mercador de Veneza”, de Shakespeare. (*Idem*. p. 244/246).

portanto, não haveria nenhum efeito a ser imunizado pela *res judicata*, que recairia sobre o vazio⁷³.

A posição de Dinamarco discrepa, então, daquela de Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, porque, em sua visão, não bastaria, para a relativização da coisa julgada, a mera oposição entre a sentença e a Constituição, mas sim o mau resultado do julgamento. Esse, quando colidente com a garantia constitucional do acesso à justiça, seria o “real e legítimo fundamento da relativização da coisa julgada material – e não a inconstitucionalidade em si mesma”⁷⁴. Aliás, o autor afirma expressamente que uma sentença contrária à Constituição, mas que não apresente o confronto com valores de maior significado social, econômico, político ou humano, seria portadora tão somente do vício de *error in iudicando*, submetendo-se ao regime rescisório como qualquer outra decisão; já a relativização da coisa julgada teria como pressuposto a violação de valores constitucionais mais elevados do que a própria segurança jurídica⁷⁵.

Uma vez que o autor propõe uma ponderação de valores, em situações extraordinárias, que implica o afastamento da segurança jurídica, por meio da desconsideração da coisa julgada, ele mostra sua preocupação, também, com as críticas de que isso resultaria em incerteza dos direitos, a dano da tranquilidade social. Responde, porém, que o sistema processual é dotado de “meios para a correção de eventuais desvios ou exageros, inclusive mediante a técnica dos recursos, da ação rescisória, da reclamação aos tribunais superiores, etc”⁷⁶ e, com a possibilidade de uso desses instrumentos, ficaria resguardada a excepcionalidade da relativização, a bem da segurança jurídica.

Além disso, quanto às críticas relativas à ausência de um critério objetivo para orientar a relativização da coisa julgada, o que poderia conferir um poder discricionário ao Judiciário, Dinamarco afirma que “algum grau de subjetivismo é sempre indispensável, ou inevitável, nas decisões judiciais” e enumera algumas hipóteses exemplificativas disso: a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade, o reconhecimento da repercussão geral, o livre

⁷³ *Idem.* p. 245/246.

⁷⁴ *Idem.* p. 253.

⁷⁵ *Idem.* p. 268/269.

⁷⁶ *Idem.* p. 255.

convencimento sobre fatos e provas ou o recurso às máximas da experiência pelo juiz. Lembra o autor, a respeito dessa margem de liberdade dada aos julgadores, que os atos judiciais são, normalmente, suscetíveis de revisão por instâncias superiores, mas que, encerradas as possibilidades de revisão, torna-se necessário adotar uma postura de fé nas instituições e nos juízes. Por esse motivo, Dinamarco posiciona-se de forma contrária à tentativa de positivação de regras tendentes a disciplinar a relativização da coisa julgada, já que ela deve ser reservada para as hipóteses mais excepcionais, aferíveis apenas casuisticamente. Uma regra legal expressa representaria a institucionalização do enfraquecimento do instituto da *res judicata*, já atingido por um sistema de ação rescisória amplo demais⁷⁷.

A proposta de Dinamarco, de submeter a coisa julgada a uma ponderação de valores, quando presentes hipóteses em que a injustiça da sentença viole valores caros ao ordenamento jurídico, foi densificada por Eduardo Talamini, que afirma ter permanecido “a necessidade de se identificarem os critérios e mecanismos internos ao desenvolvimento do equilibrado juízo comparativo” a que se referiu aquele autor⁷⁸.

Para Talamini, a proporcionalidade é o único caminho para uma decisão de quebra atípica da coisa julgada⁷⁹. Isso porque não “será em todo caso de ‘coisa julgada inconstitucional’ que se legitimará a quebra”, mas caberá a aplicação de mencionado princípio “a fim de concretamente definir quais valores constitucionais devem prevalecer”. Essa conclusão se alicerça justamente na consideração da existência de meios típicos de relativização, como a ação rescisória, cuja mera ocorrência no direito positivo retrata “haver outros bens jurídicos relevantes além da segurança jurídica”. A tipicidade desses instrumentos, por outro lado, “evidencia que a mesma solução não pode ser generalizadamente aplicada a todo e qualquer caso de ‘inconstitucionalidade’ da sentença”⁸⁰.

O autor defende, então, que haveria espaço para a relativização da coisa julgada para além das hipóteses tipificadas, pois não haveria qualquer motivo

⁷⁷ *Idem.* p. 264/268.

⁷⁸ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 394.

⁷⁹ *Idem.* p. 403.

⁸⁰ *Idem.* p. 562.

para se supor que a única ponderação válida entre os valores envolvidos fosse aquela realizada prévia e abstratamente pelo legislador. Em verdade, para Talamini, defender essa restrição da ponderação à via legislativa “significaria esvaziar o conteúdo constitucional dos princípios” e “implicaria mesmo negar a própria ideia de princípio”, pois sua essência estaria na “maleabilidade de sua incidência em face do caso concreto, de modo a compatibilizar-se com outros princípios”. A tese refutada por Talamini funcionaria, segundo o autor, como a transformação de todo princípio constitucional em uma regra infraconstitucional, que supõe a inexistência de conflito entre uma pluralidade de valores e que a solução dessa tensão fosse sempre e em qualquer caso aquela ditada pela regra⁸¹.

Nesse sentido, a questão da relativização atípica da coisa julgada seria um conflito entre a regra da coisa julgada, concretizadora do princípio da segurança jurídica, e outros princípios, pois a existência da primeira não significaria a eliminação da consideração dos últimos. Seria o caso, então, de se analisar a “constitucionalidade *in concreto* das regras sobre a coisa julgada”, ou seja, de “examinar em que medida, em cada caso concreto, tais regras são compatíveis com a resultante dos valores constitucionais” e não de se pôr “em dúvida a legitimidade *in abstracto* do regramento da coisa julgada”. Quando a concreta ponderação de bens conduzir à preponderância de outro valor em face da segurança jurídica, a regra da coisa julgada terá sua incidência afastada e o princípio da segurança jurídica cederá parcialmente espaço, sendo assim “relativizado”⁸².

Nessa empreitada, Talamini reconhece, tal como Dinamarco, que “algum subjetivismo é inerente a toda atividade cognitiva”⁸³, mas, ainda assim, o primeiro passo para a admissibilidade da quebra atípica da coisa julgada seria a “identificação de defeito absolutamente evidente”. Tratar-se da “possibilidade inequívoca, direta e objetiva de constatar a ocorrência do defeito e de determinar com precisão uma solução melhor do que a obtida”. Sobre a certeza da solução melhor do que a anterior, o autor afirma não desconhecer a inatingibilidade de uma verdade absoluta, mas sustenta que seria “incidir no erro diametralmente

⁸¹ *Idem.* p. 575.

⁸² *Idem.* p. 577.

⁸³ *Idem.* p. 368.

oposto negar que existam resultados do conhecimento humano que são razoavelmente seguros ou estáveis”⁸⁴.

Um exemplo de decisões que preencheriam esse requisito seria as que aplicaram norma já declarada inconstitucional pelo STF, pois, apesar de não poderem ser consideradas inexistentes e, assim, permanecerem íntegras enquanto não impugnadas pelos instrumentos cabíveis, “veiculam uma solução que, segundo os parâmetros do próprio sistema, objetivamente não é correta”. Ainda sobre a exigência de constatação objetiva do erro contido na decisão transitada em julgado, o autor entende que isso não se confundiria com uma limitação às questões de direito e não significaria sequer a necessidade de apresentação de prova pré-constituída por parte de quem postula a quebra. Além disso, o erro inequívoco poderia ser de ordem processual, desde que fosse possível a constatação inequívoca da violação à garantia ou princípio processual e constatação igualmente inequívoca de que tal ofensa poderia interferir decisiva e substancialmente no resultado do julgamento⁸⁵.

Quanto à ponderação propriamente dita, Talamini destaca a necessidade de o intérprete fugir dos “fundamentos óbvios”, hipótese em que o resultado já é pré-definido e, em verdade, não há qualquer ponderação. Para evitar essa pseudo-ponderação, seria fundamental analisar em cada caso concreto o peso dos valores envolvidos, sem que seja dada a cada um deles uma calibragem *a priori*⁸⁶.

Um outro aspecto que aparece com destacada importância no juízo de quebra da coisa julgada é a boa-fé, dada a sua íntima relação com o princípio da segurança jurídica. Deveras, a presença de boa-fé no comportamento da parte que invoca a relativização poderia favorecer o seu pedido, da mesma forma que

⁸⁴ *Idem.* p. 578/580.

⁸⁵ *Idem.* p. 582/583.

⁸⁶ Tomando como exemplo o famigerado caso da investigação de paternidade, comumente citado pelos defensores da relativização da coisa julgada como sendo portador de características especiais por envolver valores superiores do ordenamento jurídico, afirma que nem sempre a questão envolverá integralmente valores que deverão prevalecer sobre a segurança jurídica representada pela coisa julgada. Nesse sentido, a investigação de paternidade pode ostentar diferentes aspectos, cada um com uma carga axiológica distinta e que oferece um peso diferente; a identificação das origens é direito personalíssimo e relacionado à dignidade da pessoa humana, com grande peso na ponderação; o direito a alimentos, dentro da perspectiva da subsistência do indivíduo, também tem grande peso; já os direitos sucessórios têm caráter meramente patrimonial e não possuem acentuada carga axiológica. (*Idem.* p. 592/593).

a sua má-fé poderia dificultá-lo; em sentido análogo, a boa-fé da parte que suporta a quebra poderia ensejar a necessidade do estabelecimento de medidas compensatórias, da modulação de efeitos ou mesmo o impedimento da rediscussão, ao passo que sua má-fé poderia militar em favor da desconsideração da decisão que lhe fora favorável. No caso concreto, deve-se analisar, então, a boa-fé: i) das partes na relação anterior ao processo; ii) das partes no curso do processo; iii) do vencedor no exercício da posição jurídica assegurada pela sentença; iv) do interessado na quebra da coisa julgada após o processo⁸⁷.

Ademais, a concretude da ponderação proposta por Talamini deve levar em consideração os efeitos positivos e negativos para cada valor envolvido nas hipóteses de manutenção e quebra da coisa julgada. Isso porque a diversidade de eficácias da sentença pode levar a distintos resultados na ponderação. As sentenças declaratórias e constitutivas consolidam-se por meio da simples existência de sentença eficaz; já aquelas que o autor denomina de “tendentes à repercussão prática” (condenatórias, executivas e mandamentais) necessitam da complementação de providências práticas de execução. Assim, os resultados das sentenças constitutivas e declaratórias tendem a uma rápida consolidação, com repercussões sobre uma grande quantidade de bens jurídicos alheios ao objeto processual (caso da sentença de divórcio, por exemplo). A consolidação de situações, pelo decurso do tempo ou pela ocorrência de atos que decorreram de modo direto ou indireto da sentença, opera contra a quebra da coisa julgada. Dessa forma, o juízo de proporcionalidade poderá levar a uma pluralidade de soluções a depender do caso concreto, como: (i) uma quebra parcial da coisa julgada; (ii) o afastamento de uma eficácia da sentença e manutenção das demais; (iii) pode-se manter o efeito negativo da coisa julgada e afastar o positivo, permitindo-se a rediscussão como premissa para outro pedido⁸⁸.

Percebe-se, então, que a submissão da coisa julgada a uma ponderação de valores, como pretendido pelos autores, equivale à negativa casuística do preceito que estabelece a imutabilidade da decisão transitada em julgado.

⁸⁷ *Idem*. p. 596.

⁸⁸ Como exemplo disso, Talamini retorna à investigação de paternidade: se o valor que deve prevalecer é o da dignidade da pessoa humana, apenas os efeitos que concretizam esse valor devem ser revisados (identificação da origem e alimentos), mantida a coisa julgada sobre a questão patrimonial (sucessão). *Idem*. p. 603/606.

2.3 Críticas às teorias da relativização

2.3.1 Apontamentos terminológicos e coisa julgada como *point of no return*

Barbosa Moreira, ao se pronunciar sobre o tema, já de plano introduziu uma crítica “preliminar” às teorias da relativização da coisa julgada inconstitucional: ele denuncia que os próprios termos utilizados pelos já mencionados autores padeceriam de impropriedades. Nesse sentido, ao defenderem a relativização da coisa julgada, os autores estariam a pressupor fosse ela absoluta; entretanto, “até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico brasileiro mostra que nele está longe de ser absoluto o valor da coisa julgada material”⁸⁹, que pode ser afastada pela revisão criminal e pela ação rescisória. Assim, entende Barbosa Moreira que as teorias poderiam, quando muito, referirem-se a uma ampliação da sua relatividade. Já a expressão coisa julgada inconstitucional não faria sentido, pois a incompatibilidade com a Constituição seria da sentença e não da sua imutabilidade, sendo verdade que “se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento”⁹⁰.

Ultrapassadas essas considerações, o autor procura rechaçar o argumento de que se possa desconsiderar a coisa julgada material sob o argumento de injustiça da sentença. Admite que “os juízes não gozam da prerrogativa da infalibilidade” e, por isso, “podem apreciar mal a prova, resolver erroneamente as *quaestiones iuris*”, gerando, conseqüentemente, sentenças injustas. Dessa possível injustiça, todavia, só haveria de se cogitar se ainda fosse utilizável algum meio de tentar modificá-la, sendo certo que “a lei procura, não há dúvida, criar todas as condições para que o produto final da atividade cognitiva reflita com fidelidade a configuração jurídica da espécie”, e disso seriam exemplos os instrumentos de ampla defesa e contraditório, além dos recursos e meios de revisão. Entretanto, há um momento, conforme se expressa o autor, em que “à preocupação de fazer justiça se sobrepõe a de não deixar que o litígio se eternize” e, então, salvo excepcionais ressalvas, taxativamente previstas e

⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 236.

⁹⁰ *Idem*. p. 237.

sujeitas a prazo fatal, caso da ação rescisória, “impede a lei que se prossiga na investigação e, se foi julgado o mérito (= foi composta a lide), proíbe que, em qualquer processo futuro, se ressuscite o assunto”⁹¹.

Em resumo, para Barbosa Moreira, o advento do trânsito em julgado, ressalvada as hipóteses excepcionais da ação rescisória, equivale a um *point of no return*⁹². Efetivamente, a coisa julgada seria uma “cortina opaca” que, mesmo não tendo “a virtude mágica de transformar o falso em verdadeiro”, fazer do quadrado, redondo, ou do branco, preto, simplesmente torna juridicamente irrelevante a indagação sobre falso e verdadeiro, quadrado e redondo, branco e preto⁹³, tal a sua eficácia preclusiva, que faz com que a produção de efeitos da nova situação jurídica independa da conformidade ou desconformidade com a situação jurídica anterior. Sendo assim, a proclamação de que é absurdo “eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas” não se coadunaria com as escolhas do ordenamento jurídico positivo, o qual, conforme Barbosa Moreira, para evitar a eternização de incertezas, preexcluiria, “de certo momento em diante, e com as ressalvas expressas a seu ver aceitáveis, que se volte a cogitar do dilema ‘justo ou injusto’ no concernente ao teor da sentença”⁹⁴.

Em síntese, defender que a prevalência da coisa julgada condiciona-se à justiça da sentença seria “golpear de morte o próprio instituto”, porque “poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa” e, “se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos de suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto”⁹⁵.

Com isso, Barbosa Moreira estabelece a independência da coisa julgada à justiça da sentença e relaciona sua finalidade à de impedir justamente a

⁹¹ *Idem.* p. 243.

⁹² “Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso. Não se vai ao extremo bíblico de ameaçar com a transformação em estátua de sal quem pretender olhar para trás; mas adverte-se que nada do que se puder avistar, nessa mirada retrospectiva, será eficazmente utilizável como aríete contra a muralha erguida. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material; e, se ela não servir para isso, a rigor nenhuma serventia terá. Subordinar a prevalência da *res iudicata*, em termos que extravasem do álveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser aferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto do seu sentido essencial” (*Idem.* p. 244).

⁹³ *Idem.* p. 242.

⁹⁴ *Idem.* p. 247.

⁹⁵ *Idem.* p. 248/249.

discussão sobre eventual injustiça, como maneira de impedir o prolongamento *ad aeternum* da controvérsia.

2.3.2 A “postura de direito material”

Ovídio Baptista da Silva principia sua dissertação sobre o tema com uma afirmativa contundente: “a coisa julgada é uma instituição intrinsecamente produtora de injustiça”. A explicação residiria em que a coisa julgada, ao impedir que as discussões se eternizem, “acaba, de alguma forma, se não frustrando a realização da justiça absoluta, criando para o sucumbente o gosto amargo de uma injustiça”⁹⁶. Por isso, ao jurista pareceria impróprio condicionar a força da coisa julgada, primeiro, a que ela não produza injustiça e segundo, estabelecer como pressuposto para sua desconsideração, que essa injustiça seja ‘grave’ ou ‘séria’⁹⁷. Assim, a eventualidade da injustiça de uma decisão e do respectivo questionamento seria, em verdade, o melhor fundamento para se defender que ela se torne indiscutível a partir de certo momento, especialmente considerando-se o pluralismo de valores envolvidos no conceito de justiça⁹⁸.

Ainda sobre o argumento da injustiça da decisão, Ovídio Baptista rechaça o argumento de Humberto Theodoro Jr. no sentido de que a segurança jurídica seria relativa, pois apenas o “direito justo” seria absoluto, pois a frase provaria menos do que o pretendido. Isso porque “direito justo”, para o nosso sistema, seria o mesmo que “direito legal” e, portanto, seria vedado aos juízes, valendo-se de uma discricionariedade que o sistema lhes recusa, identificarem o direito “justo” além ou contra o texto legal. Além disso, tampouco ajudaria o adendo de que somente em casos excepcionais, de injustiça “grave” ou “séria”, é que se poderia proceder à desconsideração da coisa julgada, porque a admitir esse

⁹⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa julgada relativa?* In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 309.

⁹⁷ *Idem*. p. 311.

⁹⁸ “Suponho desnecessário sustentar que a “injustiça da sentença” nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser, fundamento para afastar o império da coisa julgada. De todos os argumentos concebidos pela doutrina, através dos séculos, para sustentar a necessidade de que os litígios não se eternizem, parece-me que o mais consistente reside, justamente, na eventualidade de que a própria sentença que houver reformado a anterior, sob o pressuposto de conter injustiça, venha a ser mais uma vez questionada como injusta; e assim *ad aeternum*, sabido, como é, que a justiça, não sendo um valor absoluto, pode variar, não apenas no tempo, mas entre pessoas ligadas a diferentes crenças políticas, morais e religiosas, numa sociedade democrática que se vangloria de ser tolerante e “pluralista” quanto a valor” (*Idem*. p. 312).

argumento, não restaria qualquer obstáculo a impedir fosse a justiça da sentença revista sucessiva e eternamente⁹⁹, como aliás observou Barbosa Moreira (item 2.3.1).

Por essas razões, o autor pensa que exigir que a coisa julgada, para ser válida, tivesse que não violar alguma norma constitucional, seria o mesmo que “submetê-la a uma premissa impossível de ser observada”. O raciocínio incidiria em inversão lógica, “vício comum nos juristas do direito material, quando tratam de questões processuais”, pois “o estado de incerteza, inerente à litispendência, é visualizado pelo observador a partir de uma perspectiva privilegiada, que lhe permite saber – antecipadamente [...] que a sentença será de procedência”¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Na sequência, Ovídio Baptista afirma que as teses relativistas, ao proclamarem a submissão dos institutos jurídico-processuais aos valores da moralidade e da justiça, que devem iluminar sempre o direito, certamente encontrarão defensores, que fornecerão “simpatia, quando não adesão entusiástica, a esse generoso ponto de vista que, renunciando à absolutização do valor ‘segurança’, exigido pelo Iluminismo, prioriza a ‘justiça’, como o supremo valor”¹⁰². Adverte, entretanto, que essa é uma operação “no reino da pura abstração”, apropriada “para uma sala de aula, produzida ao estilo de nossas Universidades ou para um livro de doutrina” e que seria necessária testá-la em sua dimensão funcional e pragmática, ou seja, “indagando como as coisas se darão quando a tranquila segurança do discurso teórico, perdendo a dimensão

⁹⁹ “Embora o ilustre magistrado, ao que me é dado compreender, preconize a eliminação da coisa julgada em casos excepcionais, a verdade é que, aceitando suas premissas, parece-me que nada mais restará do instituto. Afinal, que sentença não poderia ser acusada de “injusta”; e qual a injustiça que não poderia ser tida como ‘grave’ ou ‘séria’? E como seria possível atribuir a uma sentença a qualificadora de ‘absurdamente lesiva’ ao Estado, como sugere Dinamarco? A coisa julgada resistiria às sentenças ‘lesivas’, mas não às que fossem ‘absurdamente’ lesivas? Como medir a lesividade, digamos ‘normal’, provocada pela sentença, para diferenciá-la, da ‘absurdamente’ lesiva? Que tribunal teria o poder de reconhecer essa injustiça, com força para impedir que outro tribunal, em julgamento subsequente - liberto da contingência da coisa julgada -, viesse a dizer, ao contrário do que dissera o segundo julgamento, que não houvera qualquer injustiça no primeiro julgamento; e muito menos uma ‘grave’ injustiça?” (*Idem*).

¹⁰⁰ *Idem*. p. 313/314.

¹⁰¹ Exemplo do pensamento criticado por Ovídio Baptista seria aquele sustentado por Alexandre Freitas Câmara, para quem “apenas no caso de ser correta a atuação da vontade do direito objetivo [...] é que a coisa julgada será capaz de tornar absolutamente imune a ataques o conteúdo da sentença” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 293).

¹⁰² *Idem*. p. 317.

estática e formal com que o raciocínio abstrato lhe protege, tenha de descer das alturas, para enfrentar as inimagináveis diversidades dos casos concretos”. Essa nova operação concreta equivaleria a averiguar “caso a caso, quais dentre eles realmente reproduzem aquilo que, teórica e previamente, condenamos”, isto é, a “saber se a coisa julgada abriga uma simples inconstitucionalidade, para distingui-la daquela que, contendo uma “flagrante inconstitucionalidade”, deva ser eliminada”.

Nesse ponto, porém, é “indispensável mergulhar na extrema complexidade da vida real, submetendo-nos às exigências do direito transformado em simples ‘expectativa’”, ocasião em que se é forçado a renunciar à segurança das proposições estáticas do direito material “para navegar no *mare revolto* do provável, do direito apenas ‘afirmado’, do direito que o autor simplesmente alega possuir”¹⁰³.

No mesmo sentido é a lição de João Alberto de Almeida, para quem “dizer que a coisa julgada pode ser flexibilizada por ser inconstitucional, fato que gera nulidade da sentença, é ferir a realidade”, pois a “nulidade processual nesta hipótese deve ser declarada, e não presumida, vez que sentença opera efeitos sobre a realidade e isto gera direitos”. Assim, a “realidade é mais abrangente e rica que a imaginação do legislador, porque dela participam as pessoas com sua capacidade de criar, recriar e modificar situações”¹⁰⁴.

Por isso, a crítica de Ovídio Baptista se dirige ao fato de os defensores da relativização partirem da injustiça pressuposta da sentença, algo que não seria dado, mas somente constatado por meio do processo e após o processo, o qual, uma vez terminado, veda a rediscussão da matéria, salvo pela via típica da ação rescisória.

2.3.3 A justiça como conceito performativo e argumento totalitário

Georges Abboud e Maira Scavuzzi partem de uma abordagem jusfilosófica para tratar do tema da coisa julgada inconstitucional e sua relativização. O princípio motriz do artigo é a preocupação dos seus autores com

¹⁰³ *Idem.* p. 317/318.

¹⁰⁴ ALMEIDA, João Alberto de. *Aspectos constitucionais da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 227/228.

o controle da atividade jurisdicional pela fundamentação, notadamente diante do emprego “*ad hoc* dos conceitos vazios para justificar a tomada de decisão”. Esses seriam verdadeiros criptofundamentos, dentre os quais o mais importante seria a justiça, na medida em que ela, “dada a imprecisão terminológica e o alto grau de abstração, serve a qualquer fim e coloca sob risco o próprio direito”¹⁰⁵.

Os autores verificam que a relevância do controle da legitimação democrática das decisões judiciais aumentou consideravelmente após a Segunda Guerra Mundial. Naquele momento histórico, foram formuladas críticas no sentido de que o positivismo teria permitido ou mesmo contribuído para a implantação do regime nazista e para as violações aos direitos humanos por ele perpetradas, porque não houvera a imposição de barreiras quanto ao conteúdo do direito advindo do Estado. Nada obstante, apontam os autores que, mesmo nesse contexto, a submissão do direito a valores metafísicos, como a justiça ou a moral, não figurou como alternativa à crise de conteúdo do positivismo: a vagueza de tais conceitos impede um consenso sobre eles e, assim, qualquer coisa pode ser justa ou contrária à justiça¹⁰⁶. A solução encontrada foi, então, a positivação de direitos fundamentais pelas Cartas Constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional para tutelá-los, protegendo o direito das minorias em face da vontade legiferante da maioria.¹⁰⁷

A rejeição da justiça como solução para a crise de conteúdo do positivismo resultou, como visto, “da falta de critérios compartilhados e de uma teoria normativa prévia para a definição de justiça”. Por isso, seu uso, enquanto termo vazio e insuscetível de controle, “mais se presta ao agir que a efetivamente

¹⁰⁵ ABOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. *A relativização da coisa julgada material injusta: um estudo à luz da teoria dos enunciados performativos de John L. Austin*. In Revista de Processo, vol. 284/2018, p. 77 – 113, Out / 2018, p. 285.

¹⁰⁶ Georges Abboud e Maira Scavuzzi adotam uma visão interpretativa dworkiana da justiça. Isso significa que ela seria um empreendimento interpretativo intersubjetivo, ou seja, seria o argumento e não um fundamento físico ou natural que sustentaria o melhor posicionamento sobre o justo. Há, portanto, a necessidade de uma interpretação construtiva, que, em linhas gerais, é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. “O intérprete impõe ao objeto um valor representativo de um interesse ou objetivo. Toda interpretação visa tornar o objeto o melhor possível, de acordo com o valor que é atribuído à prática pelo intérprete. Desse modo, a interpretação precisa de uma teoria normativa prévia e de uma hipótese interpretativa. [...] Decidir qual interpretação é melhor pressupõe avaliar que teoria normativa é melhor, isso exige que existam conceitos minimamente compartilhados. É necessário partir de uma base comum para que a interpretação possa caminhar. Discutir se um determinado livro é bom ou ruim, por exemplo, pressupõe que os intérpretes partilhem minimamente o conceito de livro.” *Idem*. p. 292/293.

¹⁰⁷ *Idem*. p. 290/292.

explicar os porquês da ação”, o que o tornaria, então, um conceito performático¹⁰⁸.

Essa noção seria dada pela teoria da linguagem de John L. Austin, que propõe sejam os atos linguísticos classificativos em duas categorias; os enunciados constativos, que “se prestam apenas à descrição ou constatação de algo, no que estão sujeitos a um juízo de falsidade ou veracidade”; e os enunciados performativos, que não pretendem uma descrição de algo (e por isso não podem ser verdadeiros ou falsos), mas sim a execução de algo, pelo que se submetem a uma análise de “sucesso ou fracasso na realização da tarefa a que se destinam”. No entanto, a verificação de que todo enunciado seria em parte constativo e em parte performativo fez Austin propor uma abordagem ainda mais aprofundada do tema, para distinguir os atos linguísticos pela carga de seus aspectos locutório, ilocutório e perlocutório. O primeiro seria simplesmente o ato de dizer algo, ou seja, produzir um som, na forma de vocábulos e palavras, numa ordem gramatical e com um significado semântico. O segundo diria respeito à intenção subjacente ao ato locutório, ou seja, o verbo praticado pelo locutor: perguntar, anunciar, atestar, prometer, criticar, etc. Por fim, o aspecto perlocutório se refere aos “efeitos decorrentes do que se diz, isto é, às consequências da enunciação”. Assim, reformulando-se a classificação dos atos linguísticos, o fator distintivo entre ato constativo e performático estaria na relevância dada ao aspecto ilocutório: enquanto no ato constativo a ênfase estaria na mera locução, no ato performático, por outro lado, seria essencial a ilocução, “a intenção, a ação desejada por meio da enunciação”¹⁰⁹.

A justiça, à maneira como utilizada pelas teorias relativistas da coisa julgada, constituiria um enunciado performático, porque mero pretexto para um fazer, no caso, a desconsideração da coisa julgada material. Os teóricos dessa corrente não estariam preocupados em formular um conceito de justiça e menos ainda percorrer a empreitada interpretativa realizada para chegar a esse conceito, mas “partem do pressuposto de que o justo está no senso comum, que pode ser identificável por qualquer indivíduo, que é, de algum modo, algo intuitivo”. O modo como o conceito é utilizado, “uma expressão instrumentalizada para um fazer, desprovida de qualquer significado sujeitável a um controle”, seria

¹⁰⁸ *Idem*. p. 293.

¹⁰⁹ *Idem*. p. 295/297.

especialmente preocupante em termos de legitimidade, porque normalmente vem identificado como um enunciado meramente constativo. Entretanto, ao contrário dos enunciados constativos, os enunciados performativos são imunes ao juízo de veracidade ou falsidade, e se submetem exclusivamente à análise de seu sucesso ou fracasso na realização da tarefa a que se destinam. No campo da relativização da coisa julgada, isso equivale a dizer que a injustiça da decisão anterior não pode ser verificada, mas é pressuposta para a consecução da finalidade de quebra da coisa julgada e, sendo essa bem-sucedida, torna-se justificado o enunciado.

Com isso, “o descontrole do conteúdo da lei criticado no pós-guerra é sucedido por um descontrole da decisão judicial”, pois “fundamentar por meio de conceito performático é o mesmo que não fundamentar [...] uma vez que esses enunciados não possuem nenhum conteúdo passível de um juízo de veracidade ou falsidade”. Nesse sentido, a relativização da coisa julgada por meio de enunciado performativo que toma por base o ideal do justo seria, “a um só tempo, um golpe contra a garantia constitucional da coisa julgada e contra a legalidade em si”. Nesse sentido, “a pretexto de fazer justiça, oferece ao jurisdicionado o caminho do arbítrio discricionário em lugar da legalidade democrática institucional”¹¹⁰.

Na mesma linha de raciocínio é o pensamento de Nelson Nery Jr., que se mostrou extremamente preocupado com a arbitrariedade que poderia advir da utilização do argumento de injustiça da sentença como móvel para a desconsideração da coisa julgada.

Para o autor, essas teses seriam velhas conhecidas da doutrina e da jurisprudência e nada apresentariam de novidade, vez que, há mais de século, já se teria pacificado o entendimento de que a coisa julgada material teria “força criadora, tornando imutável e indiscutível a matéria por ela acobertada, independentemente da constitucionalidade, legalidade ou justiça do conteúdo intrínseco dessa mesma sentença”. A *res judicata* seria, então, “elemento formador do Estado Democrático de Direito”, o qual convive com a sentença injusta e com aquela proferida de forma contrária à Constituição, já que, para tais hipóteses, existem recursos e meios autônomos de impugnação das decisões.

¹¹⁰ *Idem*. p. 299/300.

Portanto, o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto seria menos grave do que o de instaurar-se a insegurança geral com a desconsideração da coisa julgada¹¹¹.

A preocupação de Nelson Nery Jr. com as teorias relativistas é ainda mais acentuada pelas semelhanças notadas entre essas e os instrumentos processuais adotados pelo nacional-socialismo alemão. Com efeito, o autor aponta que Hitler editou, em 1941, uma lei tornando o Ministério Público legítimo para avaliar “se a sentença seria justa ou não, se atendia aos fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão” e, caso entendesse que a decisão era injusta, poderia propor ação rescisória para desconstituí-la. Portanto, a injustiça da decisão fora alçada a causa de rescindibilidade no regime nazista, motivo pelo qual, para Nelson Nery Jr., as correntes relativistas estariam se valendo de instrumento do totalitarismo, ao pretender a quebra da coisa julgada com tal fundamento. Ademais, segundo o autor, o movimento doutrinário brasileiro teria ido ainda mais longe, pois o direito processual alemão nazista teria ao menos preservado minimamente a coisa julgada, ao estabelecer a injustiça como *causa petendi* de ação rescisória, enquanto aqui verificou-se a defesa da simples desconsideração da coisa julgada em razão da injustiça da sentença¹¹².

A síntese de seu pensamento, então, é a de que o processo é instrumento destinado a permitir uma tutela jurisdicional adequada e justa, de modo que a justiça seria o seu ideal maior, mas, por isso mesmo, utópico. Assim, havendo choque entre esse ideal de justiça e a segurança das relações jurídicas, “o sistema constitucional brasileiro resolve o choque optando pelo valor segurança

¹¹¹ NERY JR., Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 293/294. Em outra passagem, volta Nelson Nery Jr. à questão da distinção de tratamento da lei e da sentença inconstitucionais: “À sentença transitada em julgado que eventualmente padeça do vício da inconstitucionalidade não pode ser dado o mesmo tratamento da lei ou ato normativo inconstitucional. Este último é norma de caráter geral, editado de forma objetiva e no interesse geral. A sentença é lei (norma) de caráter privado, editada de forma subjetiva e no interesse particular. Para a lei stricto sensu concorre a vontade do parlamento e do chefe do poder Executivo para sancioná-la ou exercer o seu poder de veto; na sentença é examinada a situação peculiar e particular das partes, depois das discussões e do exame de todos os argumentos que puderem e que poderiam ter sido utilizados no processo, de modo que se consubstancia em norma particular especialíssima. Seu controle de constitucionalidade, por isso, não pode ser ilimitado no conteúdo e no tempo”. (*Idem*. p. 294/295).

¹¹² *Idem*. p. 295/296.

(coisa julgada), que deve prevalecer em relação à justiça, que será sacrificada (*Veropferungstheorie*)”, sendo essa solução uma decorrência da escolha por um Estado Democrático de Direito¹¹³.

2.3.4 A função sociológica da coisa julgada

O tema da relativização da coisa julgada inconstitucional recebeu de Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Tiago Flecha de Almeida uma análise sob a perspectiva da sociologia jurídica, notadamente à luz da teoria dos sistemas de Luhmann¹¹⁴. Os autores buscaram reconstruir a função sociológica não apenas da coisa julgada, mas, também, do próprio direito e da jurisdição, para refletirem sobre a adequação das teorizações que pretendiam desconsiderar a coisa julgada material.

Nesse sentido, a sociedade seria um sistema autorreferencial e autopoietico, que se desmembra em subsistemas em razão da sua “alta complexidade e da dupla contingência que marcam as relações humanas”¹¹⁵. Esses subsistemas são funcionalmente diferenciados e apresentam operações seletivas para garantir a “diminuição das possibilidades de escolha à disposição dos homens e, conseqüentemente, dos riscos envolvidos”¹¹⁶.

Assim, dentro do subsistema jurídico, o processo exerceria, “ao lado do mecanismo contrafático da sanção, o papel de resolver os conflitos de interesses que surgem quando pessoas divergem sobre questões relacionadas ao direito material”. Seu objetivo seria o de restabelecer o *status quo* anterior à frustração das expectativas de uma parte, causada pela conduta contrária à norma da outra parte. Entretanto, transcendendo a expectativa gerada por cada conduta individualmente considerada, tem-se a figura da confiança, que emerge do cumprimento pelos subsistemas da sociedade das funções que lhe competem e

¹¹³ *Idem*. p. 297.

¹¹⁴ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ALMEIDA, Tiago Flecha de. *Estudos transdisciplinares em direito processual civil: um breve convite à reflexão*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.º 111, p. 351/376, jul/dez, 2015.

¹¹⁵ A dupla contingência reside no fato de que, por um lado, a complexidade objetiva do sistema social implica na impossibilidade de o indivíduo assimilar todos os seus aspectos para a tomada de sua decisão. Por outro lado, o convívio social impõe ao indivíduo a necessidade de lidar com as escolhas das outras pessoas, cujo comportamento não é integralmente previsível, gerando, assim, uma segunda contingência ao sujeito.

¹¹⁶ *Idem*. p. 357.

que firma-se “gradualmente a cada confirmação das expectativas que o indivíduo cultiva”. A confiança liga-se, então, “à dimensão temporal da comunicação social, constituindo-se na fórmula encontrada pela sociedade moderna para lidar com a sobrecarga de complexidade e contingência do futuro”¹¹⁷.

Essa dimensão temporal da confiança, trazida ao processo judicial, antagoniza-se com os riscos trazidos pela incerteza inerente ao conflito de interesses. Assim, as partes, “por não saberem quem sairá vitorioso até que a relação processual chegue ao fim, não conseguem conjecturar sobre o futuro”, o que torna “latente o risco de se decidir sobre questões a ela ligadas”. Esse estado de incerteza chega ao fim “quando o julgador toma a decisão que lhe compete e sobre ela recaem a imutabilidade e a intangibilidade, conferidas pela autoridade da coisa julgada”. *A contrario sensu*, se as partes pudessem “indefinidamente rediscutir a solução dada ao conflito de interesses, o estado de incerteza que lhe é inerente nunca chegaria ao fim e, como consequência, a sobrecarga de complexidade do futuro manter-se-ia incólume”¹¹⁸.

Com isso, concluem os autores que à coisa julgada deve ser atribuído a condição de valor abrigado pela Constituição, por ser crucial para que o processo atinja seu objetivo de ser “mecanismo de canalização e superação das frustrações de expectativas normativas generalizadas de comportamento”. Em outras palavras, a coisa julgada seria instituto necessário à promoção do estado ideal de coisas “previsibilidade das relações sociais”, pois sua autoridade, que reveste de imutabilidade e intangibilidade o ato estatal que põe fim ao litígio, traduz-se em confiança para as partes¹¹⁹.

2.3.5 Eficácia preclusiva da coisa julgada e a sua imponderabilidade

Como visto, uma das formas de defender a relativização da coisa julgada foi estabelecer que um equivocado juízo de constitucionalidade de lei realizado pela sentença ensejaria uma nulidade que não seria sanada pelo trânsito em julgado ou mesmo pelo decurso do prazo decadencial da ação rescisória. Outra forma foi a proposta de submeter a coisa julgada a uma ponderação axiológica,

¹¹⁷ *Idem.* p. 361/362.

¹¹⁸ *Idem.* p. 363/364.

¹¹⁹ *Idem.* p. 365/366.

toda vez que a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença puder ferir valores altos do ordenamento constitucional. Ambas sofreram a crítica de Luiz Guilherme Marinoni¹²⁰.

Em primeiro lugar, tem-se que a questão constitucional, num sistema de controle difuso como o brasileiro, pode ter sido expressamente alegada e decidida. No entanto, ela pode, igualmente, não ter sido abordada pelas partes e surgir apenas depois do trânsito em julgado. Em todo caso, é a eficácia preclusiva da coisa julgada, que faz reputar “deduzidas e repelidas, todas as alegações e defesas que a parte poderia opor ao acolhimento ou à rejeição do pedido”, que vedaria a rediscussão da matéria. Com efeito, não seria permitida a invocação da inconstitucionalidade para a modificação do resultado do julgamento, ainda que se trate de nulidade absoluta da sentença, cognoscível de ofício¹²¹.

Da mesma forma, Marinoni apontou para a impossibilidade de submeter a coisa julgada a um juízo de ponderação, pois não haveria sentido colocar no mesmo plano, para o pretendido balanceamento, o direito reconhecido pela jurisdição e o atributo que objetiva garantir a própria decisão jurisdicional. Em outras palavras, “a coisa julgada não pode ser colocada no mesmo plano do direito que constitui o objeto da decisão à qual adere”. Isso porque a *res judicata* seria uma condição para a existência do discurso jurídico, que sem ela se tornaria um mero discurso prático revisável. Por outro lado, somente haveria que se falar em ponderação dentro de um discurso jurídico e, por fim, mesmo que fosse a coisa julgada ponderável, essa ponderação já teria sido feita legislador, ao estabelecer-lhe os limites e as hipóteses de rescisão, o que vedaria adicional ponderação judicial¹²².

¹²⁰ O presente tópico limita-se às considerações do autor sobre a relativização atípica da coisa julgada, já que, adiante, em tópico próprio, aborda-se as críticas dirigidas especificamente à utilização da posterior declaração de inconstitucionalidade como fundamento para impugnar a execução ou rescindir a coisa julgada, conforme previsão expressa do direito positivo, as quais resultaram em obra mais recente do autor, fruto de atualização da mais antiga (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 19/20.

¹²² *Idem*. p. 183/187.

2.3.6 Algumas concessões dos críticos

Se as teorias da relativização da coisa julgada inconstitucional mereceram diversas críticas, não se pode dizer que os debates sobre o tema tenham sido totalmente inférteis. Ao contrário, a controvérsia instalada exigiu dos doutrinadores que revisitassem os conceitos envolvidos, nem que fosse para reafirmar aquilo que deveria permanecer incólume e, eventualmente, refutar as ideias ultrapassadas e inadequadas ao novo ambiente processual. Nesse sentido, Antônio Cabral é feliz ao asseverar que, embora as teses não tenham fornecido critérios substanciais e procedimentais seguros para a superação da estabilidade, elas tiveram o mérito de “produzir larga reflexão em torno das concepções de justiça e segurança no processo contemporâneo, permitindo que tais temas voltassem à agenda dos processualistas”¹²³.

Com efeito, até mesmo os críticos, que rechaçaram *de lege lata* qualquer tentativa de relativização atípica da coisa julgada, formularam propostas *de lege ferenda* para a modificação do regime de revisão das decisões. O caso das investigações de paternidade julgadas sem o auxílio de exames de DNA recebeu atenção especial: Barbosa Moreira e Paulo Lucon sustentaram o alargamento do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória com base em documento novo, que passaria, ainda, a ter como termo *a quo* a data da obtenção da prova¹²⁴. Nelson Nery Jr. propôs que a sentença de mérito da ação de investigação de paternidade formasse coisa julgada *secundum eventum probationem*, tanto para investigante, quanto para investigado¹²⁵. Vale destacar que a primeira das sugestões parece ter sido acatada pelo novo código de Processo Civil, que estabeleceu, por seus arts. 966, inciso VII, e 975, §2º, regime

¹²³ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 205/206.

¹²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 264/265; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 164.

¹²⁵ NERY JR., Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 303.

especial do prazo decadencial para a ação rescisória fundada em prova nova, o que será objeto de aprofundamento adiante.

Outro caso específico que teve considerações de natureza sugestiva ao legislador foi o da sentença que aplica norma já declarada inconstitucional pelo STF: malgrado já fosse cabível a ação rescisória por violação de norma jurídica para controle dessa situação, Barbosa Moreira entendeu que poderia ser definido a admissibilidade dessa rescisória a qualquer momento, independente de prazo decadencial¹²⁶.

Ovídio Baptista, embora não tenha se referido a casos específicos, afirmou que um novo sistema de proteção à estabilidade dos julgados teria de, necessariamente, pressupor instrumentos limitados à ação rescisória ou a uma disciplina adequada e previamente definida da *querela nullitatis*. Rejeitou, entretanto, “o afastamento da coisa julgada suscitado sob a forma de uma questão incidente, no corpo de outra ação”, bem como a relativização da coisa julgada “a partir de pressupostos valorativos, como ‘injustiça’ da sentença, sentença ‘abusiva’, ‘moralidade’ administrativa, ou outras proposições análogas”¹²⁷.

A abertura admitida por Gláucio Maciel e Tiago Flecha é maior. Se a disciplina de proteção da coisa julgada está baseada na confiança por ela gerada ao subsistema jurídico, os autores logo admitem que a mesma razão pode levar à mitigação de sua intangibilidade. Ou seja, se as decisões encerrarem teratologias em seus conteúdos, “o que implica necessariamente descrédito para os litigantes e as pessoas em geral”, então “jamais se tornarão imutáveis e intangíveis, devendo ser alvos de *querela nullitatis insanabilis* a qualquer tempo para aniquilá-las”, porque seriam casos de verdadeiras sentenças inexistentes¹²⁸.

Por fim, Marinoni entende que o STF não precisaria ressalvar a coisa julgada dos efeitos de um julgamento de inconstitucionalidade da lei, porque a

¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 264/265.

¹²⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa julgada relativa?* In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 318/319.

¹²⁸ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ALMEIDA, Tiago Flecha de. *Estudos transdisciplinares em direito processual civil: um breve convite à reflexão*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.º 111, p. 351/376, jul/dez, 2015, p. 367/368.

validade do ato normativo e da decisão que o aplicou estariam em planos distintos. Entretanto, concede o autor que o STF poderia, excepcionalmente e diante de relevante valor concreto, decidir expressamente pelo atingimento da coisa julgada, no que denominou de potencialização dos efeitos da decisão do controle concentrado¹²⁹.

2.4 Repercussões legislativas e jurisprudenciais

2.4.1 Da Medida Provisória nº 1997/37 de 2000 ao CPC/15

Toda essa discussão acadêmica acerca da relativização da coisa julgada não deixou de produzir resultados no plano legislativo e jurisprudencial. No início do século, em janeiro de 2000, foi editada a Medida Provisória nº 1997/37, que acrescentou um parágrafo único ao art. 741 do CPC/73 para possibilitar à Fazenda Pública a oposição de embargos à execução, ao fundamento de inexibibilidade do título judicial “fundado em lei, ato normativo ou em sua interpretação ou aplicação declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”. Essa redação foi alterada posteriormente pela Medida Provisória nº 1984-21, que estabeleceu ser inexigível, para fins dos embargos à execução, 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 Federal”.

As vicissitudes desses dispositivos serão abordadas à frente nesse mesmo tópico, mas cumpre adiantar que essa singela alteração redacional foi suficiente para instaurar controvérsia acerca da necessidade de decisão expressa do STF considerando a interpretação do ato normativo inconstitucional, para fins da oposição dos embargos. Isso porque o texto se referiu a “aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”, mas não especificou por quem elas seriam tidas como incompatíveis, se pelo STF ou pelo juízo da execução¹³⁰.

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 141.

¹³⁰ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002, p. 02.

O advento da Lei nº 11.232/05 pôs fim a essa dúvida ao consolidar no CPC/73 o art. 741, parágrafo único, e inserir, ainda, o art. 475-L, §1º, os quais traziam, respectivamente, hipóteses embargos à execução e impugnação ao cumprimento de sentença, baseados na exigibilidade do título, quando esse fosse “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”. Com isso, restou clara a necessidade de que a incompatibilidade da interpretação fosse declarada pelo STF. Além disso, adaptou-se a disciplina à nova era de execuções de sentenças no processo civil¹³¹, ao prever-se a mesma defesa na impugnação ao cumprimento de sentença.

Isso não significa que a figura desses embargos, ou da impugnação ao cumprimento de sentença, com base na declaração de inconstitucionalidade da norma em que se baseou a sentença exequenda, fosse isenta de controvérsias. Essas foram causadas, em grande parte, pela circunstância de a disciplina desses dispositivos ter significado, de forma inovadora, a possibilidade de o executado arguir uma matéria atinente ao conteúdo do título executivo judicial, já acobertado pelo manto de intangibilidade da coisa julgada, para lhe impugnar a execução.

Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria não tardaram a afirmar que esses dispositivos representaram a consagração legislativa de que a coisa julgada não escapa ao controle judicial de constitucionalidade¹³². Paulo Henrique dos Santos Lucon foi além, enxergando no art. 741, parágrafo único, do CPC/73, a positivação de uma causa de pedir típica, ligada a uma invalidade insanável da sentença e, por isso, hábil a autorizar a propositura de “ação cognitiva autônoma”, a qualquer tempo, com o “escopo de desconstituir sentença que se baseou exclusivamente em lei reconhecida como inconstitucional pelo Supremo

¹³¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume III, 47ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 03/04.

¹³² THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 213.

Tribunal Federal independentemente de seu conteúdo”, seja declaratório, constitutivo ou condenatório¹³³.

A impressão dominante foi menos entusiástica, e deu-se no sentido de que simplesmente se tratava de um mecanismo processual típico¹³⁴, de “eficácia rescisória”¹³⁵ ou de função rescisória¹³⁶. Esse mecanismo, diga-se, embora tenha sido acoplado à hipótese de inexigibilidade da obrigação, nada tinha a ver com essa figura. Essa refere-se à sujeição das obrigações “a termo, condição ou quaisquer outras limitações temporais”¹³⁷, do que, evidentemente, não se cuida no caso de declaração de inconstitucionalidade da norma em que se baseou a sentença. A equiparação de uma figura à outra teria sido feita apenas no intuito conferir-lhes a mesma consequência, sem embargo da diversidade de premissas, como apontou Talamini, com suporte em Barbosa Moreira¹³⁸. Além disso, aquele autor pontuou - com o que se está de acordo -, que o correto e tempestivo manejo dos embargos em discussão mostrava-se indispensável para obstar os atos executivos, não sendo admissível levar a discussão diretamente na execução ou por meio de outra demanda atípica¹³⁹.

¹³³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 161.

¹³⁴ TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória).* In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais.* Salvador: Juspodivm, 2018, p. 369.

¹³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada.* Salvador: JusPodivm, 2008, p. 334; ALVIM, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis.* Salvador: JusPodivm, 2019, p. 110/111.

¹³⁶ NERY JR., Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito.* In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada.* Salvador: JusPodivm, 2008, p. 300.

¹³⁷ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença.* 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 340.

¹³⁸ TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória).* In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais.* Salvador: Juspodivm, 2018, p. 368/369. “Tem-se uma ficção jurídica, a equiparação formal de uma situação a outra, diversa, para que se submetam ambas a uma mesma norma, originalmente concebida a apenas uma delas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e a prova.* In Temas de direito processual, primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 64/65.)

¹³⁹ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade.* In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002, p. 23. O autor compara a norma do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, com a norma do §79, da Lei do Tribunal

Seja como for, a positivação de uma nova hipótese rescisória – ainda que não deduzível por meio de ação rescisória – fundada em incompatibilidade de juízos constitucionais, não deixou de ser representativa de uma tentativa de disciplinar o tão almejado controle de constitucionalidade das sentenças. Há que se pontuar, porém, que o parâmetro de controle não é, nos embargos ora em análise, a norma constitucional abstratamente considerada, tal como se dá no controle de constitucionalidade de leis, mas sim o precedente da Corte Constitucional, enquanto interpretação definitiva e vinculante daquela norma.

Além disso, houve polêmica quanto a outros aspectos dos embargos e da impugnação ao cumprimento de sentença, notadamente quanto: (i) ao tipo de pronunciamento do STF que seria capaz de ensejar a insurgência contra a execução; (ii) à configuração da incompatibilidade entre a decisão exequenda e a declaração do STF; (iii); os efeitos do acolhimento dos embargos; (iv) ao aspecto temporal das decisões.

Com efeito, houve quem defendesse que (i) a regra somente seria aplicável quando o juízo constitucional fosse proveniente de controle concentrado e, em caso de controle difuso, apenas se o Senado exercesse a competência prevista pelo art. 52, X, da Constituição¹⁴⁰, e nos limites em que

Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgerichtgesetz – BverGG*), a qual será analisada no capítulo 3, para concluir que a conclusão proposta, por exemplo, por Lucon, seria "levar longe demais a relativização" da coisa julgada: "A regra do art. 741, parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5), é claramente inspirada em dispositivo do ordenamento alemão segundo o qual "não é admissível" a execução da sentença que houver aplicado lei inconstitucional. Talvez se pudesse pretender que uma tal inadmissibilidade implicaria carência de ação executiva, argüível na própria execução. No entanto, a mesma regra do direito alemão que alude à inadmissibilidade desautoriza essa conclusão, na medida em que expressamente indica a via cabível para a arguição do defeito: a medida prevista no § 767 do diploma processual civil alemão (ZPO). É a "ação de oposição (embargos) à execução" meio adequado para veicular "as objeções que afetam a própria pretensão determinada pela sentença" (§ 767, 1). Portanto, tampouco o direito comparado oferece subsídios para a tese de que a matéria do art. 741, parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5), poderia ser discutida na própria execução. [...] Admitir que a coisa julgada possa vir a ser desconstituída através de mera objeção no processo executivo talvez signifique levar longe demais a "relativização" dessa garantia. Há de encontrar o meio-termo entre o primado absoluto, em nome da segurança jurídica, dos provimentos que consagram inconstitucionalidades e a pura e simples desconsideração da coisa julgada, em homenagem à supremacia da Constituição. E, em princípio (v. n. 12), o ponto de equilíbrio reside na possibilidade de combate ao título "inconstitucional" através dos embargos."

¹⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 59; MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 274.

essa “suspensão da execução” se desse¹⁴¹. O argumento seria o de que as declarações proferidas incidentalmente, em processos subjetivos, não seriam dotadas de eficácia *erga omnes*, mas estariam vinculadas aos limites da lide julgada.

Por outro lado, Zavascki sustentou ser indiferente se a declaração do STF adviesse de controle difuso ou concentrado, pois também naquele caso haveria força vinculante da decisão para todos os órgãos do poder Judiciário. Segundo o autor, a resolução do Senado perdeu o sentido e a importância em face do processo de mutação constitucional que operou a paulatina e constante “dessubjetivação” ou “objetivação” do controle incidental de constitucionalidade pelo STF¹⁴². Essa posição ganhou a adesão do legislador, que a positivou no CPC/15, como se verá adiante.

Discutiu-se, também, sobre (ii) qual tipo de incompatibilidade deveria haver entre a solução da questão constitucional feita pela sentença transitada em julgado e a decisão do STF, para que se autorizasse a oposição dos embargos. De fato, não havia dúvida de que, quando a primeira aplicasse, reputando constitucional, uma norma que houvesse sido declarada inconstitucional pelo STF, estaria preenchido o requisito dos arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73. Entretanto, Humberto Theodoro Jr. pretendeu dar tratamento distinto à hipótese em que a decisão exequenda houvesse recusado aplicação à norma, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, e o STF tivesse expressado entendimento divergente, declarando-a constitucional. Para o autor, em situação tal, a ofensa à Constituição seria meramente reflexa e não autorizaria, portanto, a utilização do regime especial de invalidação ou rescisão das sentenças inconstitucionais¹⁴³.

¹⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002, p. 18. De forma mais aprofundada em: TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 446/449. O autor esclarece, ainda, que o regime da suspensão da execução da lei pelo Senado, por ser oriundo de uma decisão autônoma da casa legislativa, pode se dar em termos distintos da decisão do STF que o ensejou, ou seja, de forma parcial ou com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

¹⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 47/54. No mesmo sentido: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 162.

¹⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: Revista de Processo, vol. 127, p. 9-53, Set / 2005, p. 14.

Entretanto, também se defendeu que não haveria razões para dar solução distinta às situações¹⁴⁴, apesar de a leitura literal ou *a contrario sensu* do art. 741, parágrafo único, realmente levar a crer não estivesse contemplado o caso da sentença que declarou inconstitucional ou negou aplicação à norma declarada constitucional pelo STF. Teori Zavascki, alterando sua posição anterior sobre o tema, asseverou que seria preferível a analogia à interpretação *a contrario sensu*, posto que, em ambas as situações, há violação à interpretação operada pelo STF. Segundo o autor, os pronunciamentos na jurisdição constitucional são dotados, naturalmente, de eficácia dúplice, ou seja, valem com a mesma intensidade na forma positiva - preservação do sistema normativo estabelecido - e negativa - purificação desse mesmo sistema ao excluir a inconstitucionalidade¹⁴⁵.

A interpretação dos dispositivos envolveu ainda outra dúvida, a de saber (iii) quais seriam os efeitos do acolhimento dos embargos com eficácia rescisória, isto é, implicaria tão somente o encerramento da execução¹⁴⁶ ou se permitiria o rejulgamento da causa¹⁴⁷⁻¹⁴⁸.

Por fim, não houve dúvidas acerca (iv) da inadmissibilidade dos embargos ou da impugnação se tiver havido a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que essa opere *ex nunc* ou *pro futuro*, e a decisão exequenda houver transitado em julgado ainda no período da modulação de efeitos. De fato, se a declaração ainda não produz plenamente seus efeitos, não há como imaginar possa atingir, senão persuasivamente, os processos em curso.

Entretanto, esse é apenas um dos aspectos temporais envolvidos nos instrumentos de defesa dos arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73.

¹⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002, p. 18; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 180/181.

¹⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Idem*.

¹⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual*. 13ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 197.

¹⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002, p. 20/21; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, "coisa julgada inconstitucional" e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 163.

¹⁴⁸ Esse assunto será tratado com maior aprofundamento quando se abordar o juízo rescisório da ação prevista nos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/2015.

Independentemente do tipo de efeitos produzidos pela declaração de constitucionalidade, alguns autores sustentaram o descabimento dos embargos e da impugnação quando a decisão do STF sobrevier ao trânsito em julgado da sentença exequenda, porque tal hipótese representaria afronta à coisa julgada e os princípios que lhe são correlatos¹⁴⁹. Esse talvez tenha sido, disparadamente, o aspecto mais polêmico envolvendo os dispositivos em tela e encontrou tratamento normativo expresso pelo CPC/15, o que, porém, não arrefeceu todas as discussões sobre o tema¹⁵⁰.

O advento do CPC/15 representou relevantes definições quanto aos efeitos do juízo constitucional sobre a coisa julgada. De fato, a disciplina dos arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73, foram transpostas, com modificações, para a redação dos arts. 525, §§12 a 15, repetida, de forma idêntica, no art. 535, §§5º a 8º¹⁵¹. Os artigos referem-se, respectivamente, ao

¹⁴⁹ Por todos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁵⁰ Trata-se com maior profundidade desse tema no capítulo 4.

¹⁵¹ 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 - inexecutabilidade 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.

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 - inexecutabilidade 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 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.

cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa e do cumprimento da mesma sentença em face da Fazenda Pública.

Logo em primeira leitura, percebe-se que o novo código resolveu algumas disputas doutrinárias: incluiu-se expressamente as decisões proferidas pelo STF em controle difuso de constitucionalidade como hipótese de incidência da consequência da norma; fixou-se o marco temporal dessa declaração em relação ao trânsito em julgado da decisão exequenda, isto é: se anterior, torna cabível a impugnação ao cumprimento de sentença; se posterior, autoriza a propositura de ação rescisória, cujo prazo decadencial tem como termo *a quo* o trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF.

Entretanto, a redação do código atual manteve algumas obscuridades, quais sejam: a atecnia do uso por equiparação da figura da inexigibilidade da obrigação; a questão da incidência da norma nas hipóteses em que a decisão exequenda tenha deixado de aplicar norma declarada constitucional; e, por fim, a falta de definição sobre as consequências do acolhimento dos embargos e/ou rescisão da decisão exequenda. Além disso, a norma hoje em vigor trouxe, ainda, novos desafios, ausentes na disciplina do código revogado, como a instituição de um termo inicial móvel para o prazo decadencial da ação rescisória.

Por fim, o art. 1.057 do CPC/15 esclareceu quaisquer dúvidas de direito intertemporal: às decisões transitadas em julgado antes da entrada em vigor da nova legislação, aplica-se o disposto nos arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73, enquanto para aquelas que transitarem em julgado após esse marco temporal, aplicar-se-ão as disposições dos arts. 525, §§14 e 15, e 535, §§7º e 8º, do CPC/15.

2.4.2 Da jurisprudência

A discussão sobre a relativização da coisa julgada, por sua extrema relevância para a ordem jurídica, já que envolve aspectos da busca por segurança e justiça nas decisões jurisdicionais, não poderia passar – como de

§ 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.

fato não passou – despercebida pelos tribunais superiores, responsáveis pela guarda da Constituição e das leis federais. A matéria foi objeto de diversas decisões esparsas e casuísticas, desde o início do século, mas parece ter encontrado uma razoável estabilidade jurisprudencial. Por razoável não se quer dizer que todos os aspectos dessa complexa e multifacetada questão tenham sido totalmente pacificados, mas apenas que a jurisprudência pátria logrou definir algumas bases interpretativas sobre as quais não recai mais tanta controvérsia.

Em primeiro lugar, as características especiais das ações de investigação de paternidade, pela importância dos valores jurídicos envolvidos, ligados à dignidade da pessoa humana e à personalidade e ancestralidade do indivíduo, bem como a circunstância especial do advento tecnológico do exame de DNA, desconhecido pela ciência ou inacessível às partes até algumas décadas atrás, foram considerados elementos de suficiente relevo para admitir a invocação para relativizar a coisa julgada, permitindo-se a propositura de nova ação com o mesmo objeto¹⁵². Afirma-se, então, que a jurisprudência do STF se consolidou no sentido de que “cabe a relativização da coisa julgada em se tratando de ação de investigação de paternidade em que não ocorreu realização de exame de DNA”¹⁵³. Da mesma forma, a jurisprudência do STJ “vem admitindo, nas ações de investigação de paternidade, a prevalência do princípio da verdade real, admitindo a relativização ou a flexibilização da coisa julgada”¹⁵⁴.

¹⁵² “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. [...] Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável” (STF, 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).

¹⁵³ STF, AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 14-11-2016 PUBLIC 16-11-2016.

¹⁵⁴ STJ, AgInt no AREsp 1215274/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 01/03/2019; AgInt no REsp 1414222/SC, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018

A abertura concedida às ações de reconhecimento de paternidade não se expandiu para outros cantos. No julgamento paradigmático do RE nº 730462¹⁵⁵, o STF refutou a corrente doutrinária relativizadora que pretendia ver a nulidade das sentenças como consequência automática da declaração de inconstitucionalidade da norma em que ela se baseou. O raciocínio da corte partiu da distinção entre a eficácia normativa e a eficácia vinculante ou executiva de seus julgamentos que importam a declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica. A primeira seria ligada à retirada da norma do ordenamento jurídico, e poderia se dar *ex nun* ou *ex tunc*. Já o segundo estaria relacionado à necessária observância do julgado, a partir da publicação do acórdão, por todos os órgãos do poder Executivo e Judiciário. Com isso, concluiu-se que a decisão do STF “declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente”. Para tanto, é “indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)”, com a ressalva da “execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado”.

Posteriormente, debruçando-se justamente sobre os meios típicos criados pelo legislador para lidar com a repercussão do juízo constitucional sobre os casos julgados, o STF julgou constitucionais, em controle concentrado, reiterado em difuso, os arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73, bem como os arts. 525, §§12 e 14, e 535, §5º, do CPC/15¹⁵⁶⁻¹⁵⁷. Considerou-se que esses

¹⁵⁵ STF, RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015. Esse precedente do STF levou o STJ a inadmitir *querela nullitatis*, por entender que apenas por ação rescisória se pode desconstituir a coisa julgada em razão de julgamento do Supremo Tribunal Federal que reconhece a inconstitucionalidade da lei que fundamentou a sentença (AgInt nos EAREsp 44.901/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/12/2016, DJe 15/12/2016).

¹⁵⁶ 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; RE 611503, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-053 DIVULG 18-03-2019 PUBLIC 19-03-2019.

¹⁵⁷ Entende-se que o §7, do art. 535, do CPC/15 apenas não constou do julgamento por erro material, já que as mesmas razões utilizadas para considerar o §14, do art. 525, do mesmo diploma, aplicam-se lhe integralmente, por terem exatamente a mesma redação.

dispositivos harmonizam “a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição”, agregando ao sistema processual “um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado”. Esse vício caracteriza-se apenas quando:

(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 exequenda¹⁵⁸.

Com isso, o STF expressamente admitiu o cabimento dos embargos à execução e da impugnação ao cumprimento de sentença quando essa tenha deixado aplicar norma já declarada constitucional, encerrando-se qualquer dúvida que a redação legal poderia suscitar. Por outro lado, limitou-se o julgamento da corte aos casos em que o juízo constitucional é anterior ao trânsito em julgado da sentença, tendo sido deixado para outra ocasião o debate mais complexo sobre os efeitos de uma declaração de constitucionalidade / inconstitucionalidade superveniente.

De qualquer forma, desde o julgamento do RE nº 730462, em que se assentou que a única via possível para a desconstituição da coisa julgada é a ação rescisória, com o acréscimo dos demais instrumentos de eficácia rescisória, cuja constitucionalidade foi reconhecida na ADI nº 2418, o STJ tem proferido diversas decisões restritivas ou negatórias da relativização da coisa julgada. Decidiu-se, por exemplo, pela impossibilidade de manejo dos embargos à execução sob a alegação de uma desconformidade genérica da sentença exequenda com a Constituição que não se enquadre nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de norma, tal como previstas no art. 741, parágrafo único, do CPC/73¹⁵⁹. Em sentido semelhante, afirmou-se *obiter dicta*,

¹⁵⁸ 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; RE 611503, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-053 DIVULG 18-03-2019 PUBLIC 19-03-2019

¹⁵⁹ “Foi registrado, ainda, que a mera desconformidade do provimento contido no título executivo com a jurisprudência do STF não enseja a incidência da previsão contida no art. 741, parág. único do CPC/1973, sendo de rigor a manifestação da Suprema Corte em sede de controle

em outra oportunidade, que a *querela nullitatis* teria cabimento se verificada uma das hipóteses daquele dispositivo, mas em seguida registrou-se a total impossibilidade de uma adoção da teoria da relativização da coisa julgada sob argumento de correção de injustiças ou erros da sentença¹⁶⁰. Em outra ocasião, assentou-se o entendimento do descabimento da quebra da coisa julgada em razão de erro de julgamento, como, por exemplo, na fixação de honorários advocatícios¹⁶¹. O STJ reafirmou, também, os atributos da eficácia preclusiva da coisa julgada, para rechaçar a invocação, fora dos limites da ação rescisória competente, da existência de documento não apreciado e que poderia ensejar solução diversa à causa¹⁶².

Nada obstante essa apreciável sedimentação da jurisprudência acerca dos limites da chamada relativização da coisa julgada, ainda são encontradas decisões que efetivamente confundem as noções envolvidas. No REsp 1.795.761, o STJ afirma, ao mesmo tempo e com pretensão de *ratio decidendi*, que a substituição de um tratamento médico por outro não ofende a coisa julgada formada na decisão que determinou o seu fornecimento e que o valor jurídico envolvido autoriza a relativização da coisa julgada¹⁶³. Porém, já se viu com Talamini que o primeiro passo em qualquer discussão acerca da relativização da coisa julgada é a verificação da efetiva ocorrência da *res judicata*, em seus tradicionais limites objetivos, subjetivos e temporais¹⁶⁴. De fato, não há como se relativizar o que não está presente.

2.5 Considerações sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional

difuso ou concentrado.” (AgInt no REsp 1576370/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2019, DJe 19/11/2019).

¹⁶⁰ “A adoção irrestrita da Teoria da Relativização da Coisa Julgada, a pretexto de uma suposta correção de rumos da sentença passada em julgado, sob o discurso de que esta não se mostraria, aos olhos da parte sucumbente, a melhor, a mais justa ou a mais correta, em hipotética ofensa a algum valor constitucional, calcado num inescandível subjetivismo, redundaria na desestabilização dos conflitos pacificados pela prestação jurisdicional, a fulminar, por completo, a sua finalidade precípua, revelando-se catalisadora de intensa insegurança jurídica” (REsp 1782867/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 14/08/2019).

¹⁶¹ REsp 1449753/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 17/11/2017.

¹⁶² AgInt no AREsp 1263854/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 04/12/2018.

¹⁶³ REsp 1795761/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019.

¹⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

A primeira reflexão trazida pela leitura das teorias da relativização da coisa julgada inconstitucional é, inegavelmente, a impropriedade das expressões que tanto se vulgarizaram. Com efeito, “até a mais superficial mirada ao ordenamento jurídico”, nas palavras de Barbosa Moreira, permite constatar que a coisa julgada não é absoluta¹⁶⁵, mas encontra limites, tanto objetivos, quanto subjetivos e temporais, bem como pode ser afastada pela ação rescisória. Destarte, não é possível relativizar o que não é absoluto, mas sempre foi relativo¹⁶⁶.

Da mesma forma, mostra-se atécnico falar em coisa julgada inconstitucional, já que essa é regra formal, neutra e adjetiva, que incide sobre a decisão judicial para lhe agregar a intangibilidade. Aliás, é justamente o formalismo de sua natureza que ensejou a controvérsia de sua relativização. Assim, o vício da inconstitucionalidade não pode estar na coisa julgada, mas sim na sentença, sendo certo que “se a sentença for contrária à Constituição, já o será antes mesmo de transitar em julgado, e não o será mais do que era depois desse momento”¹⁶⁷.

Contudo, há que se admitir, junto com Cabral, que, das duas nomenclaturas impróprias, a menos pior ser a de coisa julgada inconstitucional, “porque, ainda que não totalmente adequada, pelo menos empresta ao problema a conotação mais próxima da realidade”, ao “descrever uma estabilidade (coisa julgada) que atua em favor da manutenção do conteúdo de uma decisão inconstitucional”¹⁶⁸.

Ultrapassada a preliminar linguística, impõe-se abordar o conteúdo das teorias da relativização da coisa julgada inconstitucional e, também, das críticas que lhe foram apresentadas. Em primeiro lugar, foi possível perceber que a discussão girou bastante em torno da importância da coisa julgada para a jurisdição e para o Estado de Direito: houve quem, vendo-lhe um atual valor

¹⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 236.

¹⁶⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005.

¹⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

¹⁶⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 194.

absoluto e desmesurado, pretendeu-lhe relativizá-lo; houve também quem lhe considerasse essencial para a atividade jurisdicional e, até mesmo, para a existência de um discurso jurídico. Por isso, a primeira parte das nossas considerações se dirigirá à reflexão do papel e da medida da importância da coisa julgada para a jurisdição (item 2.5.1).

Em seguida, aborda-se as teorias relativizadoras propriamente ditas: a superação do preceito da imutabilidade pelo paradigma da segurança-continuidade (item 2.5.2); a negativa da hipótese de incidência pela inexistência jurídica da sentença (item 2.5.3); a alteração do parâmetro normativo do sistema processual da coisa julgada e negativa casuística do seu preceito (item 2.5.4); por fim, o acréscimo de elemento novo à hipótese de incidência da coisa julgada (item 2.5.5). A partir dessas considerações, será possível concluir pela impossibilidade de uma relativização atípica da coisa julgada (item 2.5.6), mas, ao mesmo tempo, lançar as bases da segunda parte do presente trabalho, com a delimitação do problema, identificado com os efeitos do juízo constitucional vinculante sobre a coisa julgada (item 2.6).

2.5.1 A coisa julgada: atributo essencial e exclusivo da jurisdição e indispensável à existência de um discurso jurídico?

Como adiantado, no seio das discussões sobre a relativização da coisa julgada, o instituto recebeu as mais diversas valorações, em termos de importância para a atividade jurisdicional. A questão que surge, portanto, e urge ser respondida preliminarmente, é a de saber se a coisa julgada é algo essencial para a atividade jurisdicional.

Nesse ponto, há que se concordar com Liebman, para quem a coisa julgada “não representa um caráter logicamente essencial da função jurisdicional”¹⁶⁹; ao mesmo tempo, correto Botelho de Mesquita, ao rechaçar qualquer possibilidade de eliminação integral da coisa julgada do ordenamento jurídico¹⁷⁰. Não há qualquer paradoxo na adoção de ambas as considerações.

¹⁶⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 167.

¹⁷⁰ Aludindo ao art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB, o autor afirma que “De fato, abolida a coisa julgada por lei ordinária, deixaria de haver coisa julgada que pudesse desfrutar a da intangibilidade constitucional. O preceito cairia no vazio, por obra e graça da lei ordinária,

Em verdade, a coisa julgada é exclusiva da jurisdição, na medida em que não é verificável em atos administrativos¹⁷¹, legislativos ou privados, mas não é essencial à jurisdição, no sentido de que a jurisdição não deixaria de ser jurisdição se os atos jurisdicionais não ostentassem a coisa julgada. A jurisdição é, lado outro, caracterizada pela pacificação de litígios, através da concretização da ordem jurídica abstrata em comandos normativos *inter partes*. Ora, esse objetivo é realizado pelos juízes de diversas maneiras e nem todas elas envolvem a intangibilidade característica da coisa julgada. Ninguém duvida que também se exerce atividade jurisdicional através de provimentos de urgência, não sujeitos à *res judicata* e, mais do que isso, a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, que não se confunde com coisa julgada¹⁷², é prova cabal de que a jurisdição pode pacificar litígios sem a coisa julgada.

Dessa forma, apesar de a coisa julgada ser exclusiva da jurisdição, ela não a define. Entretanto, a Constituição claramente faz menção à coisa julgada, ainda que apenas para pô-la a salvo da retroatividade das leis. Com isso, a existência da coisa julgada é um dado constitucional, o que não se passa com a regulamentação do sistema processual da coisa julgada, pois seus limites objetivos, subjetivos e temporais e as causas de sua rescisão são construções eminentemente infraconstitucionais. Dessa forma, volta-se à pergunta já respondida sinteticamente no item 2.1.1: qual o fundamento, com base no qual, a Constituição fez constar, do rol de direitos fundamentais, a existência de uma coisa julgada, intangível perante a retroação das leis? Esse, como visto, é a segurança jurídica.

invertendo-se a hierarquia das normas jurídicas" (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A coisa julgada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 100).

¹⁷¹ Admite-se que existe controvérsia sobre a existência da chamada coisa julgada administrativa. Porém, de plano se percebe que esse instituto, se é que exista, seria diverso daquele ora estudado, porque atinente apenas ao microsistema do processo administrativo. De fato, se a Constituição prevê a inafastabilidade da jurisdição, uma tal coisa julgada administrativa já nasceria alterável judicialmente. Nesse sentido, parece que se trata sobretudo de uma limitação à autotutela administrativa, já que não impede o administrado de buscar solução diversa na via judicial.

¹⁷² ANDRADE, Érico. Nunes, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada*. In FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

Dessa forma, a existência da coisa julgada não é tributária da própria configuração da jurisdição enquanto tal, mas é instrumento destinado a conferir segurança jurídica aos atos jurisdicionais. Por isso, quando a jurisdição puder realizar sua tarefa de pacificação social de litígios sem o auxílio acidental da coisa julgada, fá-lo-á sem problemas, como nas tutelas de urgência e na estabilização da tutela antecipada. Por outro lado, quando ocorrer a hipótese de incidência da coisa julgada, nos termos estabelecidos pela legislação infraconstitucional, a intangibilidade da sentença é indeclinável e essencial à cognoscibilidade e confiabilidade do ato jurisdicional.

Marinoni, porém, pretendeu conferir à coisa julgada uma essencialidade ainda maior, ao referir-se a ela como indispensável à própria existência de um discurso jurídico. A questão assume, então, proporções mais complexas. Agrega à complexidade da discussão o fato de o próprio autor ter sido algo inconstante na formulação de suas ideias. Numa passagem, consta que a coisa julgada seria “imprescindível para que o próprio discurso tenha razão de ser e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico” e, sem ela, ter-se-ia “tão somente um discurso prático-geral”¹⁷³. Em outra passagem, porém, o mesmo autor afirma, em coautoria com Mitidiero, que a “coisa julgada não é uma norma do discurso jurídico, mas é uma norma que torna possível o discurso jurídico como discurso prático”, o que, explicam os autores, equivale a um “discurso destinado a resolver problemas práticos, o que exige a sua configuração como um discurso necessariamente finito desde o ponto de vista temporal”¹⁷⁴.

Ora, há de se convir que são duas proposições contraditórias. Na primeira, afirma-se a essencialidade da coisa julgada para a existência de um discurso jurídico, de modo que, sem ela, resta apenas um “discurso prático-geral”. Na segunda, a coisa julgada se torna imprescindível para que o discurso jurídico seja, também, um discurso prático, ou seja, possa resolver problemas práticos. Nada obstante essa falta de clareza, é possível trabalhar com ambas as hipóteses, para demonstrar que nenhuma delas retrata a realidade da coisa julgada no ordenamento jurídico.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47/48.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 33.

Investiga-se, em primeiro lugar, a afirmativa de que, sem a coisa julgada, o discurso não seria jurídico, mas apenas um discurso prático-geral. Ao afirmá-lo, Marinoni faz referência à obra “Teoria da argumentação jurídica”, de Robert Alexy, de modo que esse foi o marco teórico adotado para a compreensão do que seja “discurso jurídico” e “discurso prático-geral”. Entretanto, a leitura minuciosa de referida obra permite concluir que, em momento algum, o autor alemão estabeleceu a coisa julgada como elemento de distinção entre o discurso jurídico e o discurso prático geral, como se passa a demonstrar.

O ponto de partida da teoria de Alexy é a constatação de que a aplicação de normas jurídicas não é apenas um exercício de subsunção lógica. Nesse sentido, uma decisão judicial não é logicamente justificável apenas a partir de duas premissas (normas e fatos). Questiona-se, então, quais os outros elementos que podem servir para justificar decisões jurídicas. Mas isso leva a um segundo problema, decorrente da verificação de que a decisão jurídica implica uma valoração, pelo intérprete, da melhor metodologia, dentre as diversas aplicáveis, para a interpretação normativa do caso concreto. Portanto, Alexy procura responder (1) onde e em que medida as valorações são necessárias; (2) como elas atuam numa argumentação “jurídica”; (3) se elas são passíveis de fundamentação racional¹⁷⁵.

Para tanto, o autor define discurso como a atividade linguística que busca demonstrar a correção de seus enunciados¹⁷⁶. Quando esse discurso pretende a correção de enunciados normativos / deontológicos, trata-se de um discurso prático geral; já o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático, porque por meio dele se pretende a correção dos enunciados normativos à luz do ordenamento jurídico positivo, dos precedentes e da dogmática institucionalizada¹⁷⁷.

Alexy leciona que a racionalidade de um discurso visa a evitar o trilema de Münchhausen, que é a regressão *ad infinitum* da necessidade de fundamentar uma proposição¹⁷⁸. Essa insaciável exigência de fundamentação é

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 17/22.

¹⁷⁶ *Idem*. p. 27.

¹⁷⁷ *Idem*. p. 161.

¹⁷⁸ Quando se estabelece uma razão (G) (Fulano mentiu) para uma proposição normativa (N) (Fulano agiu mal), pressupõe-se uma regra (R) (mentir é errado), que fundamenta (G). Ocorre

substituída por regras sobre a própria atividade argumentativa, as quais, se observadas, permitem qualificar de racional o resultado da argumentação. A teoria da argumentação é normativa, pois estabelece normas sobre a fundamentação de normas¹⁷⁹.

A observância das regras da racionalidade pelo discurso prático geral não garante, porém, que ele logrará a obtenção de um acordo sobre a correção dos seus enunciados e tampouco que um eventual acordo será definitivo e irrevogável. Isso porque, dentre outros motivos, todo discurso deve partir de concepções normativas historicamente dadas e, por isso, mutáveis (o acordo sobre o que é bom ou mal em dado lugar e em dado momento pode não corresponder ao acordo que se chegaria em outro lugar ou em outro momento). Além disso, as próprias regras que conferem racionalidade ao discurso exigem que “qualquer um pode em qualquer momento atacar qualquer regra e qualquer proposição normativa”¹⁸⁰; a sua revisibilidade é uma exigência da racionalidade.

Há casos, então, em que se mostra possível, sem infringir nenhuma regra da racionalidade, fundamentarem-se, por meio do discurso prático geral, duas regras ou proposições normativas incompatíveis entre si. Essa limitação do discurso prático enseja a necessidade do discurso jurídico, o qual, apoiado em normas estabelecidas pelo critério majoritário (processo legislativo), permite escolher entre duas proposições discursivamente possíveis¹⁸¹.

Assim, o discurso jurídico representa uma restrição ainda maior ao discurso prático geral, porque a fundamentação de seus enunciados e sua pretensão de correção encontra-se limitada pelo ordenamento jurídico positivo, pelos precedentes e pela dogmática institucionalizada. Com isso, discussões de ciência do direito, sejam em rodas de debates, em meios de comunicação social ou no processo judicial, serão caracterizadas como discursos jurídicos na medida em que a sua pretensão de correção estiver balizada pelo direito

que, uma vez questionado sobre a fundamentação de (N) por (G), o falante deve fundamentar também (R). Pode fazer isso, por exemplo, por (G') (mentir gera sofrimentos evitáveis), o que, por sua vez, poderá ser questionado, devendo gerar uma regra pressuposta em segundo nível (R') e assim sucessivamente. Eis o trilema de Münchhausen (*idem*. p. 160).

¹⁷⁹ *Idem*. p. 162.

¹⁸⁰ *Idem*. p. 182.

¹⁸¹ *Idem*. p. 183.

vigente¹⁸². O discurso jurídico opera, então, uma redução do campo do discursivamente possível.

Entretanto, mesmo a argumentação jurídica possui, em sua estrutura, argumentos do tipo prático geral, pois nem sempre a remissão à lei, aos precedentes ou à dogmática será suficiente para a fundamentação de proposições jurídicas. Dessa forma, em menor grau, “a teoria do discurso jurídico racional padece das inseguranças da teoria do discurso prático geral como critério hipotético de correção para os enunciados normativos”. Por isso, um juízo sobre uma decisão jurídica será sempre provisório, podendo sempre ser refutado¹⁸³. A sua virtude está em, no mínimo, garantir um critério negativo de aferição da correção de uma proposição: vale dizer, sendo racional, pode não ser correta; mas se não seguir as regras da racionalidade, será seguramente incorreta.

Volvendo-se à tese de Marinoni, percebe-se o quanto ela se distanciou do marco teórico no qual se baseou. Longe de estabelecer a imutabilidade, característica da coisa julgada, como critério definitório de um discurso jurídico, Alexy conclui o oposto: “um juízo sobre a correção de uma decisão [...] tem sempre um caráter provisório, isto é, pode ser refutado”¹⁸⁴. A tese de Marinoni enfoca o discurso da decisão judicial pelo seu aspecto constativo / locutório, o que, em teoria da coisa julgada, representa um regresso às velhas concepções materiais da presunção ou ficção da verdade (*res judicata pro veritate habetur*). Todavia, em termos de pretensão de correção / verdade, a coisa julgada nada acresce à sentença e, em se tratando de racionalidade discursiva, seus enunciados poderão sempre ser questionados.

A coisa julgada é uma regra formal que elege um momento para o discurso acabar e não confere aos seus enunciados maior ou menor correção perante o ordenamento jurídico, mas sim estabilidade pragmática. O discurso que preexiste à estabilização já era jurídico (porque pretendia correção à luz do direito vigente) antes do trânsito em julgado. A coisa julgada garante segurança jurídica à relação regulada pelo discurso da sentença, fazendo incidir o seu preceito de imutabilidade sobre a carga performativa / ilocutória (comando ou

¹⁸² *Idem*, p. 187/194.

¹⁸³ *Idem*, p. 253.

¹⁸⁴ *Idem*.

dispositivo). São indiferentes à coisa julgada “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” e “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (art. 504, incisos I e II, do CPC/15), ou seja, a sua carga constativa / locutória.

A justiça ou verdade discursiva não é garantida pela *res judicata*, que não é regra do discurso racional, mas, ainda assim, a sua pretensão de correção não é olvidada pelo ordenamento jurídico. A ação rescisória e a revisão criminal são instrumentos, tal como o *overruling* é técnica, destinados a, em situações excepcionais, corrigir o discurso vinculante, em face apresentação de razões jurídicas melhores.

Essa é a conclusão possível, mantendo-se a fidelidade com a teoria formulada por Alexy. Entretanto, se a afirmativa de que a coisa julgada é essencial para a existência de um discurso jurídico não faz sentido à luz da desse marco teórico, ainda caberia analisá-la, partindo-se de uma consideração *latu sensu* dos conceitos envolvidos. Isso significaria tomar uma noção ampla de discurso jurídico, como sendo meramente um ato referente ao direito, referido pelo direito ou idôneo a ter relevância jurídica. Ainda assim, não seria admissível definir a coisa julgada como condição de juridicidade do discurso / ato.

O Estado rotineiramente produz atos administrativos, que são expressos por meio de enunciados deontológicos sobre questões práticas e que influem no direito concreto sem, contudo, sujeitarem-se à coisa julgada. Da mesma forma, as pessoas, mesmo pelas mais ordinárias de suas condutas, estabelecem as mais diversas relações jurídicas, as quais, com fundamento na autonomia da vontade criadora do direito e dentro das balizas legais, são criadas, desenvolvidas e extintas sem que, para tanto, concorra qualquer manifestação jurisdicional. Querer que a coisa julgada seja requisito de existência de um discurso jurídico seria o mesmo que afirmar que, nem os atos administrativos, nem os atos negociais privados, contêm a expressão de enunciados de um discurso jurídico *latu sensu* (já se viu que eles preenchem até mesmo os requisitos conceituais de um discurso jurídico *strictu sensu*).

Assim, a adoção da posição de Marinoni levaria a conclusões simplesmente inaceitáveis, como a negativa da normogênese privada ou a autonomia administrativa. Para além disso, teria como resultado proposições internamente contraditórias. Ora, se a coisa julgada é condição de existência de

um discurso jurídico, mas admite-se, sem sombra de dúvidas, que a coisa julgada tenha limites (objetivos, subjetivos e temporais), então seria forçoso conceder que, fora desses limites, não haja discurso jurídico. Para a resolução da questão principal, há discurso jurídico; para a resolução da questão prejudicial sobre a qual o juiz não tem competência *ratione materiae*, não há discurso jurídico. Para as partes, a sentença transitada em julgado é discurso jurídico; para terceiros, não há discurso jurídico. O discurso jurídico *latu sensu* de Marinoni tornar-se-ia algo como o *discurso de Schrödinger*¹⁸⁵ : algo que é jurídico e não é jurídico, ao mesmo tempo.

Refuta-se, portanto, qualquer vinculação da existência de um discurso jurídico, *strictu* ou *latu sensu*, à ocorrência de coisa julgada. Incumbe, então, passar à análise da segunda proposição de Marinoni, de que a coisa julgada seria uma norma que torna possível o discurso jurídico como discurso prático, ou seja, destinado a resolver problemas práticos. De plano, percebe-se que asserção muda o panorama da discussão para o plano da efetividade do discurso, o que, a princípio seria virtuoso, já que desloca o foco para a carga performativa da sentença, sujeita ao sucesso / fracasso, e retira-o da carga constativa, sujeita a verdade / falsidade.

Porém, afirma-se que a coisa julgada seria *conditio sine qua non* para que o discurso contido na decisão judicial seja pragmaticamente efetivo, o que revive controvérsias que já pareciam sepultadas no âmbito da dogmática processual. Afinal, Liebman demonstrou, à saciedade, que a sentença já é efetiva, antes de ser imutável¹⁸⁶. É um grave erro identificar, em termos absolutos, a efetividade da sentença com sua intangibilidade. Neste mesmo item, já se afirmara que a jurisdição é capaz de atingir seus objetivos de pacificação social dos litígios

¹⁸⁵ O físico Erwin Schrödinger propôs um experimento mental para ilustrar sua teoria sobre mecânica quântica. Consiste na situação de um gato, colocado dentro de uma caixa imperscrutável, junto a um frasco de veneno e um contador de radiações ionizantes ligado a um martelo por meio de um acionador de relés. A depender do estado das partículas quânticas, o contador será acionado ou não. Em caso positivo, provocará o movimento do martelo, que quebrará o frasco de veneno, acarretando a morte do felino. Em caso negativo, nada acontecerá e o bichano permanecerá vivo. Ocorre que o único modo de saber se o gato está vivo ou morto é abrindo a caixa. Até que isso seja feito, é necessário considerar que ele está “vivomorto”, ou seja, vivo e morto, ao mesmo tempo. Para explicações superficiais do tema, confira-se: https://pt.wikipedia.org/wiki/Gato_de_Schr%C3%B6dinger; acesso em: 05/02/20. No original: SCHÖDINGER, Erwin. *Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik*. In *Die Naturwissenschaften*, 29/11/1935, v. 23, caderno 48.

¹⁸⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

mediante concretização das normas jurídicas abstratas, sem que, para tanto, concorra, necessariamente, a coisa julgada. O exemplo cabalístico foi a estabilização da tutela antecipada.

Dessa forma, trata-se de afirmativa equivocada aquela que prende a produção de resultados práticos pelos atos jurisdicionais à existência de coisa julgada, pois tutelas provisórias também são efetivas e trazem resultados práticos. Cumpre reiterar-se: a sentença pode ser eficaz, antes de ser intangível, o que demonstra que a jurisdição pode ser efetiva, antes de ser definitiva.

Dessa forma, é de se rejeitar qualquer vinculação da coisa julgada à existência, tanto de um discurso jurídico, como de um discurso jurídico com efetividade prática.

2.5.2 A eficácia preclusiva da coisa julgada e perspectivas para o paradigma da segurança-continuidade

Antônio do Passo Cabral realizou trabalho de notável repercussão para a coisa julgada, lastreado em imponente colheita de dados de direito comparado. Diversas foram as constatações e propostas do autor para o tratamento do instituto no direito brasileiro. Uma, que talvez represente o eixo central de sua tese (ou do feixe de teses, como se referiu Fredie Didier, ao prefaciá-la), foi a de propor a superação do paradigma da segurança-imutabilidade pelo da segurança-continuidade. A ideia consiste em, inserindo a coisa julgada num sistema maior de estabilidades, considerar que o preceito da sua norma confira à decisão judicial não mais imutabilidade e intangibilidade, mas uma permanência tendencial, uma força de estabilidade *prima facie*¹⁸⁷.

A consequência prática da adoção do paradigma da segurança-continuidade seria a possibilidade de se admitir a quebra da estabilidade em determinadas situações, sem que isso se desse, no caso da coisa julgada, necessariamente por meio da ação rescisória, que funciona em termos de tudo ou nada (ou se mantém imutável a decisão ou se lhe rescinde integralmente). Dentre os fundamentos hábeis a justificar a quebra, incluem-se os fatos novos,

¹⁸⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 366/371.

que já seriam tradicionalmente considerados fora dos limites objetivos (são causa de pedir diversa) ou dos limites temporais (são fatos posteriores) da coisa julgada¹⁸⁸. Além disso, o autor propõe a aceitação, também, de (i) provas elaboradas após a formação da estabilidade (*noviter producta*), (ii) elementos anteriores e ignorados pelo litigante (*noviter reperta*), (iii) elementos simplesmente não valorados (*noviter cognita*) e (iv) a superação do entendimento de que a mudança normativa, por configurar *jus superveniens*, não possa repercutir na decisão estável. Em qualquer caso, o elemento novo deve ser suficiente para a modificação da conclusão estável, influenciando de maneira decisiva e não apenas relevante para tanto¹⁸⁹.

Em primeiro lugar, cumpre observar que muitas dessas propostas não são estranhas ao direito positivo. *De lege lata*, a prova nova, “cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso”, já autoriza a parte¹⁹⁰ à propositura da ação rescisória do art. 966, inciso VII, do CPC/15. Além disso, a rescisória facultada ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado, com base na simulação ou fraude das partes, representa, quando esses legitimados somente tomam ciência dos fatos após o trânsito em julgado, a consagração de um elemento *noviter reperta* como causa rescisória. Por fim, a própria hipótese rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, que anima a segunda parte do presente trabalho, é um exemplo de repercussão de direito superveniente sobre a estabilidade processual.

Dessa forma, cabe analisar em que medida as propostas do autor podem ser utilizadas para, diretamente e à míngua de norma positiva expressa, quebrar a coisa julgada. Apenas nesse sentido é que a tese de Cabral se amolda a uma relativização da coisa julgada. Nas situações específicas em que o legislador adotou as razões do autor, a prova *noviter producta*, o elemento *noviter reperta* e a declaração superveniente de inconstitucionalidade foram incluídos, nos limites dos tipos processuais, no sistema processual da coisa julgada, por meio da ação rescisória e não significam negativa do preceito de imutabilidade.

¹⁸⁸ *Idem.* p. 612/619.

¹⁸⁹ *Idem.* p. 621/629.

¹⁹⁰ Por questões de isonomia, aonde a lei se refere ao “autor”, entende-se que se deva ler “parte”, pois não há qualquer justificativa plausível para se ter a hipótese rescisória como um privilégio do autor. A circunstância é fruto dos casos concretos em que se inspirou o legislador para a sua edição: as ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por falta de provas, cujo trânsito em julgado tenha sido sucedido pelo advento do acesso à prova técnico-científica do exame de DNA.

Prosseguindo no raciocínio, percebe-se que a alteração da consequência da incidência da coisa julgada, que hoje significa imutabilidade, e passaria a significar continuidade ou permanência tendencial, perpassa pela negativa da eficácia preclusiva da *res judicata* e pela indefinida abertura da decisão a elementos novos atípicos. Realmente, a tese de Cabral sugere a admissão, como causa de pedir da quebra da estabilidade, de fundamentos tradicionalmente incluídos no princípio do deduzido e dedutível. Além disso, concede a possibilidade de fatos supervenientes não elencados como relevantes pela lei possam ser valorados e utilizados para alterar as conclusões da decisão estável.

A princípio, já se percebe que o próprio sistema jurídico-processual não é estranho a uma tal abertura de fatos supervenientes atípicos para alteração das conclusões da decisão judicial. Limita-a, porém, às decisões que julgam relações jurídicas de trato continuado (art. 505, inciso I, do CPC/15). Assim, é de se perquirir se o mesmo poderia se dar quanto às decisões que versam sobre relações jurídicas instantâneas, que pressupõem a incidência uma única vez do direito aplicável, ao que se seguem os efeitos jurídicos estabelecidos pela norma jurídica concreta.

Nesse ponto, parece que não, pois isso ofenderia os ideais de cognoscibilidade e confiabilidade que a coisa julgada visa a agregar às decisões judiciais. Realmente, se às partes fosse dado renovar a controvérsia a cada novo fundamento encontrado para dar à controvérsia nova solução, ficaria a estabilidade da decisão na dependência, não de parâmetros objetivos, cognoscíveis e confiáveis, mas à mercê da criatividade das partes e de seus procuradores, a qual, se posta à prova, mostrar-se-ia verdadeiramente inesgotável. Com a flexibilização casuística da eficácia preclusiva da coisa julgada, seria a decisão judicial permanentemente impugnável.

Entretanto, dessa conclusão não se extrai a refutação *tout court* do paradigma da segurança-continuidade. Em verdade, ela serve para demonstrar que o preceito da norma da coisa julgada deve continuar sendo a imutabilidade, que conta com a eficácia preclusiva na tarefa de tornar a decisão intangível. Porém, isso não significa que o paradigma ora rejeitado não possa se prestar para disciplinar adequadamente outras estabilidades processuais, notadamente a coisa julgada sobre a questão prejudicial. Há que se reconhecer que o escopo

dessas estabilidades não é o mesmo e, por isso, não há de ser igual a disciplina a elas aplicável.

A finalidade da coisa julgada sobre a questão principal é salvaguardar a vitória processual da parte, garantindo-lhe imperturbabilidade no gozo do bem da vida e pacificando a situação litigiosa, por meio da intangibilidade da norma jurídica concreta contida na decisão, a qual rege o direito material. Nessa estabilidade, avulta garantir a cognoscibilidade da norma concreta e sua confiabilidade pela parte à qual favorece.

Já a coisa julgada sobre questão prejudicial tem outra natureza. Aqui, a estabilidade incide sobre questão que, embora essencial para a construção da norma jurídica concreta, com ela não se confunde – e nem pode se confundir, sob pena de desnaturar-se em questão principal. A segurança jurídica não mais se traduz na milenar necessidade prática, como identificada pelos romanos na coisa julgada, mas sim numa necessidade teórica e sistêmica, porque relacionada à coerência lógica dos pronunciamentos do poder Judiciário.

A distinção entre uma coisa e outra não é desprovida de consequências práticas. O contraditório prévio e efetivo, elemento indispensável na *fattispecie* da coisa julgada sobre questão prejudicial, que conta, inclusive, com expressa vedação de incidência aos casos de revelia ou restrição probatória cognitiva, não se apresenta com a mesma intensidade na coisa julgada sobre a questão principal. Isso porque essa última exige tão somente o ato formal da citação do réu para conferir validade a relação processual, sendo despicienda a sua efetiva participação na instrução processual. Se uma estabilidade se contenta com a formalidade, a outra demanda conteúdo. Pode-se dizer mesmo que a coisa julgada sobre a questão prejudicial tem sua razão de ser na responsabilidade advinda pelo debate processual; o contraditório dá o tom e a medida dessa estabilidade.

O distinto grau de influência do contraditório para as finalidades dessas coisas julgadas é perceptível, também, na formulação da regra da eficácia preclusiva. O art. 508 do CPC/15 fala que serão consideradas “deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido”. A menção ao *pedido* é eloquente e informa que a eficácia preclusiva se limita a assegurar o resultado protegido pela coisa julgada sobre a questão principal. Já a formação da coisa julgada sobre a

questão prejudicial dá-se independente de pedido, em função da própria natureza da prejudicial, a qual, se fosse pedido autônomo, seria principal e não prejudicial.

Atinge-se, então, a relevante constatação de que a coisa julgada sobre a questão principal ostenta eficácia preclusiva e vincula as partes não apenas quanto ao que deduzido e decidido, mas, também, para além do contraditório efetivo, ou seja, quanto ao que deduzido e não apreciado e ao que nunca deduzido, embora fosse dedutível. *A contrario sensu*, a coisa julgada sobre a questão prejudicial somente vincula na exata medida do debate em contraditório: não tem qualquer vinculatividade na falta do contraditório e ostenta as mesmas deficiências que atingem esse. Assim, uma questão nunca debatida ou mal debatida, poderá ser deduzida ou mais bem debatida em outro processo, porque a tanto não impedirá a eficácia preclusiva da coisa julgada.

A solução do CPC/15 agradaria até mesmo Barbosa Moreira, tradicional antagonista da incidência da coisa julgada sobre a resolução das questões prejudiciais. O autor reconhecia que a riqueza do contraditório e a robustez da fundamentação de uma decisão poderia operar uma vinculação *de facto*, informal, pela sua autoridade lógica, para as decisões futuras sobre a mesma questão: ao mesmo tempo, afirmava que a ausência dessas características na decisão sobre a prejudicial poderia tornar até desejável que se decidisse de forma diversa no futuro¹⁹¹. A nova legislação processual adotou, de certa forma, esse raciocínio, ao estabelecer que o contraditório efetivo e a decisão expressa

¹⁹¹ “o risco apontado [da existência de decisões contraditórias] não será talvez tão grave quanto se suporia se se fizesse abstração de certos fatores que, de fato, costumam influir nas decisões judiciais, ainda que sem regra jurídica que torne obrigatória, de direito, essa influência. Um deles, e dos mais sensíveis, é precisamente a natural reverência com que, ao proferir uma decisão, o órgão jurisdicional tende a inclinar-se ante a conclusão assentada, no tocante a relação conexa a que lhe cabe apreciar, em anterior pronunciamento, sobretudo quando o prestigia a confirmação, em grau de recurso, por órgão superior. Em tais circunstâncias, a inexistência do vínculo característico da coisa julgada não excluirá a atenção que o juiz dê, ao formar seu convencimento, à autoridade lógica do pronunciamento antecedente – tanto mais forte, é claro, quanto mais consistente o raciocínio em que esteja apoiado. Assim, mesmo que se haja conhecido *incidenter tantum* da questão x, em processo onde a questão y, subordinada à outra, era principal, o segundo juiz, a quem toque decidir *principaliter* a questão x, embora não vinculado pela *autoritas rei judicatae*, com maior probabilidade se pronunciará no mesmo sentido, principalmente se a discussão sobre x, no primeiro processo, se tiver desenvolvido com a desejável amplitude e forem boas as razões em que se baseou o respectivo juiz. E ninguém contestará que, porventura não preenchidos esses requisitos, é preferível abrir ensejo à divergência lógica do que impor a consagração definitiva de uma injustiça (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e coisa julgada. Rio de Janeiro: Mackenzie, 1967, p. 94/95).

são requisitos *ope legis* para a formação da estabilidade; se não forem preenchidos os requisitos, não há que se falar em coisa julgada, e a questão poderá ser decidida de forma diversa em outra oportunidade.

À luz de tantas e tão relevantes distinções na disciplina dessas coisas julgadas, entende-se que a coisa julgada sobre questão prejudicial sequer faz jus ao *nomen juris*. Efetivamente, ela não versa sobre a coisa (norma jurídica concreta que regula o direito material), mas sobre a questão. Seria melhor mesmo, para evitar equívocos, que o ordenamento jurídico brasileiro adotasse nomenclaturas apartadas, tal como o *common law* distingue, corretamente, entre *claim preclusion* e *issue preclusion*¹⁹², o que resultaria na figura de uma “questão julgada”, estabilidade disciplinada pelo art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15 e supletivamente, no que couber, pelas demais normas atinentes à coisa julgada.

Em face do exposto, notadamente pelas sensíveis diferenças de escopo entre a coisa julgada e a “questão julgada”, conclui-se que o paradigma da atípica segurança-continuidade, proposto por Antônio do Passo Cabral, conquanto incompatível com a primeira, releva-se plenamente adequado à segunda. Isso porque a “questão julgada” não ostenta eficácia preclusiva e está intimamente ligada ao conteúdo do contraditório. Por isso, apresenta uma estabilidade tendencial *prima facie*, permeável à rediscussão por razões fortes, isto é, por argumentos novos ou por um debate em melhores condições ou em dimensões distintas.

2.5.3 A inexistência jurídica

Viu-se que alguns autores defenderam uma espécie de relativização da coisa julgada indireta, na medida em que propuseram que a sentença em desconformidade com a Constituição seria ato jurídico inexistente e, portanto, estaria autorizada a rediscussão da matéria sem que se pudesse opor o óbice da coisa julgada.

¹⁹² “A *claim preclusion* descreve a situação em que o julgamento preclui ação com base na mesma *claim*, enquanto que a *issue preclusion* revela a situação em que a decisão de uma questão preclui a sua relitigação em outra ação, distinta daquela em que a questão foi decidida” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 52).

Talamini, embora seja um defensor de outra corrente dita relativizadora, identificada pelo seu cunho axiológico, foi um crítico dessa vertente, que considera representar uma “perigosa e silenciosa subversão dos conceitos, categorias e critérios técnico-científicos envolvidos”. A razão está em que a proposta que se vale da inexistência jurídica ignora uma premissa que seria inarredável, qual seja, a da ocorrência da coisa julgada, segundo seus tradicionais limites objetivos, subjetivos e temporais¹⁹³. Nesse sentido, seria necessário compreender, antes, que a decisão que aplica uma norma inconstitucional sequer padeceria de uma nulidade, mas seria simplesmente injusta, acometida de um *error in iudicando*, pois o defeito estaria “no conteúdo da solução que ela dá à causa” e não seus pressupostos de existência ou de validade¹⁹⁴.

O autor está correto em sua análise e o novo CPC veio em seu apoio, como, aliás, admitiu a própria Teresa Arruda Alvim¹⁹⁵. De fato, o art. 267, inciso VI, do CPC/73, que previa a extinção do processo sem resolução do mérito quando ausente “qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”, não encontrou integral continuidade no art. 485, inciso VI, do CPC/15, que se refere unicamente à falta de “legitimidade ou de interesse processual”. O silêncio legal é eloquente. Além de não se usar mais a expressão condição da ação, omitiu-se expressamente a impossibilidade jurídica do pedido como motivo de julgamento processual sem atingimento do mérito. Outra não é a razão da mudança legislativa do que o reconhecimento, pelo legislador, de que a possibilidade jurídica do pedido é algo atinente ao mérito da demanda. Sempre careceu de sentido que o juiz apreciasse a não recepção do pedido autoral pelo ordenamento jurídico como algo que dissesse respeito à validade do exercício de seu direito abstrato de provocar a jurisdição, e não como uma valoração da improcedência do pedido concreto, enquanto ausência do direito material alegado, como sói acontecer.

¹⁹³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 402.

¹⁹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002, p. 10.

¹⁹⁵ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 341.

Daí ser acertada a ponderação de Talamini. A inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença significa tão somente a ausência de suporte normativo para a conclusão jurisdicional, ou seja, que a conclusão do juiz não encontra respaldo no ordenamento jurídico. Essa falta de respaldo não é maior ou menor, porque se aplicou uma norma inconstitucional; a rigor, seria igualmente não recepcionada pela ordem jurídica a decisão que aplicasse norma regulamentar em confronto com a norma legal regulamentada. Em qualquer dos casos, trata-se de um vício de conteúdo do ato jurisdicional, que conduz à sua injustiça, à luz do sistema normativo. É uma questão, portanto, de mérito, inconfundível com pressupostos de existência ou validade do processo. Tanto assim que a nova legislação processual foi inequívoca em retirar das causas para a extinção do processo sem resolução do mérito aquela relativa à recepção da pretensão autoral pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, ainda que o novo CPC não tivesse se posicionado com tamanha clareza quanto à questão, a tese da inexistência jurídica de decisões que incidem em erro no juízo de constitucionalidade de normas poderia ser rechaçada ainda no plano teórico-filosófico, sem remissão às vicissitudes do direito positivo atualmente em vigor.

Com efeito, Adolf Merkl refutou as teorias que sustentavam que o erro de aplicação ou interpretação do direito pudesse levar à inexistência do ato enquanto aplicação ou interpretação da lei, nada obstante essa fosse, de fato, seu fundamento de validade. Para tanto, valeu-se da noção de “cálculo de vício” (*Fehlerkalkül*), que representa uma exigência política do ordenamento jurídico que rende possível, sob o plano jurídico, reconhecer como direito um ato, malgrado o seu vício, isto é, apesar de ele não preencher o complexo de pressupostos requeridos pelo direito positivo para a sua formação e, logo, para a sua validade. A lei pressupõe que o seu aplicador, na tarefa que se lhe impõe, possa falhar e, nada obstante, confere ao seu ato algum valor jurídico, o qual, observadas algumas condições, pode ser considerado sanado e, portanto, perfeito¹⁹⁶.

As formas por meio das quais se manifesta o “cálculo de risco” variam pelos ordenamentos jurídicos, mas encontram representante clássico nos

¹⁹⁶ MERKL, Adolf. *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Milão: Giuffrè, 1987, p. 350/351.

instrumentos de impugnação das decisões. A impugnação apresentaria uma relação complexa com o ato impugnado; a mera possibilidade de impugnar um ato *a priori* nulo, faz com que ele se torne, *a posteriori*, apenas provisoriamente válido, porque passível de anulação; isso, porém, transmuda aquela nulidade em mera anulabilidade ou impugnabilidade, porque indica haver algum valor jurídico no ato passível de anulação / impugnação; por fim, esse valor jurídico, pressuposto para a impugnação do ato, revela a impossibilidade de sua inexistência jurídica e antes confirma a existência viciada¹⁹⁷.

Dessa forma, a inexistência jurídica torna-se, no direito processual, uma noção imprestável ou vazia de conteúdo. Afinal, não há distinção ontológica que permita justificar o tratamento diferenciado de atos inexistentes e atos nulos / viciados. Ambos somente serão objeto de impugnação processualmente legítima (mediante a presença do interesse processual) se estiverem a produzir efeitos jurídicos. Dito de outra forma, se não houver nenhuma repercussão jurídica do ato, não haverá utilidade ou necessidade do ato jurisdicional que reconheça a irregularidade e suste os seus efeitos. Esses efeitos são justamente aquilo que denota a presença de algum valor jurídico, ainda que negativo, no ato viciado, a justificar o formal reconhecimento da irregularidade pelo órgão competente. A presença dessa mínima valoração jurídica indica, por sua vez, que se trata de um ato juridicamente existente, naquilo que Merkl chamou de “existência viciada”.

A noção de uma “existência viciada” encontra desenvolvimento similar na obra de outro ilustre membro da Escola de Viena, Hans Kelsen. Esse autor enxerga na atividade jurisdicional uma etapa da concretização do ordenamento jurídico escalonado, o que lhe confere a natureza constitutiva do direito, independentemente da tradicional classificação das eficácias da sentença.

Com efeito, o autor admite que, à primeira vista, poderia parecer fazer sentido a ideia de um direito antijurídico, dadas as inúmeras disposições legais tendentes a disciplinar a anulação de um tal direito desconforme com a ordem jurídica. Porém, essa concepção de uma “norma contrária às normas” seria uma contradição em termos. Uma norma tal não poderia ser considerada válida, mas

¹⁹⁷ *Idem.* p. 351.

nula e, como tal, não seria passível sequer de anulação pela via do direito¹⁹⁸. Disso decorre que a “anular uma norma não pode significar anular o ato de que a norma é o sentido”, pois “algo que de fato aconteceu não pode ser transformado em não-acontecido”, mas significa “por a termo a validade dessa norma através de outra norma”, qual seja, a norma jurídica individual contida na sentença judicial anulatória. Demonstra-se, então, que a sentença judicial é ato necessário a que seja afastada a norma tida por incompatível com o ordenamento¹⁹⁹.

Com isso, percebe-se que a decisão que declara a nulidade tem eficácia constitutiva, pois ainda que declare “nula” uma norma, na verdade está apenas anulando-a com eficácia retroativa. Não se pode impedir que alguém considere a norma “nula” desde o início, mas, enquanto não advindo o ato do órgão competente que o faça de forma constitutiva, esse indivíduo estará atuando por sua conta e risco. Sendo a jurisdição dotada dessa característica intrinsecamente constitutiva, não poderia a ordem jurídica “fixar as condições sob as quais algo que se apresente com a pretensão de ser uma norma jurídica tenha de ser considerado *a priori* como nulo e não como uma norma que deve ser anulada através dum processo fixado pela mesma ordem jurídica”. Mesmo quando se estabelece a nulidade de um ato praticado por quem não detém competência ou com base em uma norma de conteúdo contrário à Constituição, ainda assim se faz necessário fixar quem terá competência para averiguar a presença dos pressupostos dessa nulidade; o processo pelo qual o órgão competente fará essa verificação terá natureza constitutiva e a nulidade dos atos será uma consequência dessa verificação, não podendo ser afirmada juridicamente antes dessa verificação. Por isso, mesmo a declaração de nulidade assume contornos de anulação de algo que até então era tido por válido:

Sob este aspecto, o Direito é como o rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico. Dentro da ordem jurídica, a nulidade é apenas o grau mais alto da anulabilidade²⁰⁰.

¹⁹⁸ Com isso, nota-se que o autor utiliza a expressão nula no mesmo sentido em que alguns autores se valem para designar a inexistência jurídica.

¹⁹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 296.

²⁰⁰ *Idem*. p. 308.

Pode-se afirmar, então, seja com apoio na noção de existência viciada, de Merkl, seja com a característica de anulabilidade de qualquer vício que necessite de ser reconhecido por decisão judicial, de Kelsen, que a inexistência jurídica é uma expressão que não encontra respaldo em nenhum conceito discernível pela ciência do direito. Se se trata de um ato sem qualquer repercussão jurídica, descabe ao direito dele conhecer, por absoluta irrelevância, nem lograria alguém conseguir qualquer tutela jurisdicional sobre ele, por ausência de interesse processual, já que o poder Judiciário não é órgão consultivo. Por outro lado, se o ato repercutiu na esfera jurídica de quem quer que seja, não se pode afirmá-lo inexistente, pois a sua retirada da ordem jurídica, seja com efeitos *ex nunc*, seja com efeitos *ex tunc*, pressupõe antes a sua existência e a decisão do órgão competente para reconhecer o vício. Dessa forma, tanto os atos tidos como inexistentes, como os nulos e anuláveis são iguais na necessidade de apreciação por um órgão competente e nenhum deles, nem mesmo os ditos atos inexistentes, pode, numa situação litigiosa, ter cessada a produção de efeitos antes do ato, normalmente jurisdicional, que reconheça a declare o vício. A diferença entre eles parece ser de grau, e não de gênero, e variáveis são apenas os meios de impugnação e os efeitos de seu acolhimento.

Dessa forma, a distinção entre atos inexistentes e atos nulos, operada pela corrente relativista ora criticada, parece acudir tão somente para o fim de justificar o tratamento desigual quanto à maior impugnabilidade dos primeiros, inclusive com desconsideração da coisa julgada. A disparidade, que não se encontra nas premissas conceituais, encontra razão de ser em si mesma, ou seja, o tratamento diferenciado é fruto da intenção inequívoca de permitir que as ditas nulidades sejam convalidadas pelo trânsito em julgado, mas não a inexistência. Percebe-se, então, que o conceito de atos performativos²⁰¹ (v. item 2.3.3) seria perfeitamente aplicável às teses que sustentam a inexistência jurídica de decisões inconstitucionais. De fato, à míngua de critérios que permitam diferenciar, essencialmente, atos inexistentes de atos nulos, não se pode submeter um enunciado que afirme se tratar de um ou de outro a um juízo

²⁰¹ AUSTIN, John L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1975. *Apud* ABOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. *A relativização da coisa julgada material injusta: um estudo à luz da teoria dos enunciados performativos de John L. Austin*. In *Revista de Processo*, vol. 284/2018, p. 77 – 113, Out / 2018.

de verdade / falsidade, mas tão somente a um juízo de sucesso / fracasso na sua intenção de gerar a impugnabilidade ilimitada temporalmente dos primeiros.

Seria muito mais desejável, em termos de transparência e controle racional, que a questão dos atos inexistentes e nulos fosse tratada na dimensão realmente pertinente. Não em termos de uma distinção de conceitos dados, mas que não se sustentam, mas em termos interpretativos e, especialmente, propositivos ao direito positivo. Se a impugnabilidade de atos jurídicos é representativa do “cálculo de vício”, e pode variar em extensão, ao critério do ordenamento positivo, é preferível defender abertamente que o vício em questão seja suficientemente grave a ponto de merecer a mais ampla disciplina de impugnação (o “grau mais alto da anulabilidade”), do que sub-repticiamente impor esse mesmo resultado por razões conceituais arbitrárias. Isso porque, quando se passa a argumentar em termos de gravidade do vício e não em termos de sua classificação estática, a discussão é transferida do plano conceitual para o plano da política legislativa. Nessa última dimensão, importa saber não se o vício se enquadra em determinada categoria, mas é determinante perquirir de aspectos que lhe são extrínsecos-subjetivos, como a confiança que lhe foi depositada pelas partes, como extrínsecos-objetivos, como a importância dada pela ordem jurídica ao preceito violado.

Mais importante ainda é perceber que, como se pretende demonstrar nos próximos itens, ao se trazer a discussão para o plano das escolhas do direito positivo quanto à amplitude da impugnabilidade, o jurista deparar-se-á com a inexorável constatação de que algumas das hipóteses elegidas para a inexistência jurídica, ou seja, para o regime de mais ampla impugnação possível, decididamente não foram acolhidas como tal pelo ordenamento jurídico. Por exemplo, a incompetência do juízo, embora acarretasse, na visão de alguns juristas, a inexistência do processo por ausência de jurisdição - um requisito de existência -, recebeu tão somente a disciplina de uma hipótese rescisória e, portanto, de uma impugnabilidade limitada temporalmente pelo prazo decadencial e sujeita à preclusão, caso não utilizada a faculdade processual.

Da mesma forma, não causa maior impressão o argumento de Ronaldo Cramer, de que a aplicação de lei inconstitucional, isto é, de uma não-lei, implica a ausência de exercício da jurisdição. O raciocínio se baseia na vetusta consideração chiovendiana da jurisdição como atuação da vontade da lei e, por

isso, conclui, de forma um tanto simplista, que, se não há lei para ser atuada, não há exercício da jurisdição. Inúmeros são os equívocos nessa formulação, a começar pela consideração de que uma lei inconstitucional é uma não-lei, algo que não é extraível das teorias constitucionais contemporâneas e que será tópico de exposição mais detalhada adiante. Em segundo lugar, dizer que a jurisdição é a atuação da lei pode significar, quando muito, a *maneira* como a jurisdição realiza o seu mister, que é a solução de litígios. Não há dúvidas de que o poder Judiciário concretiza o comando normativo genérico da lei num comando normativo específico, a *lex specialis*, mas essa não é a sua função, senão o seu *modus operandi*, porque o objetivo maior da jurisdição é resolver o conflito instaurado entre as partes em torno das consequências jurídicas previstas para aqueles fatos concretos trazidos à apreciação judiciária. Veja-se que, mesmo que as partes controvertam especificamente sobre a aplicação de uma determinada norma aos fatos, ao juiz é dado solucionar o caso com base em norma diversa, desde que observado o prévio contraditório quanto ao ponto. Disso resulta, como demonstrou Talamini, que qualquer equívoco no manejo das normas gerais utilizadas como premissas para fundamentar a conclusão é, em última análise, um problema de injustiça da sentença e não de ausência de jurisdição.

Como se verá nos tópicos subsequentes, a injustiça da sentença, por mais grave que seja, “não faz com que a sentença não exista como sentença”, e, mais do que isso, não se pode afirmar que a inadequação constitucional da sentença seja um conflito que a própria Constituição e a legislação infraconstitucional não tenham resolvido pelo seu “cálculo de vício”, criando os meios impugnativos adequados e os seus limites²⁰².

²⁰² MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 106 e 120/121. Para o autor, a situação em que o interessado não se vale desses meios impugnativos previstos seria um problema de outra ordem, pois originado não no confronto entre princípios normativos, mas sim na ignorância, imprudência, imperícia, negligência ou dolo de quem, “podendo e devendo propor a ação rescisória, deixou passar in albis o prazo para fazê-lo”.

2.5.4 A injustiça da sentença

A corrente de relativização da coisa julgada que talvez tenha provocado mais discussão – e, porque não, espanto e até mesmo indignação – na doutrina foi a que propôs a submissão da coisa julgada a uma ponderação de valores, a fim de que em, determinadas circunstâncias, pudesse haver a quebra da estabilidade em razão da injustiça da decisão, traduzida em violação de valores relevantes do ordenamento jurídico. De acordo com essa linha de pensamento, a coisa julgada não poderia ser absoluta e deveria ceder espaço a valores que se mostrassem superiores no caso concreto. Em última análise, em casos tais, a busca pela justiça material deveria suplantar a garantia da *res judicata*.

Em primeiro lugar, esse modo de pensar incorre em equívoco ao pretender ponderar a coisa julgada com a justiça ou demais valores constitucionais que lhe fazem as vezes no caso concreto. A coisa julgada não pode ser *per se* ponderada, como se fosse um valor em si mesma, mas somente enquanto forma de realização da segurança jurídica, a qual, por sua vez, é um pressuposto da própria aplicação do direito enquanto ordenação social²⁰³⁻²⁰⁴. É verdade que alguns relativistas se aperceberam da circunstância, e passaram a tratar a questão nos termos em que lhe são próprios, ou seja, em termos de tensão entre segurança jurídica e justiça. Com isso, tem-se que a discussão se desloca, num primeiro momento, do plano do direito meramente processual para a filosofia do direito, afinal, a conflituosa relação entre segurança jurídica e justiça é uma velha conhecida dessa disciplina.

Gustav Radbruch, ao tentar responder à pergunta sobre o que é o direito, ou melhor, sobre o que seja a ideia de direito, imediatamente relacionou-a com a justiça, cuja essência seria a justiça distributiva, ou tratamento igual de iguais e desigual de desiguais. Essa fórmula, porém, é vazia de conteúdo, porque não diz sob qual ponto de vista se deve considerar algo como igual a outra coisa,

²⁰³ [A segurança jurídica] “não é uma razão a ser sopesada com outras, mas sim um ‘princípio condição’ ou ‘princípio pressuposto’ para a aplicação de outras normas – regras e princípios”. (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 672.)

²⁰⁴ Marinoni também defende a imponderabilidade da coisa julgada. Nada obstante, não sustenta essa conclusão tanto pela circunstância instrumental da coisa julgada em relação à segurança jurídica, mas porque a *res judicata* seria, ela mesma, uma condição essencial à existência de um discurso jurídico. (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47/49). Já se apresentaram as razões de discordância no item 2.5.1.

motivo pelo qual precisa ser completada pela adequação do direito a um fim, isto é, à sua utilidade. Assim, será justa a igualdade que atenda a critérios que conduzam à finalidade definida para o direito, como, por exemplo, a garantia da liberdade e da propriedade. Entretanto, esse problema não se resolve de modo inequívoco, mas relativista, em razão das diferentes concepções de Estado, de bem comum e de vida em sociedade, que resultam em distintas “finalidades” do direito. Esse relativismo, todavia, “não pode permanecer como a última palavra da filosofia do direito”, já que o direito, enquanto ordenação da vida, “não pode ficar abandonado às diferenças de opiniões dos indivíduos, pois é necessário haver uma ordem acima de tudo e de todos”. Surge, portanto, o terceiro elemento da ideia do direito, a segurança jurídica. Ela exige a positividade do direito, pois, “se não se pode identificar o que é justo, então é necessário estabelecer o que é jurídico, e de uma posição que de fazer cumprir aquilo que foi estabelecido”. A positividade do direito torna-se, então, o “próprio pressuposto de sua justiça: tanto o ser positivo é parte do ser justo, quanto o ser justo em seus conteúdos é tarefa do direito positivo”²⁰⁵.

Os três elementos da ideia do direito convivem de forma as vezes contraditória, e é tarefa de cada sistema dar prevalência a cada um deles, em determinadas situações. A segurança jurídica, por exemplo, exige positividade e essa, um mero fato, quer valer sem levar em consideração a justiça ou a utilidade. Com isso, a própria segurança jurídica pode ser paradoxal em seu interior, porque não somente exige a vigência dos preceitos jurídicos, mas também demanda considerações sobre a aplicação mais segura do direito e sua “praticabilidade”, o que pode entrar em conflito com a própria positividade. É dizer, fatos antijurídicos, que contradizem a vigência da norma, podem gerar direitos subjetivos que levam a criação de novo direito, quando, por exemplo, as ações possessórias e a prescrição atribuem efeitos jurídicos válidos a situações inicialmente em desacordo com as normas positivas, justamente em homenagem à segurança jurídica. Por fim, a coisa julgada também seria um exemplo desse fenômeno de disputa da segurança jurídica com a própria positividade do direito, ao conceder à “sentença de conteúdo injusto vigência não

²⁰⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 107/108.

só para esse caso concreto”, mas transcendente, “em forma de precedente, à singularidade do caso concreto”²⁰⁶.

Embora não tenha Radbruch afirmado expressamente a prevalência da segurança sobre os demais elementos da ideia de direito, é nítido que ele confere a ela especial prevalência no seu esquema teórico. Relaciona-a à própria vigência e efetividade do direito, pois a imposição obrigatória desse não adviria tão somente de sua positividade, enquanto força estatal, mas como “sentimento de dever-ser”. O autor negou que se tratasse de formulação sociológica da vigência do direito, ao estabelecer que o direito “não vigora *porque* foi capaz de se impor de modo efetivo, mas vigora *quando* é capaz de se impor de modo efetivo, *porque* só então pode garantir segurança jurídica”. Portanto, o fundamento do direito seria, realmente, a segurança jurídica, “a paz, que finaliza a disputa entre as concepções jurídicas em luta, e a ordem, que finaliza a luta de todos contra todos”²⁰⁷.

Dessas reflexões, extraía o autor a conclusão da total subserviência do juiz à lei, sem consideração com outras teorias da justiça do que aquela positivada:

“o juiz, submisso à interpretação e ao serviço da ordem jurídica positiva, não deve conhecer outra teoria da vigência senão a jurídica, que equipara igualmente o sentido da vigência, a pretensão de vigência da lei à vigência real”²⁰⁸.

Entretanto, como é inexorável, a realidade e a miséria humana testam o jurista em suas reflexões teórico-abstratas. Após vivenciar os horrores do nacional-socialismo alemão, Radbruch colocou em dúvidas as suas próprias ideias, formuladas originalmente na década de 20. Passou a ponderar, em de artigo datado de 1946, ainda sob o choque do pós-guerra, que, havendo um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, entre uma lei que falha em seu conteúdo, mas é positiva, e um direito justo, mas que não adquiriu a consistência de uma lei, tem-se na realidade um conflito da justiça consigo mesma, entre a justiça aparente e a justiça verdadeira²⁰⁹. Esse conflito normalmente seria

²⁰⁶ *Idem.* p. 111/112.

²⁰⁷ *Idem.* p. 124.

²⁰⁸ *Idem.* p. 126.

²⁰⁹ RADBRUCH, Gustav. *Leyes que non son derecho y derecho por encima de las leyes.* In RADBRUCH, G; SCHMIDT, E; WELZEL, H. *Derecho injusto y derecho nulo.* Madrid: Aguilar, 1971, p. 12/13.

resolvido dando prevalência à lei, ainda que injusta; mas, quando sua contradição com a justiça fosse de tal forma insuportável diante de do direito defeituoso, seria dado primado à essa última. O autor admitiu a impossibilidade de traçar uma linha precisa entre uma situação e outra, mas, ainda assim, aventurou-se a tentá-lo: quando sequer se aspira à realização da justiça, quando na formulação do direito positivo se coloca de lado, conscientemente, a igualdade, que constitui o núcleo da justiça, então não se está diante de uma lei que estabelece um direito defeituoso, mas sim da ausência de direito²¹⁰⁻²¹¹.

Guardadas as devidas proporções, é o mesmo choque diante da injustiça de uma sentença que motivou o florescimento das teorias que propõem a relativização da coisa julgada. Um caso emblemático é o da decisão transitada em julgado que determinou ao Estado o pagamento de indenização por desapropriação indireta a quem já fora desapropriado do imóvel uma vez²¹². Deparando-se com algo que consideram uma injustiça gravíssima, violadora dos mais profundos sentimentos de correção e moralidade, os autores defendem que a regra preclusiva da coisa julgada, típica do direito processual, não poderia obstar a consecução do verdadeiro direito material, referido como o único absoluto, o “Direito Justo”²¹³.

Percebe-se, então, que a experiência de se ver defronte uma situação em que o direito positivo parece fornecer respostas diametralmente opostas àquelas esperadas pelo sentimento de justiça leva alguns juristas a negar que essa regra

²¹⁰ *Idem*. p. 14.

²¹¹ Parece que Radbruch coloca a questão em termos da intenção do legislador ou dos agentes públicos. Deveras, é possível extrair desse trecho, que foi reproduzido e adotado em larga escala na Alemanha Ocidental pós-guerra, embora não tenha recebido posterior aprofundamento por seu autor, que a linha divisória entre um direito injusto válido e um não direito repousa na figura do dolo do jurista em criá-lo ou interpretá-lo de forma contrária à ideia de justiça. Uma pergunta sucede naturalmente essa afirmativa: afinal, a contrariedade seria em relação à ideia de justiça sustentada pelo próprio agente ou por quem julga, *a posteriori*, os seus atos? Para defender a presença de um “dolo de injustiça”, é forçoso admitir que isso somente se daria quando o indivíduo agisse de forma contrária à sua própria concepção de justiça e não à de outrem. No entanto, é crível que isso ocorra? Soa um pouco improvável que o jurista, agindo livremente, sem a ocorrência de coação irresistível ou de corrupção (o que viciaria, por outros motivos, o produto da sua operação jurídica), decida agir contrariamente à sua própria vontade e visão de mundo.

²¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 244/246.

²¹³ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. *Apud*. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 149.

positiva possa constituir fonte de obrigação jurídica, porque seria contrário à função do direito a produção de injustiças manifestas²¹⁴. Essa postura, de negar vigência ao direito positivo injusto, ou de submeter-lhe a vigência à justiça, representa, inegavelmente, a adoção da teoria do Direito Natural. Eberhard Schmidt, aludindo ao mencionado artigo de Radbruch e bem também aos demais jusfilósofos alemães dos primeiros anos do pós-guerra, afirmou que “o direito natural estava de novo em todos os lábios”²¹⁵.

Em termos conceituais, Norberto Bobbio é preciso em sintetizar a doutrina do Direito Natural como sendo a teoria jurídica que “reduz a validade à justiça, afirmando que uma norma só é válida se é justa; em outras palavras, faz depender a validade da justiça”²¹⁶. Realmente, é esse o raciocínio empreendido pelos autores que defendem a chamada relativização axiológica da coisa julgada: estabelecem que a norma processual que fixa a imutabilidade da sentença a partir do trânsito em julgado somente tem vigência quando essa sentença estiver em conformidade com as exigências de justiça. Não muda esse panorama o fato de aporem adjetivos e superlativos à expressão justiça, pois, ainda que se exija a presença de uma injustiça manifesta, gravíssima, teratológica, o critério continua se referindo à justiça da sentença.

Em que pese o Direito Natural se mostre como uma ideia de fácil aceitação, a de que somente podem obrigar os cidadãos as regras justas (quem ousaria defender o contrário?), ele certamente não é isento de problemas. Em verdade, usa-se o vocábulo da justiça (ou do Direito Natural) como se se tratasse “de um conceito fixo, determinado quanto ao seu conteúdo: e crê-se haver dito o bastante em propor a exigência de que as leis concordem com o Direito Natural”²¹⁷. A questão que se coloca, então, é justamente definir qual seja o

²¹⁴ “Nessa perspectiva ético-jurídica, o Estado de Direito é mais do que um Estado de lei, visto engendrar uma equação cuja coercitividade, emanada do poder, somente se concretiza mediante absorção de conteúdo valorativo, ínsito no comportamento de persecução do direito legítimo. Isso evidencia que o ato jurisdicional assecutorio do direito subjetivo somente se impõe se sintonizado com a ordem axiológica [...]” (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada, segurança jurídica e verdade social: justiça da decisão judicial*. In NASCIMENTO, C. V.; THEODORO JR., H; FARIA, J.C.; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011).

²¹⁵ SCHMIDT, Eberhard. *La ley y los jueces*. In Derecho injusto y derecho nulo. RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E.; WELZEL, H. Madrid: Aguilar, 1971, p. 49.

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2016, p. 54.

²¹⁷ SCHMIDT, Eberhard. *La ley y los jueces*. In Derecho injusto y derecho nulo. RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E.; WELZEL, H. Madrid: Aguilar, 1971, p. 49.

conteúdo que deva o direito apresentar, *a priori*, para que seja válido, ou, o que dá no mesmo, definir o conteúdo dessa justiça, que confere validade ao direito positivo. O perigo é evidente, e, para Welzel, “resultava demasiado claro que [os defensores do Direito Natural] transpunham à ordem de realidade seus próprios desejos subjetivos, para extrai-los dali na qualidade de normas objetivas (em aparência)”²¹⁸.

O desafio da sustentação de um Direito Natural que se mostre cognoscível pelos homens, e que permita a eles um mínimo de previsibilidade sobre quais as normas jurídicas que disciplinam as suas relações sociais, passa a ser, então, definir o que se entenda por justiça, de uma forma que se atinja um consenso racional. Essa tarefa, já o demonstrou Kelsen, não pode ser realizada à margem de um direito prévio, posto e positivo.

O jusfilósofo austríaco se propôs a realizar uma análise científica das teorias da justiça. A sua pretensão de cientificidade resultou de uma abordagem que procurasse responder que tipos de normas as pessoas representam quando valoram determinada conduta como justa, ou seja, qual a norma de justiça estaria pressuposta para fundamentar a validade daquela norma individual de conduta. A pesquisa deveria simplesmente descrever as normas resultantes das valorações efetivamente realizadas pelos homens, e não pretender estabelecer o que é justo, ou seja, prescrever como se deve tratar os homens²¹⁹. A única premissa conceitual de que disporia o investigador seria a delimitação de que a justiça em análise se refere a uma valoração da conduta social dos homens, quer dizer, no seu tratamento em face de outros homens, não se cuidando de pesquisar, então, a justiça intrínseca de uma pessoa. Segundo essa premissa, uma pessoa não é justa ou injusta em si mesma, mas só pode ser justa ou injusta na sua conduta em relação a outras pessoas²²⁰.

A primeira constatação dessa empreitada é a existência de dois tipos de normas de justiça: um metafísico e outro racional. As primeiras são provenientes de uma instância transcendente, existente para além do conhecimento humano experimental e que ostentam um conteúdo que igualmente não pode ser

²¹⁸ WELZEL, Hans. *El problema de la validez del derecho (una question limite del derecho)*. In RADBRUCH, G; SCHMIDT, E; WELZEL, H. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971, p. 73.

²¹⁹ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 16.

²²⁰ *Idem*. p. 03.

compreendido pela razão humana. Assim, deve-se apenas acreditar na justiça de tais normas, bem como na existência da instância da qual procedem. Já as normas de justiça racionais são - ou pretendem ser - concebidas e compreendidas pela razão humana²²¹. É cediço, então, que apenas as normas de justiça racionais justificam o aprofundamento da investigação para desvelar o seu conteúdo, já que as metafísicas se encontram além da compreensão humana.

A pesquisa toma o rumo de elencar as diversas normas de justiça que, ao longo da história, alcançaram notoriedade, em decorrência de sua suposta virtude e idoneidade para solucionar os mais diversos problemas morais. Em primeiro lugar, estaria a fórmula do *suum cuique*, “a norma segundo a qual a cada um se deve dar o que é seu, isto é, o que lhe devido, aquilo a que ele tem uma pretensão (um título) ou um direito”. Logo se percebe que a “questão decisiva para a aplicação dessa norma – o que é seu, o que é que é devido a cada um, o que é seu direito – não é decidida por essa mesma norma”. Realmente, “como aquilo que é devido a cada um é que deve lhe ser dado, a fórmula do *suum cuique* conduz à tautologia de que a cada qual deve ser dado aquilo que deve lhe ser dado”. Dessa forma, evidencia-se que “aplicação dessa norma pressupõe a validade de uma ordem normativa que determine o que é para cada um o “seu”, ou seja, o que é que lhe é devido, a que é que ele tem direito”²²².

O mesmo vazio de conteúdo foi identificado em outras normas de justiça, como o imperativo categórico de Kant e a mediania aristotélica, que não fornecem uma resposta sobre como se deve tratar os outros, mas antes pressupõem um sistema moral previamente aceito para tanto. Quanto ao primeiro, tem-se a justiça na conduta individual que possa ser traduzida em uma máxima universal; disso não se extrai, porém, qual deve ser o conteúdo da conduta, mas somente que ela possa ser transformada em regra geral e abstrata. Apenas uma teoria moral prévia poderá prevenir, então, que o malfeitor pretendesse transformar o malfeito em regra geral. Assim também a fórmula do meio-termo de Aristóteles. Se a justiça ou a virtude está no ponto médio entre dois vícios, como a coragem está para a covardia (falta de coragem) e para a

²²¹ *Idem.* p. 16/17.

²²² *Idem.* p. 18.

temeridade (excesso de coragem), apenas se pode localizá-la se as coordenadas dos vícios forem predefinidas, o que, na vida social, não se observa²²³.

Kelsen também demonstrou que a justiça não pode ser reduzida à igualdade. Essa, em verdade, é decorrência lógica do caráter geral e abstrato de uma lei, a qual, ao estatuir uma consequência a uma hipótese de incidência, exige a aplicação da mesma consequência a todas as situações que se enquadrarem naquela hipótese e, ao mesmo tempo, veda que essa mesma consequência se opere quando não se estiver diante da hipótese. Como consequência de lógica formal, a igualdade não define o conteúdo do tratamento, porque não estabelece o critério que deve ser utilizado para avaliar a presença de um “igual” ou de um “desigual”. Assim, uma decisão que, aplicando uma lei que facultasse o voto apenas aos homens, permitisse o voto de um homem, mas não o de uma mulher, atenderia à exigência formal da igualdade perante aquela lei. Apenas com recurso a uma teoria moral externa e prévia ao princípio da igualdade – a rigor externa ao próprio direito positivo, no exemplo dado - é que se poderia estabelecer os critérios para a definição de um *dever ser* “igual” e “desigual”, em detrimento do mero *ser* “igual” ou “desigual”, o qual afirmasse, então, que mulheres deveriam ser tidas por iguais a homens²²⁴. A igualdade pura e simples redundaria na maior de todas as injustiças, pois não levaria em conta as infinitas diferenças entre as pessoas. Entretanto, a mera fórmula “tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, nada diz acerca de quais, dentre as infinitas vicissitudes que permitem diferenciar uma pessoa de outra, devem ser levadas em consideração no cálculo da desigualdade. Daí a incompletude da justiça distributiva, que deve, para permitir qualquer sentido prático, ser complementada por outras normas, que definam o conteúdo da igualdade.

A partir dessas considerações, é possível concluir que as teorias racionais da justiça não apresentam um denominador comum maior do que o de

²²³ *Idem.* p. 21/31.

²²⁴ *Idem.* p. 51/61. Nesse exemplo, torna-se claríssima a importância da posituação dos direitos humanos, a despeito de frequentemente se tê-los como correspondentes ao Direito Natural. Somente uma regra positiva de hierarquia superior que dissesse que homens e mulheres não se serem tidos por iguais é que tornaria mencionada lei como uma violação à igualdade, porque, na sua ausência, ter-se-ia a simples concretização da isonomia perante a indigitada lei. Voltar-se-á a esse tema adiante.

prescreverem que, sob determinadas condições, deve-se conferir determinado tratamento às pessoas, sem maior detalhamento sobre o conteúdo desse tratamento. Dessa forma, todas elas se apoiam nas bengalas, ou de um Direito Natural ainda mais primitivo, ou de um sistema normativo posto, que definam, com maior especificidade, o que é devido a cada um, o que é passível de tornar-se máxima universal, o que é virtude e o que é vício, o que é igual e o que é desigual. Com isso, conclui-se que a busca pela justiça do Direito Natural somente pode ter dois finais: ou se vê às voltas com um regresso *ad infinitum* à procura de uma teoria moral ainda mais primordial ou resigna-se a admitir que a justiça somente pode ser especificada no caso concreto pelo sistema normativo positivo.

Volvendo-se para a relativização da coisa julgada, percebe-se que, ou bem essas teorias reduzem a injustiça da sentença à desconformidade com o direito positivo, como o fez Humberto Theodoro Jr e Juliana Cordeiro de Faria²²⁵, ou então caem no vazio, ao afirmarem a submissão da *res judicata* à justiça²²⁶, travestida de moralidade, eticidade, violação de altos valores, etc.

É justamente esse relativismo e vacuidade do conceito de justiça, enquanto correlato a um Direito Natural, que inspirou graves advertências da doutrina. Nas palavras de Lucon, tais teorias necessitam de “correta e detalhada disciplina infra-constitucional, sob pena de as primeiras boas intenções de abertura a respeito do tema cumprirem o real intento do autoritarismo e do arbítrio”²²⁷. Como já adiantado em tópico próprio, Nelson Nery Jr. foi além, comparando de forma clara as pretensões expressas pelas correntes da relativização axiológica com a disciplina de uma lei editada pelo regime nazista alemão, que legitimou o Ministério Público a ajuizar ação rescisória para

²²⁵ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 171/172.

²²⁶ “A ‘tese da relativização’ contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por “justiça” e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (*l'uomo della strada*), o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere Canaris. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 282/283).

²²⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 161.

desconstituir decisões que estivessem em desacordo com “fundamentos do Reich alemão e aos anseios do povo alemão”²²⁸.

Houve quem considerasse a analogia inadequada e maniqueísta, pois “nem tudo o que se faz num Estado autoritário é imprestável”²²⁹. Realmente, a princípio, pode parecer um tanto exagerada a comparação, diante da inegável diferença de contexto político-social do Brasil democrático neste início de século XXI e a Alemanha nazi-fascista de 1933 a 1945. A invocação de um instituto totalitário, utilizado por um dos regimes mais hediondos que a história recente da humanidade vivenciou, para debater uma simples teorização sobre a quebra da imutabilidade das sentenças judiciais transitadas em julgado pode parecer até mesmo um disparate impertinente. Mas a comparação feita por Nelson Nery Jr. não tem nada de impertinente e nem é a única possível de ser feita.

Eros Grau se referiu a uma norma do código penal nazista que previa a punição de uma conduta que, embora não se amoldasse a uma conduta típica prévia, merecesse punição conforme um “saudável sentimento popular”, para afirmar que se cuidava de uma não-norma jurídica, mas a mera autorização do arbítrio²³⁰. Ambas as normas, a processual civil e a criminal, tem em comum com a teoria da relativização axiológica da coisa julgada o fato de a indeterminação contida em “sentimento popular”, “anseios do povo”, “gravíssima injusta”, “imoralidade”, etc, escancarar a porta das arbitrariedades, por serem essas expressões meros criptofundamentos para tornar a decisão judicial insubmissível a qualquer controle racional à luz do direito positivo²³¹.

Além disso, a observação de Nelson Nery Jr. de que sequer o direito nazista ousou desconsiderar a coisa julgada material é, de fato, procedente. Como leciona Bele Carolin Peters, é verdade que o interesse dos detentores do poder nazista se voltou em primeiro lugar ao direito penal e ao seu processo correspondente, mas logo se espalhou também pelas outras áreas do direito, de

²²⁸ NERY JR., Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 295/296.

²²⁹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Bens sujeitos à proteção do Direito Processual Constitucional*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 299.

²³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 24/25.

²³¹ ABOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. *A relativização da coisa julgada material injusta: um estudo à luz da teoria dos enunciados performativos de John L. Austin*. In *Revista de Processo*, vol. 284/2018, p. 77 – 113, Out / 2018, p. 299/300.

forma a realizar lhes uma “reconstrução subcutânea” (*subkutanen Umbildung*), que não foi perceptível da mesma forma do que aquela da área criminal. Esse processo foi permeado pela introjeção da especial ênfase nas noções sociais, da união da sociedade numa “totalidade popular” e da supremacia autocrática dos princípios do *Führer*, que levaram a que a comunidade nacional substituísse a atomização individual do liberalismo e negasse a luta de classes do comunismo²³².

Aos juízes era exigido que suas sentenças fossem adequadas ao direito justo e natural e dessem segurança e certeza ao espírito do tempo (*Zeitgeist*) de uma jurisprudência identificada com o povo. Em outras palavras, o juiz deveria proferir um direito acercado da vida, de acordo com um saudável sentimento popular. O magistrado não mais seria um mero repetidor de palavras excluído do mundo, mas um defensor e um tradutor do mais profundo direito referente à vida social e um ordenador das relações sociais da comunidade nacional²³³.

A ideologia nazista considerava o processo civil liberal adversarial incompatível com a comunidade nacional e, por isso, o primeiro princípio processual a ser observado deveria ser o da regência do processo pelo juiz; o segundo, o de que as partes não poderiam obstaculizar o método e a duração do procedimento. Consequência disso - e que não pode passar despercebida pela presente investigação - foi que a visão do processo civil como coisa pública levou ao fortalecimento da observância da coisa julgada e da execução das sentenças, como forma do Estado de mostrar sua autoridade e assegurar a implementação dos direitos²³⁴.

Destarte, escancaram-se as incríveis contradições do arbítrio e do totalitarismo. Ao mesmo tempo em que o regime nazista buscou fortalecer a autoridade da coisa julgada, como emanção da autoridade do próprio Estado, logrou reduzir a nada essa garantia, com a abertura de sua desconstituição toda vez que ela violasse o “saudável sentimento popular”. Sob a ótica delirante de um simpatizante do nacional-socialismo, certamente não pareceria que a

²³² PETERS, Bele Carolin. *Der Gütegedanke im deutschen Zivilprozeßrecht: Eine historisch - soziologische Untersuchung zum Gütegedanken im Zivilverfahrensrecht seit 1879*. Tese (Doutorado em Direito). Fakultät der Friedrich Schiller Universität Jena, Jena/Alemanha, 2004, p. 122/123.

²³³ *Idem*. p. 123.

²³⁴ *Idem*. p. 125.

autoridade das sentenças estivesse ameaçada por essa hipótese rescisória, pois apenas se lhe havia imposto a exigência de ser justa, nada mais. Ora, o que mais representa esse raciocínio, de submeter a vigência do direito à sua justiça, do que o típico pensamento da doutrina do Direito Natural?

Os paradoxos não se acabam por aí. Viu-se que um Radbruch acabrunhado pelos horrores do *Reich*, arrependido de seu pensamento positivista de outrora, que foi acusado de ser o arcabouço teórico que permitiu o florescimento de tanta crueldade, na tentativa de evitar a repetição desse terror, voltou-se, justamente, ao Direito Natural!

Por fim, hoje, como num círculo vicioso, os defensores da relativização axiológica, empenhados em emprestar às decisões judiciais a melhor conformação com a justiça (não era essa a intenção dos nazistas, em sua distorcida visão de mundo?), pretendem que essa finalidade justifique a desconsideração da coisa julgada injusta.

A solução, porém, nunca esteve na retomada de um Direito Natural bem-intencionado, mas sim na adaptação do positivismo a um sistema de proteção de direitos humanos. Dois mecanismos foram encontrados e utilizados pela civilização ocidental para se prevenir da ocorrência das atrocidades do nazifascismo; (i) a positivação dos direitos humanos enquanto normas constitucionais fundamentais inderrogáveis e inalteráveis; (ii) o fortalecimento da jurisdição constitucional pelas Cortes Constitucionais, como instrumento de tutela e efetividade desses direitos humanos²³⁵.

Desse modo, percebe-se que ao juiz será dado interpretar a lei à luz do ordenamento positivo e, assim, considerá-la eventualmente inconstitucional, atingindo-a em sua validade, mediante instrumento previsto no próprio ordenamento. Não lhe é dado, por outro lado, considerar a lei injusta e negar-lhe

²³⁵ ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. *A relativização da coisa julgada material injusta: um estudo à luz da teoria dos enunciados performativos de John L. Austin*. In *Revista de Processo*, vol. 284/2018, p. 77 – 113, Out / 2018, p. 290/292.

vigência, mediante remissão a elementos de sua moral ou consciência²³⁶⁻²³⁷. Por isso, a positivação dos direitos humanos²³⁸ enquanto normas constitucionais e a efetiva tutela de sua força normativa pelo juízo de controle de constitucionalidade compõem o binômio possível da proteção do ordenamento jurídico-positivo contra a injustiça de seu próprio conteúdo. É a última trincheira a separar o *legítimo juízo jurídico de vigência* do *inadmissível juízo moral da vigência jurídica*. Fora desses termos, por mais altos que sejam os desígnios do intérprete, sua convicção pessoal sobre a vigência do direito e sua obrigatoriedade não passará de arbitrariedade, aniquilando a segurança jurídica e, com isso, o próprio direito²³⁹.

Feitas essas considerações, de cunho jusfilosófico, cumpre retomar à disciplina processual do tema. Embora tenha ficado bastante claro que o conceito de justiça, por sua vacuidade, não se presta a justificar a negativa de vigência de normas positivas, sob risco de isso de submeter a sociedade ao arbítrio do Estado, é compreensível que o jurista se inquiete ao se deparar com

²³⁶ “Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça! Justiça é com a religião, a filosofia, a história.” (GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 20/21). Com isso o autor quis dizer que os juízes devem decidir não subjetivamente, conforme seu senso próprio de justiça, mas aplicando o direito, ou seja, a Constituição e as leis. Não quis significar, contudo, que a decisão fosse fruto de uma matemática, pois ela se insere em processo interpretativo, de concretização da lei universal ao caso singular (21/22).

²³⁷ “Juízes, assim como todos os demais sujeitos do processo, estão sobremaneira vinculados à normatividade. A invocação de um princípio precisa encontrar lastro normativo. Não bastam argumentos lógicos, morais, pragmáticos, etc, para se inferir um princípio (não é porque determinado argumento faz sentido ou produz bons resultados que isso o credencia a princípio): tais argumentos até podem ser usados pelo legislador para elaborar uma nova norma, mas não pelo juiz ao solucionar um caso” (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 80).

²³⁸ “Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém, efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 38. *Apud* ALMEIDA, João Alberto de. *Aspectos constitucionais da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 204.

²³⁹ “Desse modo, proferir outra decisão em face de sentença passada em julgado, sob o argumento de que a decisão anterior é injusta, causa calafrios. Deslocam-se e concentram-se, com tal atitude, em mãos dos juízes, poderes de que não dispõem e para cujo exercício não estão constitucionalmente autorizados nem legitimados”. ALMEIDA, João Alberto de. *Aspectos constitucionais da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 236.

uma decisão judicial que considere injusta, à luz do direito positivo. Afinal, “é objetivo fundamental da jurisdição, segundo entendimento corrente, a eliminação de conflitos de interesses mediante decisões justas”²⁴⁰. Nesse sentido, poderia parecer que o ordenamento jurídico falhou ou foi pego de surpresa, quando a jurisdição, que deveria concretizar o comando geral e abstrato da lei, concretiza comando diverso na sentença, fazendo injustiça *inter partes*. Poderia parecer, então, que as regras preclusivas, como a coisa julgada, pôr-se-iam como um obstáculo para a restauração da justiça por meio da correta atuação da lei.

Uma análise mais acurada releva que não há surpresa alguma quando isso acontece. Na verdade, a coisa julgada “é instituto que se estabelece tomando já em conta a própria perspectiva do erro”, porque se fosse possível pensar num “sistema ideal, hipotético, em que nenhum juiz jamais errasse, seria desnecessário preocupar-se em imunizar a decisão a pleitos de reexame”²⁴¹. De fato, se se partisse da premissa da infalibilidade da jurisdição, não haveria sentido em precluir a possibilidade de impugnação das suas decisões, já que elas estariam sempre corretas e, assim, a resposta ao recurso seria forçosamente a mesma da decisão recorrida. Percebe-se, então, que a existência de uma regra preclusiva da discussão somente faz sentido, se pressuposta a falibilidade da jurisdição²⁴².

Com isso, poderia, ainda, espantar-se o jurista pela constatação de que o sistema processual pressupõe a falha da jurisdição e argumentaria, ainda, que esse sistema não busca, de fato, a justiça de suas decisões. Essa percepção seria igualmente desmentida pelo modo como a jurisdição se organiza nos estados contemporâneos. Segundo Zavascki, o modelo constitucional de jurisdição dotou-a, simultaneamente, da cognição exauriente, como “instrumento para potencializar a justiça das decisões”, e da coisa julgada, para “conferir

²⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 150.

²⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 584.

²⁴² Retomando as discussões mais abrangentes de filosofia do direito, tem-se que, nesse ponto, Radbruch diria que a incognoscibilidade do direito justo (da justiça absoluta) é justamente o pressuposto para a vigência de um direito positivo, pois “não existe nenhuma fundamentação para que um direito positivo indubitavelmente reconhecido como injusto conserve a sua vigência” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 27).

estabilidade às sentenças, alcançando, assim, a solução final das controvérsias”²⁴³.

Seria possível acrescentar, ainda, outros elementos / instrumentos da consecução da justiça pelas decisões jurisdicionais. O primeiro deles está relacionado com a imparcialidade dos juízes, e envolve inúmeros aspectos tendentes a garantir a *terzietà* do julgador, como a inércia da jurisdição, as prerrogativas de autonomia e independência funcional dos membros do Judiciário e as regras de impedimento e suspeição e os mecanismos de sua invocação processual²⁴⁴.

O segundo deles refere-se ao sistema recursal. Como visto anteriormente, a faculdade de impugnação de uma decisão judicial integra o chamado “cálculo de risco” (*Fehlerkalkül*), que é a prévia consideração pelo ordenamento jurídico da possibilidade de falha na aplicação *in concreto* da norma geral e abstrata. Assim, de diversas formas e com base em distintos fundamentos, faculta-se ao interessado ou prejudicado pela decisão tida por incorreta submeter a questão a uma reanálise, a ser feita por outros membros do Judiciário e portadores das mesmas prerrogativas de imparcialidade. Trata-se do princípio do duplo grau de jurisdição, excepcionado apenas em situações de competência originária de tribunais. Mas, nem mesmo nessas hipóteses, a parte fica submetida ao arbítrio de um único julgador, porque impera, nessas cortes, o princípio da colegialidade, que permite que a análise da questão passe pelo crivo de diversos magistrados.

A amplitude das possibilidades de impugnação são, porém, limitadas, pelo simples fato de que o processo deve ter um final. Afinal, se não houvesse um limite pré-fixado para as impugnações, não há que se imaginar que os conflitos tivessem um termo. Como mostra Barbosa Moreira, na ausência de tal termo final, se 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”, então essa nova decisão “ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por

²⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 150.

²⁴⁴ Sobre a relevância desses atributos, relacionados à imparcialidade judicial, para legitimar a atuação jurisdicional na tarefa de concretizar os valores constitucionais, veja-se: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta”. Levanta-se, então, a dúvida: o “que impedirá esse litigante de impugnar em juízo a segunda sentença, e outro juiz de achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento?” A resposta seria a coisa julgada, mas, como ela já foi desconsiderada pelo primeiro juiz, não haveria, então, óbice a essa revisão *ad aeternum* dos julgados²⁴⁵.

Assim, o significado do trânsito em julgado no “cálculo de risco” não é de ser menosprezado. Segundo Kelsen, se a norma geral deve ser aplicada, então somente uma opinião pode prevalecer; definir qual opinião deve prevalecer é tarefa do direito positivo, que o faz como sendo aquela do tribunal. Entretanto, quando essa opinião é tida por incorreta pelas partes a quem a ordem jurídica confere o poder de questioná-la, abre-se a possibilidade de se atacá-la por um “recurso de instância”. Com isso, o sentido subjetivo do ato da decisão não deve ser ainda assumido como o seu sentido objetivo. Isso só acontece com o trânsito em julgado, que é a impossibilidade de anulação daquele ato. Então, as opiniões diversas daquela do tribunal que decidiu por último tornam-se irrelevantes e preclusas. O fato processualmente verificado toma o lugar do fato em si, e torna-se a condição suficiente para a incidência da consequência normativa. Quando se tem a impugnação recursal, o próprio processo e os fatos por ele atestados tornam-se objeto de um outro processo. Já com o trânsito em julgado, que representa o limite da ordem normativa à essa substituição de objetos, o fato processualmente verificado no último processo torna-se, perante o direito, o fato em si²⁴⁶.

Daí que o trânsito em julgado pode ser visto como um *point of no return*, a partir do qual as demais opiniões sobre as consequências jurídicas para aquele caso tornam-se irrelevantes, porque o sentido da norma abstrata passa a ser, naquele caso e perante aquelas partes, o sentido da norma concreta fixada pelo tribunal que por último se manifestou. A fixação do momento em que essa substituição ou especificação se dá de forma definitiva é fruto de uma escolha política. Essa escolha pressupõe a consideração de que o risco da norma concreta descoincidir com o sentido pretendido pela norma abstrata, criando,

²⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, 261.

²⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 267/268.

assim, uma injustiça, é menos grave do que a certeza da injustiça proveniente de uma insegurança generalizada, decorrente da ausência de definição de qual seja a norma concreta²⁴⁷. Não procede, portanto, a máxima de Dinamarco, de que “não seria legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”²⁴⁸, pois, a incerteza, ou ausência de segurança jurídica, é, em si mesma, uma injustiça²⁴⁹. Além disso, a pretendida injustiça da sentença é, na verdade, a justiça possível à luz do ordenamento jurídico, que consente com a possibilidade de falha na prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, considera a sentença equivocada, após o trânsito em julgado, como tão legítima como qualquer outra e mesmo como se sentença correta fosse, já que a sua norma concreta intangível substituiu qualquer outra norma concreta possível para aquele caso.

Além disso, é impossível deixar de comentar um último aspecto da teoria da relativização axiológica da coisa julgada. É que os seus adeptos partem, de forma inadvertida e não intencional, de uma postura metodologicamente autoritária. Com efeito, Ovídio Baptista foi preciso em identificar essa circunstância, ao afirmar que o raciocínio incide em inversão lógica, pois os juristas relativistas defendem a quebra da coisa julgada partindo do pressuposto dado de que a sentença é injusta. Ou seja, “o estado de incerteza, inerente à litispendência, é visualizado pelo observador a partir de uma perspectiva privilegiada, que lhe permite saber – antecipadamente [...] que a sentença será de procedência”²⁵⁰.

²⁴⁷ NERY JR., Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 293/294.

²⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 224.

²⁴⁹ “o conflito que aflige desde sempre aos operadores, ou seja, o choque de opções representado de um lado pela justiça concreta e de outro pela segurança jurídica decorrente da lei, ainda que a custa de uma eventual e aparente injustiça individual. O outro lado da moeda, contudo, destaca que a ausência de segurança jurídica representa uma extraordinária e indiscutível injustiça social!!!” (PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%83%C2%A9rgio%20G.%20Porto\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%83%C2%A9rgio%20G.%20Porto(2)%20-%20formatado.pdf); acesso em: 16/10/19).

²⁵⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa julgada relativa?* In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 313/314; ALMEIDA, João Alberto de. *Aspectos constitucionais da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006, p. 227/228).

Isso explica, então, o entusiástico apoio que a teoria recebe: defendê-la, afinal, equivale a defender sentenças justas, em detrimento de sentenças injustas. Via de consequência - e aqui reside o autoritarismo -, aqueles que se colocam contra a teoria relativista, somente podem estar, por força de lógica, na defesa da sentença injusta²⁵¹. Já se viu, porém, que a simplicidade desse raciocínio é, na verdade, como o canto da sereia, que seduziu os alemães. Também eles acreditaram estar “apenas defendendo a justiça das sentenças”, mas, na prática, consentiram com a “reconstrução subcutânea” (*subkutanen Umbildung*) da ordem jurídica.

Daí que o estabelecimento da injustiça da sentença como causa suficiente para a desconstituição da coisa julgada é “uma operação no reino da pura abstração”, já que, para se afirma-lo, no caso concreto, seria necessário “mergulhar na extrema complexidade da vida real, submetendo-nos às exigências do direito transformado em simples ‘expectativa’”, ocasião em que se é forçado a renunciar à segurança das proposições estáticas do direito material “para navegar no *mare revolto* do provável, do direito apenas ‘afirmado’, do direito que o autor simplesmente alega possuir”²⁵².

O vício metodológico ora criticado consiste, então, na assunção *a priori* e abstrata da injustiça da sentença, para sustentar a conclusão da necessidade de sua revisão, em desconsideração da coisa julgada. Trata-se de um silogismo com o qual, *prima facie*, dificilmente alguém discordaria. Nada obstante, acredita-se que já foram apresentados os fundamentos teóricos e práticos pelos quais se deve rechaçá-lo, com firmeza.

Afinal, a questão não é se o ordenamento jurídico processual deve buscar a justiça; isso é por demais evidente e liga-se à própria ideia de direito. Em verdade, cuida-se de analisar se essa busca deve ser feita com base em valores vazios e extrajurídicos, por qualquer meio e a qualquer tempo e, principalmente, se é isso que admite e prescreve a Constituição. Parece que não e essa resposta

²⁵¹ É digno de nota essa passagem de Carlos Valder do Nascimento, bastante representativa do pensamento ora criticado: “Dizer que o sistema judiciário tolera a injustiça da sentença é dizer que a função processual tem por finalidade precípua cancelar a iniquidade, a fraude e a inconstitucionalidade, porque a ela, presume-se, não interessa o esforço do seu controle efetivo.” (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada, segurança jurídica e verdade social: justiça da decisão judicial*. In NASCIMENTO, C. V.; THEODORO JR., H; FARIA, J.C.; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 65).

²⁵² *Idem*. 317/318.

é balizada pelas normas processuais positivas em pleno vigor e que, até onde se tenha notícia, não foram declaradas inconstitucionais: o art. 502 do CPC/15 diz que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”, ao passo que o art. 508, do mesmo código, afirma que “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”. Em conjugação com as hipóteses rescisórias taxativamente previstas, eis o limite do “cálculo de risco” do ordenamento jurídico brasileiro, fora do qual habita o arbítrio e a injustiça manifesta.

2.5.5 A inconstitucionalidade da sentença

Como já se viu, existe uma corrente da teoria da relativização da coisa julgada que não se fundamenta (ao menos não exclusivamente) em valores abstratos, relativos a uma justiça inatingível. Ao contrário, essa corrente entende, com razão, que a justiça possível do ordenamento jurídico é aquela relacionada com o estrito cumprimento dos comandos normativos da Constituição²⁵³. Nada obstante, ainda que supostamente fulcrada na defesa da ordem jurídica positiva, essa corrente foi classificada de relativização técnica, pois pretende alterar as balizas dadas por essa mesma ordem jurídica positiva à coisa julgada, ao fixar-lhe uma condição de existência: a constitucionalidade. A fórmula adotada considera haver uma relação de antecedente e conseqüente entre a adequação da sentença à Constituição e a sua intangibilidade pela *res judicata*, de modo que somente haverá a segunda, quando verificada a primeira.

Ora, inicialmente, já se poderia apresentar a essa teoria as mesmas objeções cabíveis em face das teses que se fundam na justiça da sentença. Com efeito, da mesma forma com que a justiça é, sem dúvida, um objetivo inarredável de qualquer sistema jurídico, compondo a própria ideia de direito, também a constitucionalidade dos atos e preceitos jurídicos é um pressuposto *sine qua non*

²⁵³ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 171/172.

de uma ordem que se pretenda constitucional. Entretanto, já restou suficientemente demonstrado que a ordem constitucional não autoriza a busca desses ideais por qualquer meio e a qualquer tempo. Além disso, resultou claro que a questão se torna, então, perquirir sobre qual a medida autorizada pelo ordenamento jurídico para a busca pela constitucionalidade das decisões judiciais²⁵⁴.

Nesse sentido, a tese de Humberto Theodoro Jr., exposta, em última lapidação, em co-autoria com Juliana Cordeiro de Faria, ostenta simplicidade. (p1) Como todos os atos estatais devem submeter-se à Constituição e, sendo a decisão judicial um ato estatal, conclui-se que as decisões judiciais se submetem à Constituição. Eis o primeiro silogismo. Não há – nem nunca houve, acredita-se - um jurista que duvidasse da verdade dessa fórmula. Os problemas começam com o aprofundamento do raciocínio. (p2) Se a validade de qualquer ato estatal depende da sua conformidade com a Constituição e o contrário de validade é a nulidade, então um ato estatal contrário à Constituição somente pode ser nulo. Aqui, as coisas começam a ficar complexas, pois, como se verá adiante, a teoria constitucional contemporânea não atribui, em termos tão matemáticos e absolutos, a consequência de nulidade à inconstitucionalidade. Por fim, o último termo do silogismo, esse o coração da relativização técnica da coisa julgada proposta por Humberto Theodoro Jr.: (p3) se a inconstitucionalidade das leis, enquanto ato estatal, pode ser aferida a qualquer tempo, porque a nulidade absoluta é um vício que nunca preclui, nem pode ser sanado, então a inconstitucionalidade das decisões judiciais, enquanto ato estatal inquinado de nulidade absoluta, também pode ser declarada a qualquer tempo. Daí advém a conclusão de que (c) a sentença inconstitucional pode ser atacada por qualquer meio, seja por ação rescisória, independentemente do prazo decadencial, seja por ação declaratória de nulidade, seja por embargos à execução / impugnação

²⁵⁴ Nesse ponto, percebe-se que o tema, ao contrário do que afirmado por Paulo Otero, não foi objeto de um “esquecimento quase total” pela doutrina e, aliás, nem seria procedente imputar esse suposto esquecimento à circunstância de os juristas ainda considerarem o juiz como a mera “boca da lei (OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993. *Apud*. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 142/143.). Pretende-se demonstrar, inclusive, a tese oposta, ou seja, de que a confusão entre as dimensões do controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais é, ela sim, derivada da equivocada consideração do juiz como mero aplicador de normas abstratas.

ao cumprimento de sentença, seja, por fim, por meio da negativa dos efeitos negativo e positivo da coisa julgada em demanda subsequente²⁵⁵.

Em síntese, trata-se de equiparar o regime de impugnação da inconstitucionalidade das decisões judiciais ao das leis²⁵⁶.

A tese, porém, sofreu uma depuração posterior, nas últimas linhas de seu desenvolvimento. Barbosa Moreira²⁵⁷ e Sérgio Bermudes²⁵⁸ advertiram para a possibilidade de reabertura infinita da discussão, se fosse autorizado que o argumento da inconstitucionalidade pudesse ser invocado para afastar a coisa julgada. Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria responderam que o argumento não procedia, pois a tanto impediria a preclusão máxima da coisa julgada, que representa regra segundo a qual “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide” (art. 471, do CPC/73). Esclareceram, então, que a proposta relativizadora cingia-se às hipóteses em que (i) a ofensa à Constituição nunca chegou a ser deduzida ou cogitada na sentença, ou que (ii) a inconstitucionalidade da lei aplicada pela sentença somente tenha sido declarada pelo STF após o seu trânsito em julgado²⁵⁹.

Essa resposta não é satisfatória, e mostra-se interna e externamente contraditória. Desde logo, nota-se que a depuração da tese, que se vale da eficácia preclusiva da coisa julgada para rebater o risco da repetição *ad infinitum*

²⁵⁵ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 194/211.

²⁵⁶ A tese é afirmada de modo claro e explícito em mais de uma oportunidade: “Com efeito, entendemos que a coisa julgada inconstitucional submete-se ao mesmo regime de inconstitucionalidade aplicável aos atos do poder Legislativo. [...] Há que serem extraídas todas as consequências do reconhecimento da impossibilidade de subsistência da coisa julgada inconstitucional, de modo que se submeta exatamente ao mesmo regime de inconstitucionalidade dos atos legislativos, para o qual não há prazo para a sua arguição” (*Idem*. p. 198 e 206).

²⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, 261.

²⁵⁸ BERMUDES, Sérgio. *Sindérese e coisa julgada inconstitucional*. In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord). *Coisa julgada inconstitucional*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

²⁵⁹ “O que nos inquieta é a possibilidade de a coisa julgada formada em determinado momento representar barreira intransponível para reparação de ofensas à Constituição que nunca chegaram a ser cogitadas na sentença que acabou assumindo a autoridade da coisa julgada, ou quando a proclamação final e definitiva de inconstitucionalidade da lei aplicada na sentença, por parte do Supremo tribunal federal, só veio a acontecer depois de formada a coisa julgada na ação comum” (THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 241.)

do julgado, apresenta duas situações em que seria aceitável a relativização da coisa julgada. Pode-se extrair, então, pela interpretação *a contrario sensu*, as situações em que essa relativização seria inadmissível. Nesse sentido, como se afirmou que seria possível reabrir a discussão transitada em julgado se a sentença tiver sido omissa quanto à questão constitucional, conclui-se que não seria passível de relativização, salvo se regulamente rescindida a sentença por ação rescisória, a sentença que houver apreciado expressamente a questão constitucional, independentemente do resultado dessa análise. A diferença, segundo os autores, estaria em que, num caso, a questão foi expressamente decidida e, por isso, estaria inserida nos limites objetivos da coisa julgada; no outro caso, por não ter sido decidida, ela poderia ser conhecida sem que a coisa julgada se coloque como óbice. Percebe-se, então, que a tese procura, nesse ponto, negar a eficácia preclusiva da coisa julgada, quando a discussão envolver questão constitucional e essa estiver inserida na parcela *dedutível*, mas *não deduzida*, ou *deduzida, mas não apreciada* do objeto processual.

Dois problemas de lógica externa incidem nesse raciocínio. O primeiro deles consiste em dar tratamento distinto aos termos do princípio do deduzido e do dedutível. Não há, na formulação normativa da eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508, do CPC/15²⁶⁰), distinção quanto ao grau de preclusão daquilo que efetivamente se deduziu, daquilo que se poderia ter deduzido. Em verdade, a razão de ser dessa regra preclusiva reside justamente no tratamento igualitário das situações, porque, caso contrário, o resultado do julgamento sempre poderia ser questionado com base em filigranas argumentativas, as quais sempre viriam acompanhadas do atributo de argumentos novos, distintos daqueles apreciados pela sentença definitiva. Excluir da eficácia preclusiva a parcela do *dedutível* equivale a reduzi-la a nada e a sujeitar todos os julgamentos ao crivo da inesgotável criatividade das partes e de seus advogados, que certamente acharão argumentos novos para infirmar o resultado, embora pudessem tê-los deduzido a tempo e modo. Por esse aspecto, então, a resposta dos autores não

²⁶⁰ 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.

parece ter fornecido solução adequada para as advertências de Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes.

O outro problema de lógica externa liga-se à consideração de que a questão constitucional, quando expressamente decidida, contaria com a coisa julgada para precluir qualquer tentativa de rediscussão. Ora, o argumento não encontra respaldo na generalidade de situações processuais. Com efeito, salvo nos casos de controle concentrado de constitucionalidade - os quais, ao que se entende, não estão em discussão - a questão constitucional configurará uma questão incidental e, portanto, prejudicial ao julgamento da lide. Apenas excepcionalmente, em processos objetivos, a constitucionalidade de uma norma assumirá a feição de questão principal; de resto, está-se a debater os limites à rediscussão de uma constitucionalidade que repercute incidentalmente no julgamento de uma demanda concreta *inter partes*. Nesse diapasão, percebe-se que o art. 503, §§1º e 2º, do CPC/15, estabelecem os requisitos para que a questão prejudicial faça coisa julgada. Dentre esses requisitos, encontra-se aquele relativo à competência, ou seja, fará coisa julgada a resolução da questão prejudicial se “o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”. É cediço que, no Brasil, apenas ao STF incumbe o julgamento *principaliter* da constitucionalidade de uma norma jurídica. Dessa forma, a não ser que a questão constitucional tenha sido decidida, naquele caso concreto, pelo STF, por meio do julgamento dos instrumentos disponíveis às partes para provocar o controle difuso de constitucionalidade daquela corte, essa resolução não fará coisa julgada.

Com isso, surge a pergunta: nos casos em que houve decisão expressa sobre a questão constitucional, o que garantiria a vedação de sua rediscussão em novo processo, com o fito de alterar a resolução da questão principal? Como não poderia ser a coisa julgada, porque geralmente ausente a sua incidência sobre a questão prejudicial constitucional, é forçoso perceber que a tarefa incumbiria justamente à eficácia preclusiva da coisa julgada, negada anteriormente! De fato, essa impede a renovação da discussão sobre a questão principal com base em quaisquer argumentos que as partes alegaram ou poderiam ter alegado. Ou seja, no específico mister de proteger a norma jurídica concreta da sentença, veda-se, da mesma forma e sem distinções, a invocação de questões já decididas e de questões que porventura poderiam ser apreciadas.

Percebe-se, então, que a tese de Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria peca por, interpretando mal os limites objetivos da coisa julgada, pretender cindir a eficácia preclusiva da coisa julgada em matéria constitucional, tratando de forma diversa situações que, à luz das normas aplicáveis, são iguais.

Não é só. A tese ostenta, ainda, uma contradição lógica interna. Lembre-se que os autores pretenderam que fosse permitida a rediscussão, malgrado o trânsito em julgado, em duas situações: quando (i) a ofensa à Constituição nunca chegou a ser deduzida ou cogitada na sentença ou quando (ii) a inconstitucionalidade da lei aplicada pela sentença somente tenha sido declarada pelo STF após o seu trânsito em julgado. Focando-se agora na segunda hipótese, logo se percebe que, nesse caso, não colocaram os autores o requisito da ausência de debate prévio da questão constitucional. Fala-se em abrir à rediscussão se, e tão somente se, o STF vier a declarar inconstitucional a norma em que se baseou a sentença, após o seu trânsito em julgado. Conclui-se, então, que a proposta não faz, aqui, a diferenciação que fez alhures, ou seja, pouco importa que a decisão transitada em julgado tenha ou não apreciado a questão constitucional, pois basta que o STF venha a declarar a norma inconstitucional, para que se torne *ipso facto* possível a revisão do caso julgado. Ora, por força de coerência, também nessa situação, de superveniência de precedente constitucional qualificado, haveria que se negar a rediscussão do caso, se a questão já houvesse sido apreciada anteriormente.

Em que pese as evidentes contradições de sua formulação, tome-se a tese como ela se apresenta, para submetê-la a análise. Em primeiro lugar, há (A) a afirmação de que o vício da inconstitucionalidade enseja, forçosamente, a nulidade do ato jurídico. Em segundo lugar, tem-se (B) a pretensão de equiparar a disciplina de controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais. Em terceiro lugar, trata-se de analisar se (C) a questão constitucional pode ser subtraída à eficácia preclusiva da coisa julgada. Por último, resta o (D) efeito da declaração superveniente de inconstitucionalidade da norma jurídica aplicada pela sentença. A análise desse último ponto desdobra-se em duas vertentes: a primeira delas é feita neste mesmo tópico e limita-se à investigação desses efeitos do juízo constitucional em termos de relativização atípica da coisa julgada; a segunda parte tem como objeto a exegese dos dispositivos legais que

estabelecem uma hipótese típica de ação rescisória, fundada justamente em tais efeitos do juízo constitucional. Essa última reflexão é feita nos capítulos 3 e 4, que versam sobre a disciplina dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma sobre a coisa julgada no direito estrangeiro e no direito pátrio, respectivamente.

O primeiro ponto de destaque é a premissa de que a nulidade é uma consequência de lógica jurídica necessária ao reconhecimento da inconstitucionalidade. A proposição, que parece passível de aceitação, sem maiores dificuldades, não é inteiramente verdadeira, embora o seja, no mais das vezes. Na realidade, a correção da asserção em comento deriva mais de aspectos probabilísticos do que ontológicos; vale dizer, a nulidade como consequência da inconstitucionalidade é algo verdadeiro no mais das vezes, mas nem sempre; é regra, mas comporta exceções.

No desenvolver do pensamento constitucional do século XX, duas correntes se opuseram no tema de controle de constitucionalidade: o modelo norte-americano e o modelo austríaco. O primeiro era associado à ideia da inconstitucionalidade como nulidade absoluta da lei (*null and void*), declarada de forma incidental e difusa por qualquer juiz, com efeitos retroativos (*ex tunc*). Já o segundo identificava-se com a visão da inconstitucionalidade como anulabilidade da lei, apenas passível de desconstituição de forma concentrada por um determinado órgão (a corte constitucional), em via principal, por meio de ação abstrata, com efeitos prospectivos (*ex nunc*). Tratava-se de dois universos inconfundíveis e inconciliáveis, mas que, com o tempo, acabaram se aproximando e se assimilando. Por um lado, o direito austríaco alterou a concepção inicial de vedação de retroação à declaração de inconstitucionalidade, para admiti-la nos casos concretos submetidos a corte constitucional pelos demais tribunais superiores, na consideração de que seria injusto reconhecer a nulidade da lei, mas negar seus efeitos justamente a quem a postulou, ensejando o controle. Por outro lado, o direito norte-americano, o italiano e o alemão atenuaram notavelmente a doutrina da eficácia *ex tunc*, ou seja, da retroatividade. Fizeram isso na consideração de que alguns efeitos consolidados, como a autoridade da coisa julgada, devessem ser preservados, sob pena de as consequências sobre a paz social e sobre a estabilidade das

relações e situações jurídicas serem mais graves do que a própria violação da Constituição pela norma declarada nula²⁶¹.

Esses desenvolvimentos se deram majoritariamente no campo da temporalidade da declaração de inconstitucionalidade²⁶², ou seja, de sua retroação ou prospecção. Com isso, se o conceito de nulidade for identificado umbilicalmente com a ideia de eficácia *ex tunc* de sua decretação, então já seria forçoso reconhecer que essa concepção tradicional de nulidade não estaria associada automaticamente à noção de inconstitucionalidade²⁶³. É possível, porém, ir além no raciocínio, não apenas para demonstrar que a inconstitucionalidade não se identifica com a noção clássica de nulidade como causa de retroação da retirada do ato viciado do mundo jurídico, mas que pode, em circunstâncias excepcionais, não se identificar em absoluto com qualquer noção de invalidade.

De fato, como leciona Gilmar Ferreira Mendes, há casos em que se recomenda “a adoção de uma pura declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade”. A lesão ao princípio da isonomia ou a necessidade de se evitar a supressão de avanço considerável de direitos pode fazer com que um

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 120/124.

²⁶² “Por um lado se afirma que a decisão em princípio produz efeitos *ex tunc*, isto é, retroativamente. Mas se olharmos mais de perto, resulta que para todas as ações judiciais concluídas no passado (com exceção das penais) deve valer o contrário. Assim tudo indica que a pergunta ‘com ou sem retroatividade?’ não pode ser respondida em termos unitários. As nossas dimensões temporais perdem o seu caráter absoluto – um fenômeno, de resto, também observável em outras ciências. [...] Enquanto abstrata, a pergunta é, bem considerada, uma questão metafísica; e nós discutimos aqui questões de ciência do direito. E aqui se evidencia, ao menos para a Alemanha, que a decisão de declaração da inconstitucionalidade de uma lei é constitutiva. [...] Formulando isso mais uma vez em outros termos: o legislador pode partir da hipótese de que a sentença do Tribunal Constitucional seria apenas declaratória (o que ele não faz na Alemanha) e, não obstante, estabelecer exceções para matérias individuais ou tipos individuais de casos e deixar que o efeito se produzisse somente no futuro. Ou ele pode (como ocorre na Alemanha) considerar constitutiva a declaração da inconstitucionalidade de uma lei e não obstante deixar que os efeitos dessa declaração adentrem o passado em algumas constelações, como e.g. no Direito Penal.” (MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’ e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão*. Palestra apresentada na Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf>; Acesso em: 12/11/19).

²⁶³ “À inequívoca inconstitucionalidade de uma norma podem não se associar, de modo automático, todos os efeitos da nulidade absoluta”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 957/958).

juízo rigoroso de proporcionalidade leve a que se declare a inconstitucionalidade sem nulidade, “congelando a situação jurídica existente até o pronunciamento do legislador destinada a superar a situação inconstitucional”. Isso significa que a própria nulidade da norma inconstitucional poderá ser afastada se, a juízo do tribunal constitucional, “se puder afirmar que a declaração de nulidade acabaria por distanciar-se ainda mais da vontade constitucional”²⁶⁴.

Dessa forma, resta indubitável a existência de um verdadeiro princípio da nulidade da lei inconstitucional, a exigir que o ato normativo editado em desconformidade com a Constituição faleça em sua validade, *ab initio*. Isso não significa que ele não possa ser afastado no exercício da jurisdição constitucional, que é dotada de técnicas que o atenuam: a produção efeitos *ex nunc* ou *pro futuro* da declaração de inconstitucionalidade; a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade; por fim, a produção de efeitos *ex tunc*, com a preservação de situações específicas²⁶⁵. Disso se pode concluir com Canotilho que “inconstitucionalidade e nulidade não são conceitos idênticos: a nulidade é um resultado da inconstitucionalidade, isto é, corresponde a uma reação de ordem jurídica contra a violação das normas constitucionais”. Embora seja, por exemplo, a sanção típica do direito português, a nulidade não é “uma consequência lógica e necessária da inconstitucionalidade”²⁶⁶.

Tem-se, então, que a nulidade da lei nem sempre será consequência da declaração de sua inconstitucionalidade, embora o seja no mais das vezes, segundo um princípio de hierarquia constitucional: com essa constatação, pensa-se estar parcialmente refutada a premissa de Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria. Entretanto, a sua tese de relativização técnica proposta comete um erro ainda mais grave: o de querer igualar os planos do controle de constitucionalidade das leis e o das decisões judiciais.

Nesse ponto, vale lembrar que os autores partilharam da crítica de Paulo Otero, para quem o esquecimento dogmático do controle de constitucionalidade das decisões judiciais deveu-se à equivocada visão do juiz como mera boca que

²⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade de lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 95/97.

²⁶⁵ *Idem*.

²⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 952/956.

pronuncia as palavras da lei. No entanto, o que se passa é justamente o oposto: a pretensão de equiparar o controle de conformidade perante a Constituição das leis e das decisões judiciais é, ela própria, a adoção da indigitada visão, como se passa a demonstrar.

A decisão judicial ostenta inequívoca natureza constitutiva de direito. Não no sentido da classificação das eficácias das sentenças, mas num sentido do posicionamento do ato jurisdicional na concretização do ordenamento jurídico. Conforme Kelsen, numa perspectiva de dinâmica do direito, a fixação da norma individual por um tribunal “representa um estágio intermediário do processo que começa com a elaboração da Constituição e segue, através da legislação e do costume, até a decisão judicial e desta até a execução da sanção”. Esse é o processo pelo qual “o direito como que se recria em cada momento, parte do geral (ou abstrato) para o individual (ou concreto)”, por meio de “individualização ou concretização sempre crescente”. A decisão judicial realiza a avaliação da presença dos “pressupostos concretos de uma consequência abstrata prevista por norma geral” e, ao fazer isso, afirma a “vigência de uma norma geral que liga a consequência àquele fato”. Por isso, não se trata de mera declaração de direito pré-existente, já que “mesmo a fase de definição da norma aplicável pressupõe uma análise de sua vigência, ou seja, de sua constitucionalidade”²⁶⁷. Além disso, também a análise dos fatos condicionantes da incidência da norma geral representa a transformação do fato natural em fato jurídico. Por essas razões, é possível dizer que o ato jurisdicional “tem função constitutiva da norma individual, ou seja, antes dela não havia essa norma dirigida a determinado indivíduo, impondo-lhe determinadas consequências jurídicas”²⁶⁸.

Dessa forma, a decisão judicial tem um nítido efeito normativo, não apenas por regram a disciplina do caso concreto, mas porque, no processo de fazê-lo, precisou conferir sentido à norma geral. Daí Eros Grau dizer que a concretização do direito se opera em dois momentos: “no primeiro deles caminhamos do texto até a norma jurídica”, enquanto no segundo “caminhamos

²⁶⁷ Esse juízo “pressuposto” ou “implícito” de constitucionalidade leva Marinoni a afirmar que a aplicação da norma jurídica pela sentença implica a admissão de sua constitucionalidade, de modo que não se poderia dizer que não houve realização de juízo de constitucionalidade apenas porque não houve decisão expressa nesse sentido (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 19).

²⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 263/265.

da norma jurídica até a norma de decisão”²⁶⁹. *Prima facie*, poder-se-ia pensar que o momento de extração da norma jurídica do texto legal seria uma atividade puramente abstrata e, portanto, passível de uma realização que fosse correta ou incorreta, aprioristicamente. Entretanto, o autor adverte que “a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos da realidade (mundo do ser)”; em outras palavras, interpreta-se também o caso concreto, além do texto, no momento histórico de sua aplicação²⁷⁰. Essa conclusão é acompanhada por Taruffo, para quem, “quando uma norma é interpretada para extrair a regra de julgamento a ser aplicada a um caso concreto, como ocorre no processo, é a referência aos fatos daquele caso que guia a interpretação da norma”²⁷¹.

Diante desse cenário, Barbosa Moreira assevera que a decisão judicial opera uma cisão “entre a norma abstrata em que se baseou o juiz e a norma concreta resultante da aplicação daquela” e, após o trânsito em julgado, “a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, vida própria e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata”²⁷²⁻²⁷³. Não se pode chegar ao ponto de dizer que essa cisão entre a norma concreta e a norma abstrata extingue qualquer vinculação de primeira em relação à última, mas cabe afirmar que elas se situam em planos distintos no ordenamento jurídico e, por isso, os instrumentos de controle de constitucionalidade das leis e das decisões judiciais encontram disciplinas tão diversas. Nem se diga que o sistema

²⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 18

²⁷⁰ *Idem*. p. 47.

²⁷¹ TARUFFO, Michele. *As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça*. In ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; Repito SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, 46.

²⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 253; PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. In *Rivista di Diritto Procesuale*, Padova, nº 2, abr/jun, 1990.

²⁷³ Adiante se verá que, na verdade, não é inteiramente precisa a afirmativa de que as vicissitudes da norma abstrata não possam atingir a coisa julgada em hipótese alguma. Apenas se pode afirmar que elas não o podem fazer com violação da segurança jurídica à qual a coisa julgada presta homenagem. Isso praticamente equivale a constatação de uma regra que comporta exceções. A regra é de que não há como mudanças normativas abstratas alterarem a norma concreta transitada em julgado. A exceção fica por conta do disposto nos arts. 525, §15 e 535, §8, os quais, contudo, requerem uma rigorosa interpretação conforme à Constituição para não serem considerados inconstitucionais, por afronta à segurança jurídica e à tutela constitucional da coisa julgada.

processual tenha se olvidado de regular o controle das decisões, como sugeriu Paulo Otero, pois exatamente a tal finalidade se servem o recurso extraordinário (art. 102, inciso III, da Constituição), a reclamação (art. 102, inciso I, 'l', da Constituição), e a ação rescisória por violação de norma jurídica (art. 966, inciso V, do CPC/15). Substancialmente distinto é o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, realizado, em abstrato, por meio da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, inciso I, 'a' da Constituição e Lei nº 9.868/99), bem como pela arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, da Constituição e Lei nº 9.882/99).

Ainda sobre a questão a que aludiu Barbosa Moreira, o importante é ter em mente que a norma concreta não representa a mera subsunção lógica da norma geral aos fatos. Isso seria adotar a tão malfadada visão do juiz como mera “boca da lei”. Na verdade, a própria aplicação da norma no caso concreto pressupõe um juízo de sua validade normativa, do qual participa, necessariamente, um juízo sobre os fatos relevantes da causa. Esse complexo proceder do magistrado não pode ser resumido a uma atividade cognitiva, mas representa interpretação reconstrutiva do sentido normativo, contribuindo, assim, para a “criação” ou concretização do direito para o caso em espécie.

Nada obstante, disso não decorre a total desvinculação da norma concreta da norma abstrata, pois não se pode ignorar que a primeira encontrou na segunda o seu fundamento de validade. Refuta-se a consideração do Judiciário como detentor de *jus proprium*, como pretendeu Marinoni²⁷⁴, a significar que a decisão judicial teria validade em si mesma, oriunda de um poder soberano, independentemente da lei ou da Constituição que pretende aplicar. A descoincidência do sentido da norma abstrata com o da norma aplicada em concreto pelo juiz é fundamento de impugnação da decisão judicial; o trânsito em julgado, longe de reconhecer a autonomia do juiz perante as leis, representa tão somente a cessação da possibilidade de revisão da interpretação efetuada. Somente por via indireta se pode afirmar que a decisão transitada em julgado é

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35. A esse tema voltar-se-á adiante no trabalho, quando se abordar as críticas do autor à ação rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15.

a correta ou que, sendo errada, torna-se correta em razão do exercício de um poder autônomo. Na verdade, torna-se irrelevante perquirir de sua correção, porque será impossível a sua alteração (com exceção das hipóteses rescisórias), de modo que, como afirmou Kelsen, o sentido subjetivo da norma tornou-se o seu sentido objetivo. Em última análise, a norma aplicável ao caso é aquela ditada pela sentença e não outra, e isso decorre do monopólio hermenêutico do direito pelo poder Judiciário, que dita, como última palavra, o sentido das normas jurídicas. Não significa, de forma alguma, que essa atividade seja discricionária, fruto de um *jus proprium* dotado de extralegalidade.

Repisa-se, a superação do paradigma do juiz “boca da lei” apenas significa que a decisão judicial, enquanto veiculadora da norma concreta, encontra-se num plano distinto da norma abstrata por ela interpretada e aplicada, o que leva a uma descoincidência entre a declaração de nulidade da lei e a declaração de nulidade dos atos praticados em sua aplicação. É dizer, uma coisa não leva à outra; pode levar, mas não necessariamente. Como é cediço, a definição de quando, como e por qual meio deve ocorrer a anulação dos atos concretos é tarefa do legislador, observada, sempre, as exigências da segurança jurídica.

Sobre o tema, Gilmar Mendes não hesitou em afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, “jamais se aceitou a ideia de que a nulidade da lei importaria, automaticamente, na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados”. Prosseguindo no raciocínio, indicou-se que, embora genericamente se tenha a noção de que “o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente de ilicitude, concede-se proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica”. Isso é feito pela diferenciação entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade “no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*)”, mediante uso das chamadas “fórmulas de preclusão” (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada)²⁷⁵.

Em sentido similar, Leonardo Greco aduziu que “a coisa, o bem da vida, atribuído ou não a uma das partes na ação individual, não é atribuído a ninguém

²⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade de lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 98/99.

no processo constitucional, da qual não é ela objeto”. Por isso, a “força vinculante que decorre do controle concentrado corresponde à eficácia do precedente da common law”, e não gera, *de per se*, a sobreposição ao “ato de vontade do Estado que no julgamento do caso concreto atribuiu o bem disputado a este ou àquele litigante”²⁷⁶.

Todo esse extenso esforço dogmático para separar o plano da norma do plano dos atos baseados na norma repercutiu, como não poderia deixar de repercutir, na jurisprudência do STF. Ao julgar o RE nº 730.462, fixou-se a tese de que a sua própria decisão, “declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo, não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente”, sendo certo que, para que isso ocorra, é “indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)”²⁷⁷.

Dessa forma, percebe-se a improcedência da premissa adotada pela tese de Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria. Não se pode pretender equiparar o regime de controle de constitucionalidade das leis e das decisões

²⁷⁶ GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 257.

²⁷⁷ O Min. Teori Zavascki assim fundamentou o seu voto, o qual, acolhido pelo plenário, explicita a *ratio decidendi* do precedente: “não se pode confundir a eficácia normativa de uma sentença que declara a inconstitucionalidade, (que retira do plano jurídico a norma *ex tunc*) com a eficácia executiva, ou seja, o efeito vinculante dessa decisão. O efeito vinculante não nasce da inconstitucionalidade, ele nasce da sentença que declara inconstitucional. De modo que o efeito vinculante é *pro futuro*, da decisão do Supremo para frente, não atinge os atos passados. [...] Então, relativamente ao passado, é indispensável uma ação rescisória. [...] É importante distinguir essas duas espécies de eficácia (a normativa e a executiva), pelas consequências que operam em face das situações concretas. A eficácia normativa (= declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) se opera *ex tunc*, porque o juízo de validade ou nulidade, por sua natureza, dirige-se ao próprio nascimento da norma questionada. Todavia, quando se trata da eficácia executiva, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que o efeito vinculante, que lhe dá suporte, não decorre da validade ou invalidade da norma examinada, mas, sim, da sentença que a examina. Derivando, a eficácia executiva, da sentença (e não da vigência da norma examinada), seu termo inicial é a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não atos pretéritos. Os atos anteriores, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, somente poderão ser desfeitos ou rescindidos, se for o caso, em processo próprio. Justamente por não estarem submetidos ao efeito vinculante da sentença, não podem ser atacados por simples via de reclamação.” (RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015, inteiro teor, p. 9, 21/22).

judiciais, porque são atos jurídicos situados em planos inconfundíveis da concretização do direito. Aliás, essa pretensão, longe de identificar-se como a superação do paradigma do juiz “boca da lei”, mostrou-se baseada justamente nas premissas desse marco teórico já ultrapassado. Cai por terra, então, a pretensão de estabelecer um regime impugnativo ilimitado temporalmente para as decisões que porventura contenham vício de inconstitucionalidade, tal como se dá com as leis inconstitucionais.

Além disso, não procedem nem as afirmativas de que a ordem jurídica omitiu tratamento da constitucionalidade dos atos do poder Judiciário, nem de que esse detém um *jus proprium*, além da legalidade e da conformidade com a Constituição. Percebe-se que o problema da inconstitucionalidade dos atos jurisdicionais não é algo que tenha escapado ao “cálculo de vício” do direito positivo. Inúmeros são os instrumentos à disposição das partes para impugnar as decisões, e, somente com base na específica violação de norma constitucional ou de sua interpretação pelo STF citam-se o recurso extraordinário, a reclamação e a ação rescisória por violação de norma jurídica. Logo, se não se pode afirmar que os juízes podem simplesmente decidir contrariamente à Constituição. Caso eles eventualmente o façam, esses, e não outros, são os instrumentos para a correção do vício.

Ademais, é inviável afirmar que a gravidade desse vício seja suficiente para torná-lo insanável, a ponto de que seu reconhecimento possa se dar a qualquer tempo e por qualquer meio. Aliás, nem se pode afirmar com segurança que se trata de um vício mais grave ou mais teratológico do que outros elencados como hipóteses de ação rescisória, como a corrupção do juiz, o dolo da parte vencedora, a colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei ou, enfim, a falsidade documental. Se todas essas esdrúxulas (e reais) situações se submetem ao prazo decadencial para desconstituição da coisa julgada, em que medida a inconstitucionalidade seria tão mais insuportável para escapar ao prazo fatal? É forçoso admitir que a inconstitucionalidade macula a sentença, mas o regime de impugnação dessa mácula é aquele comum às demais hipóteses rescisórias - nem menos, nem mais do que isso.

Com isso, refuta-se, por arrastamento, a tese que pretende subtrair a questão constitucional da eficácia preclusiva da coisa julgada. Tal como as demais questões prejudiciais, a validade da norma aplicada pela sentença

integra o percurso lógico necessário para sustentar a conclusão, que contém o comando normativo sentencial. Como parte do deduzido ou do dedutível, torna-se preclusa a alegação da inconstitucionalidade da norma com a finalidade de alterar o resultado da sentença transitada em julgado²⁷⁸. Já se viu, ainda, no tópico 2.5.1.1, que a eficácia preclusiva da coisa julgada não é regra ociosa, mas configura elemento indispensável para que *res judicata* seja identificada com a imutabilidade e possa, assim, cumprir sua finalidade precípua de evitar a infinita renovação da discussão, dando definitividade e intangibilidade à *lex specialis*.

Entretanto, como afirmado anteriormente, é tarefa do direito positivo disciplinar as “fórmulas de preclusão” que salvaguardam os atos concretos dos efeitos da declaração de nulidade das normas abstratas. Destarte, é preciso separar, metodologicamente, a análise feita neste tópico daquela referente à disciplina efetivamente dada pelo legislador aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma sobre as decisões transitadas em julgado, o que se dá, no CPC/15, por meio dos arts. 525, §12 a 15, e 535, §§5º a 8º. É dizer, concluir pela impossibilidade de equiparação dogmática do controle de constitucionalidade de leis e de decisões judiciais e, conseqüentemente, pela impossibilidade de relativização atípica da coisa julgada com fundamento na inconstitucionalidade da sentença, não é o mesmo que afirmar a ilegitimidade de mencionados dispositivos. Como se pretende demonstrar, eles não representam, de forma alguma, a abertura ampla e irrestrita de rediscussão da matéria revestida pelo manto da intangibilidade.

²⁷⁸ Tanto assim que Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes considera o disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC/73, como uma expressa exceção à eficácia preclusiva da coisa julgada. (LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 124.). O raciocínio é verdadeiro, mas não esgota a natureza do fenômeno em sua inteira. Tais embargos, em que pese evidentemente configurem instrumento que permite a dedução de matéria normalmente já preclusa pela coisa julgada, corresponde, verdadeiramente, a um instrumento rescisório distinto da ação rescisória. Nesse sentido, aliás, toda hipótese rescisória representa uma causa de pedir que fundamenta a quebra da estabilidade e apenas indiretamente significa uma subtração ao conteúdo precluso pela coisa julgada. Por essa razão, concluímos que a ação rescisória integra o sistema processual da coisa julgada. Sobre isso, trata-se com maior profundidade no item 4.6.

2.5.6 A impossibilidade de uma relativização atípica da coisa julgada

Percebe-se, por todo o exposto, a nítida impossibilidade de se proceder a uma relativização atípica da coisa julgada, entendida como qualquer tentativa de, à míngua de disciplina normativa expressa, alargar indevidamente os instrumentos impugnativos típicos ou submeter a estabilidade dos julgados a uma ponderação de valores.

Nesse ponto, discorda-se de Talamini, para quem essa ponderação deveria ser franqueada aos juízes no caso concreto e não apenas ao legislador, sob pena de se negar eficácia aos princípios constitucionais e, mais do que isso, a própria natureza de tais princípios²⁷⁹. A coisa julgada, enquanto forma de concretização da segurança jurídica, não pode ser ponderada, pois a segurança não é um princípio que se encontra no mesmo nível de qualquer outro, ainda que de índole constitucional.

A segurança jurídica é um “princípio pressuposto, como caracterizador dos estados ideais que precisam estar disponíveis para a eficácia dos outros princípios”²⁸⁰. Em verdade, somente se há de se referir à segurança jurídica como princípio para lhe garantir operacionalidade e eficácia, pois, a rigor, trata-se mesmo é de um elemento definitório do próprio direito, já que, sem segurança jurídica, não há direito, nem bom, nem mau, nem de qualquer classe²⁸¹. Por isso, em que pese a segurança jurídica estabelecer, como os princípios, um estado ideal de coisas a ser alcançado, esse se confunde com a própria ordem que se pretende jurídica. Desta feita, esse princípio não pode ser diretamente comparado com os demais, integrantes dessa ordem jurídica que lhe é interdependente: há, decerto, uma “uma espécie de incomensurabilidade entre o princípio da segurança jurídica e os demais”²⁸².

Malgrado essa imponderabilidade, são comuns assertivas no sentido de que a ação rescisória seria fruto de uma ponderação de valores feita pelo legislador, que considerou tais hipóteses graves o suficiente para permitirem a

²⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 575.

²⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 674.

²⁸¹ SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1975, p. 224.

²⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 679.

desconstituição da estabilidade e, se for caso, a rediscussão do julgado. Como conciliar essa noção com a referida imponderabilidade da coisa julgada, enquanto instrumento da segurança jurídica? Já se ensaiou essa resposta ao refutar-se a adoção do paradigma da segurança-continuidade como negação da eficácia preclusiva da coisa julgada sobre a resolução da questão principal. É que a coisa julgada é um instituto cujos limites são naturalmente definidos pela legislação ordinária; não é absoluto, pois é subjetiva, objetiva e temporalmente limitado. Porém, onde, quando e se incidir, torna absolutamente imutável a norma concreta contida na sentença. A ação rescisória não relativiza a coisa julgada, mas integra os seus limites, pré-definidos por quem, desde o início, incumbia defini-los. Por isso se diz, em direito intertemporal, que o regime da ação rescisória é o mesmo regime da coisa julgada e, assim, a criação de nova hipótese de rescisão não se aplica senão às sentenças transitadas em julgado após a sua vigência. A ação rescisória pressupõe a coisa julgada tal como o recurso pressupõe a sentença; nem a sentença deixa de sê-lo, porque recorrível, nem a coisa julgada deixa de ser o que é, porque rescindível.

A ponderação ou relativização da coisa julgada, como defendida pelas correntes relativistas parte da premissa da insuficiência dos limites estabelecidos legalmente para a *res judicata*. Ao se propor a rediscussão da sentença por causa de sua injustiça, subentende-se que os limites legais da coisa julgada não levam em consideração a injustiça da sentença. Ao se pretender quebrar a coisa julgada sob a alegação de sua inconstitucionalidade, pressupõe-se que o sistema processual seja insensível à inconstitucionalidade. Entretanto, já se viu que essa não é a realidade do ordenamento jurídico. A questão da coisa julgada inconstitucional não se situa numa lacuna normativa; localiza-se na própria base de qualquer regra preclusiva, isto é, a possibilidade de erro e de irresignação do prejudicado. A ponderação pretendida não representa o desenvolvimento ótimo das regras processuais, mas quer passar por cima delas. O legislador já contou, abstratamente, com os erros tido, em concreto, por inaceitáveis, pois todo o desenvolver dos mecanismos do devido processo legal está baseado na construção de uma decisão justa à luz da Constituição. O trânsito em julgado significa tão somente o momento em que essa busca deve ser encerrada, independentemente de qualquer consideração subjetiva das partes sobre o sucesso dessa empreitada.

Aliás, sequer é possível pensar num confronto entre a coisa julgada e qualquer outro valor, sem partir do pressuposto que a sentença tenha, de fato, violado esse valor, o que configuraria a inversão metodológica denunciada por Ovídio Baptista²⁸³. Em primeiro lugar, porque, como já afirmado, esse confronto entre o direito material e a preclusão trazida pela coisa julgada não estaria em alguma característica própria dessa última, mas lhe preexistiria, estando contido na sentença, desde antes do trânsito em julgado²⁸⁴. Transitar em julgado significa, para a dinâmica jurídica, que, a partir da *res judicata*, aquela é a norma aplicável ao caso concreto e não outra. Por isso, ou bem se pretende dirigir a ponderação à sentença e o suposto relevante valor constitucional violado, ou a ponderação simplesmente não se mostra possível. Caso se coloque em questão a sentença e o direito material violado, percebe-se que se trata de matéria amplamente disciplinada pelo direito processual, com todas as instâncias e vias impugnativas das decisões judiciais, e que, portanto, a balança nunca pendeu de forma unilateral para a sentença. Por outro lado, se a ponderação é, efetivamente, entre a regra legal da coisa julgada e a violação do direito material, a discussão perde totalmente o sentido, porque, com o trânsito em julgado, o sentido subjetivo da norma passa a coincidir com o seu sentido objetivo²⁸⁵; em outras palavras, não é possível afirmar, com legitimidade jurídica, que o resultado houvesse de ser outro, à luz das normas de direito material.

Dessa forma, a par de uma compreensível insatisfação perante o que se considera como erros da jurisdição (os quais são – ou devem ser - como em qualquer atividade humana, pressupostos), o máximo que se pode extrair das teorias da relativização da coisa julgada são formulações *de lege ferenda* para a estipulação de novos limites para a coisa julgada, mediante novas hipóteses rescisórias. Mesmo assim, são propostas simplesmente improcedentes. Já se viu que tipo de regime político apostou na injustiça da sentença como causa de quebra da coisa julgada. Submeter a segurança jurídica concretizada pela coisa julgada à justiça da sentença é condicionar a sua existência a uma premissa impossível de ser verificada, o que, em outras palavras, equivale a abrir as

²⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa julgada relativa?* In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 313/318.

²⁸⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 237.

²⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 267/268.

comportas processuais para uma torrente do arbítrio e - não se duvida - de injustiças ainda maiores.

Mais do que isso, percebe-se que a adoção, pelo legislador, de hipóteses de rescisão nos termos em que pretendidos pelos defensores da relativização da coisa julgada significaria, na perspectiva relativista, uma vitória vazia. No instante em que lograssem converter para o direito positivo a almejada abertura à ponderação da coisa julgada, já seria essa disciplina normativa insuficiente para os seus anseios, porque toda a teoria se baseia justamente na consideração de uma insuficiência *a priori* do ordenamento jurídico em lidar com as necessidades da busca pela justiça ou pela constitucionalidade. A taxatividade do rol de hipóteses rescisórias representa, *de per se*, a última e definitiva refutação da relativização atípica da coisa julgada.

Coisa diversa não ocorreu com o art. 741, parágrafo único, do CPC/73. Nem bem o dispositivo havia entrado em vigor e já havia quem pretendesse estender-lhe o alcance, para além das raias de seu sentido normativo. Paulo Henrique dos Santos Lucon enxergou nele a positivação de uma causa de pedir típica, ligada a uma invalidade insanável da sentença e, por isso, hábil a autorizar a propositura de “ação cognitiva autônoma”, a qualquer tempo, com o escopo de “desconstituir sentença que se baseou exclusivamente em lei reconhecida como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal independentemente de seu conteúdo”, seja declaratório, constitutivo ou condenatório²⁸⁶. Alexandre de Freitas Câmara entendeu cabível a alegação da questão por mera exceção de pré-executividade, sem prazo fatal²⁸⁷. Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria sustentaram que, mesmo ausente a prévia declaração de inconstitucionalidade pelo STF, seria de se admitir o uso de instrumentos como a ação rescisória e a *querela nullitatis*, pois “o que não se tolera é que, a pretexto de proteger a coisa julgada, deixe-se desprotegida a própria Constituição”, haja ou não prévia manifestação do STF²⁸⁸. Já Talamini pretendeu dar ainda maior

²⁸⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 161.

²⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material*. In DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 34.

²⁸⁸ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 215/216.

maleabilidade aos efeitos dos embargos, ao afirmar que, sendo ele normalmente direcionado à eficácia condenatória da sentença, situações haveria em que, excepcionalmente, outras eficácias poderiam ser desconstituídas, e em outras situações, ainda, não se autorizasse a desconstituição de nenhuma eficácia²⁸⁹.

Com a devida vênia aos autores citados, as propostas não encontram guarida no dispositivo em comento, que regula tão somente a utilização de embargos à execução (não de outro instrumento), nos prazos cabíveis para tal (não de forma ilimitada no tempo), para desconstituir a eficácia condenatória da sentença (nem mais, nem menos).

Percebe-se, então, que o divórcio entre as teorias relativistas e o direito positivo não é de natureza acidental, mas lógica²⁹⁰. Não importa quantos meios de se impugnar a decisão judicial tenha previsto a lei, sempre haverá espaço para a invocação de novas razões, das mais variadas ordens, para pretender reabrir a discussão. Dessa forma, a consagração, pelo direito positivo, de uma hipótese de embargos à execução com eficácia rescisória, ao mesmo tempo em que presta homenagem, sem dúvida, às teorias relativistas, por terem exposto um problema e por terem permitido o desenvolvimento da discussão que levou à aprovação da nova lei, simultaneamente encerra qualquer dúvida sobre a possibilidade de quebra da coisa julgada fora de suas estritas hipóteses de incidência. O próprio STF já se manifestou nesse sentido, quanto à necessidade de utilização da ação rescisória para lidar com a coisa julgada inconstitucional²⁹¹; afirmou-se, naquela sentada, que a fixação de um prazo distinto para a rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º reitera a necessidade da respectiva ação e da observância do respectivo prazo.

Por todo o exposto, resta clara a impossibilidade de uma relativização atípica da coisa julgada.

²⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002, p. 27.

²⁹⁰ Nesse ponto, Dinamarco é expresso em admitir que a tese da relativização axiológica não comporta disciplina pelo direito positivo. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 264/268).

²⁹¹ O Min. Teori Zavascki, em voto vencedor do RE nº 730462, assim expôs: “o novo Código é explícito, dizendo que, nesse caso, quanto à ação rescisória, o prazo de rescisória começa a contar da data da decisão do Supremo. Então, no regime do novo Código, haverá um termo inicial do prazo diferente para ação rescisória, mas isso reafirma a necessidade de haver uma ação rescisória” (RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015)

2.6 A redução do problema: efeitos do juízo constitucional vinculante sobre a coisa julgada

Como conclusão da primeira parte do trabalho, tem-se a impossibilidade de uma relativização atípica da coisa julgada. Entretanto, viu-se, também, que isso não significa que a *res judicata* não possa sofrer limitações pelo legislador ordinário; seus limites subjetivos, objetivos e temporais são exemplos claros e corriqueiros disso. Também as hipóteses de ação rescisória podem ser vistas como parte do sistema processual da coisa julgada, porque representam situações em que se admite, de forma excepcional e limitada temporalmente, o afastamento da estabilidade e, se for o caso, a rediscussão da matéria estabilizada. Portanto, o estabelecimento de uma hipótese rescisória, que passará a integrar esse sistema processual, deve guardar harmonia e coerência com o restante dos institutos e princípios aplicáveis ao sistema.

Isso pode parecer óbvio e, de fato, é uma consequência lógica de se considerar a ação rescisória como integrante do sistema jurídico que disciplina a coisa julgada, mas não é uma reflexão desnecessária ou mesmo dispensável. É fundamental perceber que a parte não pode contrariar o todo. As hipóteses rescisórias, embora sejam frutos de deliberações da ordem de política legislativa sobre os limites da coisa julgada, justamente por isso, devem guardar estrita observância aos princípios que orientam o sistema ao qual estão integrados. É dizer, sendo a coisa julgada instrumento de concretização da segurança jurídica, percebe-se que a ação rescisória não pode ir contra os ideais postulados por essa última, mas deve guardar-lhe estrita observância. Portanto, apenas hipóteses excepcionais e controláveis devem ser alçadas à condição de rescisórias.

Por essas razões, percebe-se que a justiça da sentença jamais poderia ser erigida pelo legislador como hipótese de rescisória. Por mais que se bradasse que a situação injusta pudesse ser excepcional, nunca se lograria submetê-la a um controle racional, dada a vacuidade do conceito de justiça. Admiti-lo, então, seria negar a segurança jurídica assegurada pela coisa julgada, o que levaria, por sua vez, à invalidade da hipótese rescisória proposta, por incompatibilidade com o sistema em que inserida.

Em linha de princípio, tampouco a constitucionalidade da sentença mereceria tratamento distinto. A inadequação das normas de direito processual aplicadas no procedimento que antecedeu e sustentou a sentença, das normas de direito material aplicadas pela sentença para formular a norma jurídica concreta, ou da própria norma jurídica concreta (*lex specialis*) em relação à Constituição sempre poderia ser alegada, com base nos mais diversos parâmetros de controle constitucionais. Nada obstante, essa discussão deveria ser travada no âmbito do processo, com a possibilidade de uma hora ou outra a solução atingir a estabilidade da *res judicata*. Quando isso ocorresse, deixaria de fazer sentido questionar o acerto da decisão, porque, naquele caso concreto, o significado constitucional das normas envolvidas seria aquele e não outro. Qualquer afirmativa no sentido da inadequação constitucional da decisão mostrar-se-ia tão incontrolável e arbitrária quanto a alegação de sua injustiça.

A pergunta que surge é: e se houvesse uma situação em que fosse objetivamente controlável a afirmativa de que a sentença não estaria em conformidade com a Constituição? Nesse sentido, somos chamados a observar a peculiar situação da vinculatividade dos precedentes da corte constitucional e suas repercussões para os casos concretos já decididos definitivamente. É que o juízo da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica pelo STF atinge-a no plano abstrato e vincula todos os demais órgãos do poder Judiciário e do poder Executivo a demonstrarem igual consideração pela norma no plano concreto (art. 102, §3º, da Constituição). Nesse sentido, pode-se afirmar, à luz do sistema de precedentes e da eficácia das decisões da jurisdição constitucional, que uma decisão em caso concreto que dê à norma um sinal de constitucionalidade distinto daquele que lhe é conferido pela corte constitucional é uma decisão objetivamente errada, ao menos no que tange, especificamente, à conformação daquela norma com a Constituição²⁹².

É possível que, nesse ponto, a expressão “decisão objetivamente errada” pudesse deslocar a discussão para as teorias que propõem a existência de uma única resposta correta para os casos judiciais²⁹³. Trata-se, porém, de tema que

²⁹² “Neste caso, as decisões estarão equivocadas pelo parâmetro normativo formal adotado” (ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 343).

²⁹³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175/268.

tangencia a afirmativa. Isso se percebe por dois motivos. Em primeiro lugar, o erro ou acerto não incide aqui sobre a solução judicial do caso concreto em si – âmbito sobre o qual incidem, em geral, as discussões sobre a existência de uma única resposta certa. Há tão somente um equívoco na consideração da adequação ou inadequação da norma à Constituição, ponto específico que pode ou não ser decisivo para a solução do caso, já que, para tanto, o juiz não estaria vinculado a aplicar aquela norma, podendo decidir com base em normas diversas. Ou seja, não é o magistrado obrigado a subsumir aquela norma específica aos fatos que lhe foram apresentados; caso o faça, porém, não poderá julgar sua constitucionalidade de forma distinta do julgamento realizado pela corte constitucional. Em segundo lugar, não se trata, a rigor, de considerar que a decisão que contraria o precedente firmado pela corte constitucional esteja errada porque aquele é melhor ou se aproxima mais do que seja o correto ou o justo, mas simplesmente porque o direito positivo estabelece a vinculação das instâncias judiciárias às decisões dessa corte. Isso é feito sem qualquer remissão à qualidade ou aos méritos intrínsecos de uma decisão ou de outra: essa hierarquia vertical do precedente da corte suprema não significa que o “juiz do tribunal é mais importante do que um juiz de piso, mas que as funções exercidas são distintas”²⁹⁴. Em suma, a decisão da instância ordinária não pode simplesmente contrariar a decisão normativa da corte constitucional e, em o fazendo, recebe o desvalor jurídico dessa contrariedade.

Seguindo esse raciocínio, poder-se-ia concluir pela legitimidade de uma regulamentação legislativa que estabelecesse como causa rescisória a existência de precedente da corte constitucional dando sinal distinto à norma aplicada pela sentença, porque essa seria uma situação excepcional e objetivamente controlável. A alegação da inconstitucionalidade não seria proveniente de uma livre investigação das partes ou do juiz, em detrimento da coisa julgada, mas estaria pautada em precedente vinculante da corte constitucional. Não é incomum que se refira a essa hipótese como sendo uma

²⁹⁴ ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 338.

concessão da segurança jurídica à justiça do caso concreto (*Gerechtigkeit der Einzelfall*)²⁹⁵.

Todavia, a essa conclusão poderia ser oposta a objeção de que a interpretação das normas abstratas também leva em consideração os fatos relevantes do caso concreto²⁹⁶ e, por isso, a decisão singular transitada em julgado deveria permanecer incólume em face do precedente abstrato. Vê-se, então, que a tensão entre a segurança jurídica e a justiça poderia ser reconduzida a uma disputa da justiça com ela mesma. Mais precisamente, tratar-se-ia de uma tensão entre duas visões opostas de como a função jurisdicional deve atuar em prol da justiça: o universalismo e o particularismo.

Michele Taruffo leciona que o universalismo jurídico é fundado “essencialmente sobre a ideia segundo a qual existem regras gerais destinadas a serem aplicadas de modo uniforme pelos juízes”, de modo que a “respectiva decisão se justifica apenas se o caso particular que é objeto da decisão pode ser subsumido a uma norma geral que deve se aplicar do mesmo modo em todos os casos iguais ou semelhantes”. O elemento caracterizante dessa corrente é a noção de igualdade / isonomia e, por isso, atribui-se “à corte suprema a função de estabelecer quais são as regras gerais que devem ser aplicadas em cada caso”, bem como “qual é o significado constante a ser atribuído a cada regra geral em cada caso”²⁹⁷.

Já o particularismo é orientado pelo casuísmo, mas não no sentido pejorativo - sinônimo de arbitrariedade - e rege-se pela máxima de que “é sempre o destaque que se dá aos *particulars* que vai determinar a configuração da regra que constitui o critério de decisão”. Ou seja, “é um fato que determina a interpretação da regra de direito que a ele deve ser aplicado” e, por consequência, “são as peculiaridades dos fatos dos vários casos que podem levar a diversas interpretações da mesma regra”. Isso poderia resultar, inclusive,

²⁹⁵ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigkeitsklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, nº 2, 1964, p. 135.

²⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 47.

²⁹⁷ TARUFFO, Michele. *As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça*. In ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; Repito SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 45.

na não aplicação da mesma norma em casos aparentemente semelhantes ou de sua aplicação em casos aparentemente distintos²⁹⁸.

Trata-se, portanto, de dois paradigmas de como uma decisão judicial deve se orientar e que, se levados às últimas consequências, oferecem visões totalmente antagônicas uma à outra. De um lado, uma versão rigorosa da tese universalista implicaria que “o juiz estaria vinculado a decidir de modo uniforme, aplicando dedutivamente uma regra geral sem ter em conta os fatos do caso, senão para construí-los de tal modo a fazê-los corresponder à *fattispecie* abstrata definida”. De outro lado, a perspectiva particularista, nas suas versões extremas, exige que “o juiz deveria decidir tendo em conta apenas os fatos particulares do caso específico, sem levar em consideração nenhuma regra geral”. Esses dois paradigmas referem-se a duas ideias diversas de justiça: o universalismo se refere à justiça formal e à “correta interpretação das disposições normativas, ou seja, aquela que se poderia chamar justiça das normas”; já o particularismo dirige-se “àquela que poderia se definir como justiça das decisões, referentes aos casos concretos singulares, a justiça substancial daquilo que o juiz diz relacionando as normas a situações reais e efetivas”²⁹⁹.

Por fim, Taruffo admite não existir “uma regra áurea que determine o ideal ponto de equilíbrio entre os dois paradigmas” e, com isso, “dependerá das escolhas políticas formuladas em cada sistema jurídico se a prevalência será atribuída a justiça formal universalista ou a justiça substancial particularista” ou mesmo a uma combinação de ambas. Nada obstante, é possível constatar que cada órgão na estrutura orgânica do poder Judiciário pode ser mais vocacionado para atuar conforme um ou outro paradigma. Deveras, “a jurisprudência das cortes supremas aproxima-se mais do extremo universalista, ao produzirem fórmulas e máximas abstratas”, ao passo que “as decisões produzidas pelas cortes inferiores chega a um ponto mais próximo do paradigma particularista, na medida em que os juízes individualizam as circunstâncias relevantes dos casos concretos”³⁰⁰.

Inegavelmente, o tema dos efeitos do juízo de constitucionalidade de normas realizado pela corte constitucional sobre as decisões singulares já

²⁹⁸ *Idem.* p. 46.

²⁹⁹ *Idem.* p. 49.

³⁰⁰ *Idem.* p. 50.

transitadas em julgado é um assunto que se reporta à tensão entre o universalismo e o particularismo e requer uma tomada de posição pelo legislador. Dar prevalência ao primeiro significa entender a possibilidade de completa revisão da decisão singular em confronto com a orientação normativa geral do precedente. Por outro lado, adotar o segundo implica defender a completa intangibilidade das decisões dos casos concretos, independentemente de compatibilidade com as orientações abstratas. Entretanto, a virtude situa-se no meio. Sem dúvida, uma postura que nega valor aos *particulars* de cada caso e sua influência para a construção das normas ignora, com isso, o próprio modelo constitucional de concretização do direito por intermédio das decisões jurisdicionais. Igualmente, a conduta de se ater exclusivamente a esses *particulars* refuta, indevidamente, a vinculação do julgador pelo sistema de normas e precedentes, os quais limitam a atividade jurisdicional e sem os quais ela torna-se simples exercício da vontade pessoal discricionária do magistrado.

Por fim, na regulamentação dessa situação, como na disciplina de qualquer hipótese rescisória, é requisito de validade constitucional da regra a ser proposta que ela se harmonize com as exigências da segurança jurídica, sob pena de, negando os princípios orientadores do sistema no qual inserida, ver-se com ele incompatível e, *ipso facto*, inválida. Assim, embora não haja uma resposta pronta para a pergunta “qual disciplina jurídica os efeitos do juízo constitucional vinculante há de ter sobre os casos julgados”, já se sabe o que está em jogo (tensão entre universalismo e particularismo) e, também, quais são os limites do jogo (segurança jurídica).

Os diversos dispositivos mencionados nesse capítulo, a saber, os arts. 741, parágrafo único, e 475, §1º, do CPC/73, e os arts. 525, §§12 a 15, e 535, §§5º a 8º inserem-se exatamente nesse contexto e como tal devem ser estudados. Entretanto, como se não bastasse a complexidade da discussão envolvida, a ação rescisória dos §§ 15 e 8º desses últimos artigos do atual código acrescenta ainda um elemento extra de dificuldade ao intérprete: trata-se do aspecto temporal diacrônico do relacionamento entre a decisão transitada em julgado e o precedente da corte constitucional. De fato, pouco há para se refutar quanto à revisão da sentença que aplicou norma já declarada inconstitucional pelo STF; em verdade, desde antes da Medida Provisória nº 1997/37, que primeiro trouxe a possibilidade de se ajuizar embargos à execução com eficácia

rescisória, já era possível rescindir uma tal sentença com base no art. 485, inciso V, do CPC/73, porque a decisão rescindenda havia violado a lei - leia-se norma jurídica - conforme interpretação definitiva do STF e já então vinculante a todos os órgãos do poder Judiciário³⁰¹. A situação fica efetivamente mais obscura quando, ao tempo da prolação da decisão transitada em julgado, não havia precedente vinculante da corte constitucional a afirmar o sinal a ser dado à norma. Sendo plenamente lícito o exercício do juízo difuso de constitucionalidade à luz dos fatos relevantes do caso concreto e, sobrevindo a declaração de constitucionalidade ao trânsito em julgado da decisão singular, a questão passa a ser em que medida deve prevalecer o universalismo ou o particularismo ou, ainda, o que parece mais próprio, como harmonizar as exigências desses paradigmas à luz da segurança jurídica, de modo a tornar a regra constitucionalmente adequada.

³⁰¹ “[Tais decisões] “veiculam uma solução que, segundo os parâmetros do próprio sistema, objetivamente não é correta” (TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 582/583). Em igual sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 112/113.

3 OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA SOBRE A COISA JULGADA NO DIREITO ESTRANGEIRO: ALEMANHA, ITÁLIA E PORTUGAL

3.1 Alemanha

O ordenamento jurídico alemão é, sem dúvida, aquele que promoveu uma regulamentação positiva mais detalhada acerca dos efeitos do juízo constitucional sobre os casos julgados. Curiosamente, a matéria, de nítida relevância constitucional, não foi disciplinada diretamente pelo texto constitucional, isto é, pela Lei Fundamental de Bonn, mas sim pela Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG*) de 1951³⁰². Essa lei, que regulamenta a corte constitucional alemã, dispõe, em seu § 79, que:

- (1) contra um julgamento criminal transitado em julgado, baseado em norma incompatível com a Constituição e declarada nula nos termos §78 ou em interpretação de norma declarada incompatível com a Constituição pelo Tribunal Constitucional Federal, é cabível ação rescisória (*Wiederaufnahme des Verfahrens*);
- (2) De resto, permanecem intocadas, salvo disposição expressa do §95, inciso II, ou de outra regra legal, as decisões não mais impugnáveis que se basearam numa norma declarada nula nos termos do §78. A execução de tais decisões é inadmissível. Enquanto a execução forçada for realizada nos termos da legislação processual, vale a correspondente disposição do §767 do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung – ZPO*). Pretensões de enriquecimento ilícito são vedadas³⁰³.

³⁰² “As dimensões temporais dessa decisão [de inconstitucionalidade de norma], ou ao menos as suas consequências práticas, estão regulamentadas juridicamente na Alemanha? A resposta é: não na Constituição, mas nas leis: no § 79 do BVerfGG que vale para todas as três espécies da declaração de inconstitucionalidade de leis – controle abstrato e concreto de normas, bem como queixa constitucional (cf. §§ 79, 82 I, 95 III 3 do BVerfGG).” (MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão*. Palestra apresentada na Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf>/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf; Acesso em: 12/11/19.)

³⁰³ §79 - (1) *Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zulässig.*
(2) *Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gemäß §*

Esse dispositivo foi a inspiração para a introdução do art. 741, parágrafo único, no CPC/73³⁰⁴, que também previu a oposição à execução da sentença baseada em norma declarada inconstitucional pelo STF.

Embora esteja presente no ordenamento jurídico alemão desde a década de 50, a sua introdução na BVerfGG representou grande inovação à época. De uma perspectiva histórica, tratou-se de um passo adiante no tema da jurisdição constitucional. A Alemanha imperial não conhecia qualquer controle de constitucionalidade. Já a Constituição de Weimar de 1919 inaugurou-o, prevendo a retroação das declarações de inconstitucionalidade de normas, mas silenciou-se quanto às decisões dotadas de coisa julgada, de modo que se subentendia que essas ficavam integralmente preservadas, por razões de segurança jurídica e porque aplicaram lei que, então, era tida por constitucional³⁰⁵.

Entretanto, essa disciplina, extraída implicitamente do silêncio legal e da eficácia do princípio da segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), deixava algumas inquietações, que fizeram com que a Comissão Jurídica, responsável pelos trabalhos legislativos preparatórios da Lei do Tribunal Constitucional Federal - BverfGG, debatesse se a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica não deveria ter efeitos sobre a decisão que a houvesse aplicado. O ponto de partida da discussão foi a constatação de que a execução de sanções antijurídicas contradizia em medida insustentável o sentimento jurídico (*Rechtsgefühl*). Rapidamente aprovou-se um consenso no sentido de que a lei deveria prever uma regra para a retomada dos processos criminais transitados em julgado, porque essa concessão à justiça material nos casos concretos era simples e controlável³⁰⁶.

78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig. Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des § 767 der Zivilprozeßordnung entsprechend. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen.

³⁰⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1737; TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 369.

³⁰⁵ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, n° 2, 1964, p. 131/132.

³⁰⁶ *Idem*. p. 133.

Em relação aos efeitos da declaração de nulidade da lei nas outras decisões, como a cíveis e administrativas, as opiniões divergiram. Por um lado, houve a exigência de rescisão e retomada dos processos em todos os casos, tendo como consequência a restituição *in natura* da coisa executada, pois caso contrário o exequente ou mesmo a administração pública poderia ser beneficiada de uma rápida execução baseada em lei inconstitucional para depois indenizar em pecúnia, mantendo para si a coisa executada. Houve também quem apontasse as dificuldades extraordinárias de se proceder à uma tal restituição *in natura*. Por outro lado, houve quem defendesse que as decisões cíveis e administrativas devessem ser mantidas intactas, por razões de segurança jurídica, até porque - argumentou-se - a violação constitucional em questão poderia ter sido afastada no caso concreto por meio da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). Por fim, uma última corrente sustentou uma responsabilidade civil genérica do Estado pela edição de legislação falha, ou ainda a sua responsabilização subsidiária pela restituição, em razão da falha na prestação jurisdicional³⁰⁷.

Inicialmente, foi proposta uma solução compromisso ao plenário do Parlamento (*Bundestag*): (i) cabimento da rescisão e retomada dos processos criminais; (ii) cabimento da pretensão anulatória pelos interessados ou terceiros de atos administrativos baseados na norma declarada nula; (iii) a execução de uma decisão judicial baseada na norma declarada nula seria inadmissível, bem como o cumprimento de ato administrativo que estabelece deveres; (iv) quem houvesse se beneficiado da decisão judicial ou do ato administrativo, ficaria obrigado à reparação por enriquecimento ilícito; (v) a pessoa jurídica de direito público responsável pelo ato ou decisão causador de dano que não se enquadrarem os critérios anteriores, ficaria responsável pela sua reparação³⁰⁸.

Essa proposta não foi aprovada, especialmente em razão da preocupação com os inúmeros processos que adviriam da declaração de nulidade da norma. Nesse sentido, compreendeu-se que os preceitos jurídicos aplicados definitivamente no passado não deveriam dar lugar a novo processo em razão da mudança do estado de direito; apenas deveria ser vedada a continuidade da execução, como resultado aceitável da limitação dos efeitos daquele preceito

³⁰⁷ *Idem.* p. 133/134.

³⁰⁸ *Idem.* p. 134.

aplicado. Não se levou tampouco adiante a ideia de responsabilização estatal. Nesses termos concluiu a comissão jurídica e assim foi aprovado no plenário do parlamento, dando origem a norma que vigora até hoje no §79, da BVerfGG³⁰⁹. A sua história mostra que a discussão legislativa se deu em termos de se e como a declaração de nulidade de uma norma poderia influenciar os casos concretos já decididos definitivamente. O dispositivo é, então, fruto de um compromisso saído da relação de tensão entre segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) e justiça no caso concreto (*Gerechtigkeit im Einzelfall*)³¹⁰: para os julgamentos criminais pesou mais essa última, enquanto para os demais pendeu a balança para a primeira³¹¹.

De início, surgiram questionamentos quanto à constitucionalidade do §79 da BVerfGG. O Tribunal Federal Financeiro (*Bundesfinanzhof* – BFH), com competência sobre causas tributárias e alfandegárias³¹², julgou o dispositivo inconstitucional por violação da cláusula de igualdade, ao estabelecer tratamento diverso para as situações de ocorrência da coisa julgada e não ocorrência da coisa julgada. Essa interpretação foi logo rechaçada pelo Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), que afirmou que a disciplina do § 79 não era uma desigualdade que não se compatibilizaria com as exigências da justiça, pois o tratamento diferenciado encontrava razão de ser nos postulados da segurança jurídica, a qual também teria estatura constitucional³¹³.

Além disso, houve quem defendesse que a norma fosse inconstitucional por estabelecer uma limitação ao princípio da supremacia constitucional, que exigiria a eficácia *ex tunc* e declaratória da decisão do Tribunal Constitucional, com a consequente invalidação de todos os atos praticados com base na lei nula. Porém, assentou-se que esse princípio da nulidade da lei inconstitucional teria a

³⁰⁹ *Idem*.

³¹⁰ Sobre esse caráter de “solução compromisso”, Araken de Assis reputou que “é justo admitir a coerência na harmonização dos direitos fundamentais processuais em conflito” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1737).

³¹¹ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, nº 2, 1964, p. 135.

³¹² À propósito da organização judiciária alemã e a repartição da competência jurisdicional na Alemanha, confira-se: VILLAS BOAS JR., Ismael. *Organização judiciária alemã*. In GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ANDRADE, Érico (coord); FREITAS, Pedro Augusto Silveira (org). *Organização judiciária no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 03/25.

³¹³ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, nº 2, 1964, p. 138.

mesma estatura da segurança jurídica e, portanto, caberia sim ao legislador ordinário estabelecer uma disciplina que conciliasse a ambos. Da mesma forma, mas em sentido totalmente oposto, duvidou-se da constitucionalidade do dispositivo, por violação da segurança jurídica, ao permitir que a alteração do estado do direito pudesse repercutir nos atos singulares já definitivamente encerrados. O mesmo argumento, todavia, valeu também aqui: a norma do §79 da BVerfGG é uma conciliação das exigências do princípio da justiça no caso concreto e da segurança jurídica. Por esse caráter conciliatório, Kneser afirma que a sua disciplina não apenas não é inconstitucional, mas que, à luz da Constituição, não poderia ter conteúdo normativo diverso³¹⁴.

Assim, estabelecida a constitucionalidade da regra, tornou-se necessário realizar a sua exegese, a fim de compreender suas implicações normativas. Nesse ponto, Kneser identificou três requisitos para a incidência do dispositivo: (i) a declaração de nulidade da norma pelo Tribunal Constitucional Federal, (ii) a existência de uma decisão transitada em julgado ou não mais impugnável e, por fim, que (iii) essa decisão tenha se baseado na norma nula³¹⁵. De fato, se não houver a declaração de nulidade da lei, ou se ela houver tido os efeitos modulados para o futuro, carece de sentido perquirir da aplicação do § 79 da BVerfGG. Porém, é importante notar que sua disciplina somente é de ser utilizada quando a declaração de nulidade da norma se dá em momento em que a decisão já não é mais impugnável. Se ela ainda é impugnável, então o interessado pode dispor dos meios impugnativos ordinários para combatê-la, o que tornam desnecessárias as excepcionais medidas em análise³¹⁶. Os embargos à execução com suporte na posterior declaração de inconstitucionalidade ostentam, portanto, a característica da subsidiariedade. Registre-se, ainda, que são subsidiários à própria ação rescisória, de modo que, se a sentença puder ser rescindida com base na declaração de nulidade da norma ao tempo em que essa é proferida pelo Tribunal Constitucional Federal, então não há que se falar na oposição dos embargos³¹⁷.

³¹⁴ *“dass also §79 II (2) insofern nicht nur nicht verfassungswidrig ist, sondern sogar von Verfassungs wegen keinen anderen Inhalt haben dürfte”*. *Idem.* p. 139/141.

³¹⁵ *Idem.* p. 143.

³¹⁶ *Idem.* p. 147.

³¹⁷ *Idem.* p. 183.

Ademais, para os fins do § 79 da BVerfGG a definição do sentido da expressão “basear-se” (*beruhen*) mostra-se fundamental, já que é necessário que a sentença tenha se baseado na norma declarada nula. Em primeira leitura, poder-se-ia pensar que apenas normas de direito material, quando tivessem decretadas a sua inconstitucionalidade, ensejariam a utilização da ação rescisória, para decisões criminais, e embargos à execução, para decisões cíveis, porque somente elas ostentariam o conteúdo substantivo passível de constituir o fundamento da sentença transitada em julgado. Todavia, essa é uma falsa impressão, pois a violação de uma norma fundamental do processo é, por si só, uma violação da justiça material. Assim, a conclusão correta, segundo Kneser, seria a de que o § 79 da BVerfGG é admissível quando, da retirada da norma nula, se puder concluir que outra deva ser proferida. Ou seja, quando uma norma de direito material é declarada nula e, então, resta uma lacuna na construção lógica da fundamentação. O mesmo ocorre quando a retirada de uma norma processual provoca uma quebra do percurso do processo lógico até a conclusão³¹⁸.

Não bastasse isso, para as decisões cíveis, vale ainda outro requisito, a saber, o de que a sentença esteja em execução. Portanto, a declaração de nulidade da norma pelo Tribunal Constitucional Federal apenas afetará as decisões com um conteúdo executável e, mesmo assim, não as invalidará automaticamente. Assim, malgrado o fundamento da inadmissibilidade da execução seja a injustiça material do título executivo, a aplicação do § 79 da BVerfGG pressupõe necessariamente a utilização dos embargos à execução (*Vollstreckungsgegenklage* ou *Vollstreckungsabwehrklage*) e não de qualquer outro instrumento, mesmo que nessa situação a ação seja dirigida contra à pretensão de direito material, o que ordinariamente não ocorre por essa via processual³¹⁹.

A *Vollstreckungsgegenklage* ou *Vollstreckungsabwehrklage*, prevista pelo §767 do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung* – ZPO), é uma “demanda autônoma, de natureza constitutiva, mediante a qual o autor impugna, perante o *Prozessgericht* [juízo da ação de conhecimento], não o *Vollstreckungsgericht* [juízo da execução], a executividade do título

³¹⁸ *Idem.* p. 149/156.

³¹⁹ *Idem.* p. 185/186.

(*Vollstreckbarkeit des Titels*), não o próprio título (*Vollstreckungstitel*)³²⁰. Trata-se, então, de “uma ação concebida com o objetivo de retirar a executividade de um título”³²¹. Embora seja motivada, no caso do § 79 da BVerfGG, por um vício da fundamentação da decisão transitada em julgado, concernente, portanto, à própria pretensão do autor, a ação não desconstitui toda a sentença, mas apenas retira-lhe a eficácia executiva.

Segundo Kneser, entender que outros instrumentos seriam cabíveis, ou de que o efeito da declaração de nulidade perante as decisões transitadas em julgado seria automático e cognoscível na própria execução seria uma contrariedade muito grande com os princípios e com a operacionalidade da execução, porque implicaria a negação do postulado fundamental do processo executivo, qual seja, de que a exequibilidade do título independe da pretensão de direito material. O raciocínio criticado exigiria que o juízo da execução tivesse de responder questões do direito material nessa estreita via processual, o que não lhe seria dado, senão excepcionalmente, na via dos embargos, que são uma demanda autônoma de conhecimento, com eficácia desconstitutiva³²².

A admissibilidade dos embargos confunde-se com a própria incidência do § 79 da BVerfGG, isto é, exige apenas que a norma nula aplicada tenha tido uma influência tal na decisão que, na sua ausência, outra decisão tenha de ser proferida. Com isso, não seria de se aceitar algumas posições que defenderam que o embargante tivesse de demonstrar que a aplicação da norma levou à injustiça da decisão, ou que o embargado tivesse ao seu dispor a réplica da justiça da decisão (*Replik der materiellen Gerechtigkeit*) independentemente do uso da indigitada norma, ou, em qualquer caso, que a ação dos embargos pudesse renovar inteiramente a discussão processual. Isso porque não há que se confundir a vedação da execução com a rescisão da sentença (*Wiederaufnahme des Verfahrens*)³²³.

Precisamente desta distinção resulta que as sentenças declaratórias (*feststellende*) e constitutivas (*rechtsgestaltende*) devem permanecer totalmente intocadas, enquanto as sentenças exequíveis devem ter apenas a exequibilidade

³²⁰ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 139.

³²¹ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigkeitsklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, n° 2, 1964, p. 188.

³²² *Idem.* p. 189/190.

³²³ *Idem.* p. 192/194.

afastada, mas não as suas demais eficácias (*Wirkungen*). A razão para essa distinção entre as eficácias é que a declaração de nulidade de uma norma não deve ter efeitos imprevisíveis ou gerar uma profunda insegurança jurídica. A inadmissibilidade da execução é um efeito limitado ao processo de execução: as decisões declaratórias e constitutivas têm frequentemente eficácia para além do processo em que proferidas e ultrapassam os seus participantes ou os atingem de forma tão intensa, que a sua restrição seria uma violação muito mais grave da segurança jurídica. Admite-se, contudo que a ação do § 767 da ZPO, em decorrência do disposto no § 79 da BVerfGG atinja as demais eficácias, quando a declaração ou a constituição traga uma função marcadamente preparatória para a eficácia condenatória, e não declare ou constitua uma relação jurídica complexa. Nesses casos, a objeção baseada na declaração de nulidade não pode, contudo, afetar as decisões com eficácia declaratória e constitutiva mais do que aquelas com eficácia condenatória. Isso significa que o § 79 (2) se conforma contra a exequibilidade da decisão, deixando intocadas as demais eficácias, se essas forem prejudiciais para outras relações jurídicas. Em suma, a oposição somente pode ser imposta com sucesso no processo no qual o título executivo foi construído sobre a pretensão declaratória ou constitutiva e as afeta tão somente no sentido de retirar a exequibilidade do título delas decorrente, nada além disso³²⁴.

Por fim, a parte final do § 79 (2) determina que, mesmo que manejados com sucesso os embargos, ficam vedadas pretensões de enriquecimento ilícito. Essa proibição é o complemento necessário da primeira parte do dispositivo, que afirma que as decisões não mais impugnáveis permanecem intocadas em face da declaração de nulidade da norma em que se basearam. O objetivo é o de garantir a segurança jurídica e a paz pelo direito (*Rechtsfrieden*). Se os casos julgados pudessem ser reabertos por pretensões de enriquecimento ilícito, esse objetivo seria frustrado. Portanto, a última frase do § 79 significa que “o que o autor conseguiu com fundamento em uma decisão irrecorrível – seja pela execução forçada, seja pela execução voluntária do réu -, não tem ele de restituir”.³²⁵

³²⁴ *Idem*, p. 202/205.

³²⁵ “§79 II 4 ist daher die notwendig Ergänzung zum Satz 1: was ein Gläubiger auf grund eines unanfechtbare Entscheidung – sei es im wege der Zwangsvollstreckung, sei es durch

Dessa forma, percebe-se que, na Alemanha, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma opera, via de regra, eficácia *ex tunc*, mas isso não significa que todos os atos jurídicos singulares (*Einzelakten*) que nela se basearam se tornem inválidos *ex post facto* e, certamente, não são desconstituídos de forma automática. Faculta-se, ao revés, o exercício de direito de ação ao interessado para estender o efeito daquela declaração ao caso concreto já julgado. No âmbito criminal, essa possibilidade é mais ampla, dada à prevalência concedida à justiça do caso concreto (*Gerechtigkeit im Einzelfall*). No âmbito cível, sobrelevam-se as exigências de segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), de modo que apenas se faculta ao interessado o ajuizamento de embargos à execução para retirar a exequibilidade do título judicial sem afetar as suas outras eficácias e sem que lhe seja possível pleitear a restituição daquilo que já fora executado em seu desfavor. Importante notar que, de resto, os atos jurídicos singulares continuam vigentes e eficazes se o interessado não tomar as providências que lhe foram facultadas³²⁶.

3.2 Itália

O ordenamento jurídico italiano não possui regramento pormenorizado acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre as decisões transitadas em julgado. O art. 136 da Constituição italiana apenas dispõe que “quando a corte [constitucional] declara a ilegitimidade constitucional de uma

freiwillige Leistung des Schuldners – erhalten hat, braucht er nicht herauszugeben”. *Idem*. p. 205/206.

³²⁶ “Ocorre que o § 79 regulamentou matérias especialmente relevantes: contra sentenças penais que se baseiam em uma norma posteriormente declarada inconstitucional ou nula cabe a retomada de um processo. Mas decisões não mais impugnáveis nas outras áreas do direito remanesçam ‘intocadas’; por conseguinte, não mais podem ser eliminadas. Se a partir delas ainda não tiver sido efetuado o procedimento da execução – e.g. no Direito Civil –, isso não poderá mais ocorrer a partir de agora. E caso no passado já tenha sido realizada uma execução a partir delas, essa prestação [*Leistung*] não mais poderá ser cobrada de volta, ‘pretensões resultantes de enriquecimento ilícito [...] estão excluídas’ (§ 79 II 4).” (MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’ e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão*. Palestra apresentada na Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf>; Acesso em: 12/11/19).

norma legal ou de ato detentor de força de lei, a norma cessa de ter eficácia no dia seguinte à publicação dessa decisão”³²⁷.

À propósito, nota-se que essa redação, numa primeira leitura, poderia levar a crer que o direito italiano adotaria como premissa normativa a produção de efeitos *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade de norma, tal como no modelo austríaco puro. Entretanto, tal leitura é enganosa, porque “doutrina e jurisprudência extraem da norma do art. 136 a eficácia *ex tunc* dos pronunciamentos de inconstitucionalidade”³²⁸. Aliás, a evolução do direito constitucional italiano tem se dado justamente no sentido de atenuar as consequências da adoção do princípio da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade³²⁹.

Marina Crisafi e Eugenia Trunfio explicam como se deve compreender esse aparente paradoxo entre a cessação da eficácia da norma no dia seguinte à declaração de inconstitucionalidade e a sua produção de efeitos *ex tunc*. É que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade começa a operar no dia seguinte à sua publicação, atingindo situações jurídicas no passado, mas não de forma ilimitada. Para os casos concretos em que a norma foi aplicada, a decisão da Corte Constitucional representa “a caducidade dos efeitos não definitivos e, nas relações ainda em curso, dos efeitos sucessivos à sua publicação”, mas ficam “invariáveis os efeitos produzidos anteriormente que tiveram definitivamente exaurido sua função constitutiva, translativa ou modificativa e extintiva de situações jurídicas”³³⁰. Segundo Rui Medeiros, a regra italiana é uma disciplina que significa que “a eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade não equivale a uma retroatividade de grau máximo, mas é uma retroatividade de grau médio”, atingindo as *causae* pendentes, mas detendo-se perante as *causae finitae*³³¹.

³²⁷ Art. 136: “Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

³²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002, p. 04.

³²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 124.

³³⁰ CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L’azione e il giudicato: presupposti, condizione ed effetti*. Milão: Giuffrè, 2015, p. 152/153.

³³¹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 635/636.

Então, a pedra de toque do direito italiano, a definir o limite da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade sobre os casos concretos, é a noção de relações exauridas (*rapporti esaurite*). Estando a relação exaurida, permanecerá intocada perante a decisão da Corte Constitucional. Lado outro, será afetada se for considerada pendente. Um exemplo típico de relação exaurida é aquela disciplinada por uma decisão transitada em julgado. Porém, Crisafi e Trunfio entendem, com suporte em precedentes da Corte de Cassação italiana³³², que a execução ainda não realizada de uma tal sentença transitada em julgado não se enquadra no conceito de *rapporti esaurite*. Nesse sentido, o art. 136 da Constituição vedaria a revisão do julgado, mas não legitimaria a estabilidade da decisão ainda não executada³³³. Ainda segundo as autoras, essa solução, que implica, embora não de maneira indiscriminada, a revisitação do julgado, é justificável porque “a certeza do direito, de que o julgado representa símbolo, é um valor constitucional que vai ser confrontado e balanceado por outros valores”, entre os quais os da “efetividade da tutela jurisdicional e da justiça, como estatuído pela Corte Constitucional”³³⁴.

Percebe-se, então, que a Itália reconhece, tal qual a Alemanha, a eficácia retroativa das declarações de inconstitucionalidade, mas preserva, em face dessa, as relações exauridas, das quais a coisa julgada é representativa. Além disso, embora não conste regra expressa como a alemã, é possível subsumir a situação da sentença transitada em julgado e não executada na hipótese de relação pendentes, de modo a permitir a incidência da eficácia da declaração de inconstitucionalidade sobre o caso, para vedar-lhe a execução.

³³² Sobre as competências e organização das cortes superiores italianas, confira-se: FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Corte de Cassação e Corte Constitucional da Itália*. In GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ANDRADE, Érico (coord); FREITAS, Pedro Augusto Silveira (org). *Organização judiciária no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 303/334.

³³³ CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L'azione e il giudicato: presupposti, condizione ed effetti*. Milão: Giuffrè, 2015, p. 155.

³³⁴ “la certezza del diritto, di cui il giudicato rappresenta l'emblema, è un valore costituzionale che va confrontato e bilanciato con altri valori, quali quello di effettività della tutela giurisdizionale e di giustizia, per come peraltro statuito dalla stessa Corte costituzionale”. *Idem*. p. 156.

3.3 Portugal

A Constituição portuguesa é expressa em regulamentar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma e o faz por seu art. 282³³⁵. Prevê-se inequivocamente a eficácia *ex tunc* dessa declaração, a qual pode, porém, ser afastada por “razões de equidade ou interesse público de excecional relevo”. Além disso, se não há dúvidas da consagração da regra da retroatividade, esta é limitada, tal como nos ordenamentos alemão e italiano, já que a própria Constituição ressalva os casos julgados e seria duvidoso se não estariam implicitamente ressalvadas, também, as demais situações consolidadas, que não se enquadrassem nessa categoria, motivo pelo qual Rui Medeiros afirma que “importa precisar o grau de retroatividade da decisão de inconstitucionalidade”³³⁶.

Paulo Otero, cuja obra tanto influenciou as teorias relativizadora da coisa julgada no Brasil, discorreu, mais recentemente, sobre a escolha realizada pela Constituição de seu país, tendo aduzido que, “por via de regra, a declaração de inconstitucionalidade ressalva as decisões judiciais já transitadas em julgado”. Afirmou, então, que a justificativa para isso estaria em que “a estabilidade do caso julgado, segundo impõe o princípio da segurança jurídica, prevalece, normalmente, sobre o princípio da constitucionalidade”³³⁷. A concisão dessa assertiva, desacompanhada de maiores aprofundamentos, não permite entrever se se cuida de uma retratação da sua opinião de outrora. De fato, o autor já expressou anteriormente que o art. 282, (3), seria uma demonstração do caráter

³³⁵ Art. 282: 1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado.

2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido.

4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excecional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2.

³³⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 546.

³³⁷ OTERO, Paulo. *A fiscalização da constitucionalidade em Portugal*. In *Cadernos de Direito*, Piracicaba, nº 5, p. 121/130, jan/dez 2005, p. 126.

“atípico da nulidade das normas inconstitucionais do direito português”, num “verdadeiro fenômeno de auto derrogação constitucional ou de auto ruptura da Constituição”, na medida em que a ressalva do caso julgado viria “derrogar o princípio de que a validade de todos os atos do poder público depende da sua conformidade com a Constituição”³³⁸.

De qualquer forma, Rui Medeiros mostra que o dispositivo está longe de consagrar uma auto derrogação da Constituição. Para tanto, o autor lembrar que a solução contrária, a qual, atendendo à necessidade de constitucionalidade da sentença, estabelecesse que nenhum efeito construído com base na lei incondicional se consolidaria ou se tornaria intangível, seria uma solução, ela mesma, inconstitucional. Isso porque “a certeza do direito declarado judicialmente é ela própria uma das formas de que se reveste a certeza constitucional” e, com isso, “o princípio da intangibilidade do caso julgado deve no essencial ser considerado como sub-princípio inerente ao princípio do estado de direito na sua dimensão de princípio garantidor de certeza jurídica”³³⁹.

O que a Constituição portuguesa faz, então, é estabelecer que a “declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral não envolve de *per si* a nulidade das sentenças nela fundadas, não constitui fundamento autônomo de sua revisão” e não impede que ela transite em julgado³⁴⁰. Desta feita, o raciocínio passa a ser o de perquirir se o art. 282 da Constituição veda, em absoluto, que se atenda à declaração superveniente de inconstitucionalidade em relação às sentenças anteriormente transitadas em julgado. Isso leva a discussão para uma dimensão processual e infraconstitucional, a fim de que seja verificado se, nos termos gerais da legislação processual, essa repercussão seria possível. Nesse ponto, Rui Medeiros conclui que o sentido da norma constitucional é vedar que a inconstitucionalidade da lei em que se baseou a decisão seja considerada um fundamento autônomo para a sua revisão, mas não obsta a que, nos termos gerais, essa decisão possa ser impugnada como outra qualquer, pois não seria admissível “atribuir as sentenças transitadas em

³³⁸ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 88/89. *Apud* MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 549.

³³⁹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 550/551.

³⁴⁰ *Idem*. p. 547.

julgado fundadas numa norma inconstitucional uma proteção superior àquela que é reconhecida em geral as sentenças firmes viciadas”. Em suma, as possibilidades de rescisão de tais sentenças seriam exatamente as mesmas de qualquer outra, nem mais, nem menos³⁴¹.

Dito isso, o autor passa a analisar se seria cabível transpor a Portugal uma disciplina de embargos à execução semelhante à adotada na Alemanha e, nesse aspecto, responde negativamente, pois considera que essa seria uma violação à proteção do caso julgado. Afirma, outrossim, não ter justificativa a distinção entre as eficácias da sentença, para conferir diferente grau de proteção ao efeito executório em relação aos demais. Além disso, entende que o § 79, da BVerfGG realiza um prêmio ao executado recalcitrante, incompatível com o fomento processual a um comportamento cívico diante da coisa julgada³⁴².

Por fim, em Portugal, não haveriam dúvidas de que “a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade atinge as relações ou situação ainda abertas e às quais se pode ainda aplicar, com efeitos úteis, a norma declarada inconstitucional”. Em tais casos, a declaração de inconstitucionalidade da norma “impede a sua aplicação e neutraliza os efeitos jurídicos que dela poderiam resultar”³⁴³.

3.4 Considerações

Pela análise dos três ordenamentos jurídicos, alemão, italiano e português, percebe-se que, em todos eles, foi adotada uma versão atenuada do princípio da nulidade da lei inconstitucional. De fato, em cada um, há limitações à retroatividade típica da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade; a variação é de grau, conforme notou Rui Medeiros. É certo, ainda, que a própria declaração pode ter seus efeitos restringidos expressamente pela Corte Constitucional, de modo a ter eficácia *ex nunc* ou mesmo *pro futuro*. Assim, da nulidade da norma inconstitucional não decorre, necessariamente, a retroatividade da declaração que a reconhece, tampouco a desconstituição de

³⁴¹ *Idem.* p. 560/562.

³⁴² *Idem.* p. 571/573.

³⁴³ *Idem.* p. 620.

todos as situações jurídicas que encontraram fundamento de validade na norma viciada.

Os três sistemas analisados permitem concluir que, entre o princípio da nulidade da norma constitucional e a retroatividade da sua declaração, existe uma relação de dependência e complementariedade. A retroatividade pressupõe a nulidade da lei inconstitucional, porque se essa não for tida como viciada desde o início, mas válida até o pronunciamento desconstitutivo da corte constitucional, não cabe falar em qualquer retroação, mas tão somente de produção de efeitos para o futuro. A complementariedade reside em que a retroatividade permite o saneamento da ordem jurídica violada, retirando-lhe os atos antijurídicos, porque praticados com base em norma nula. Entretanto, fala-se em complementariedade e não em necessidade, porque se a atuação da retroatividade visa a restaurar a ordem jurídico-constitucional violada pela norma nula, essa mesma ordem jurídico-constitucional pode exigir que nem todos os atos incompatíveis sejam afetados. É extrema de dúvidas que razões de segurança jurídica podem exigir a preservação de alguns atos cuja revisão ocasionaria graves violações à ordem social, à paz pelo direito (*Rechtsfrieden*) e a valores que, por serem igualmente protegidos pela Constituição, traduzem, em sua violação, danos à própria Constituição. Portanto, é lícito afirmar que a retroatividade depende da nulidade e a complementa, mas não de forma inteiramente subserviente, porque atende, também, a outros princípios constitucionais. Nesse diapasão, a nulidade da lei inconstitucional é mesmo um princípio jurídico, cujo núcleo essencial está em afirmar a supremacia da Constituição e estabelecer que o que está em desconformidade com ela não pode ter validade. Enquanto princípio, não perde vigência pela atuação da eficácia de outros princípios, a determinarem a preservação de situações antijurídicas.

Eis o denominador comum, claramente perceptível, entre os três ordenamentos jurídicos. A diferença observável entre os sistemas estaria no segundo nível da limitação à retroatividade: o primeiro respeita à própria eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade, que pode ser modulada pela corte constitucional; o segundo é relativo à proteção *ex lege* dos atos singulares praticados com base na lei nula. Primeiro se define se a própria declaração operará para o passado ou apenas para o futuro. Depois se discute quais atos

singulares podem ser afetados pela eficácia retroativa. Nesse ponto, tanto na Alemanha, quanto na Itália e em Portugal, ultrapassada a fase da modulação de efeitos da própria declaração de inconstitucionalidade sem que fosse concedida qualquer restrição à eficácia *ex tunc*, ainda assim não se admite o atingimento indiscriminado de todo e qualquer ato singular que houver se baseado na norma *ab initio* nula. Na Alemanha, o *discrimen* entre o que deve ser atingido e o que não deve reside na execução da sentença, ou seja, apenas a parcela não executada pode ser afetada, restando todo o resto intangível. Na Itália, a pedra de toque é a noção de relação exaurida (*rapporti esaurite*), sendo certo que há doutrina e jurisprudência convergente no sentido de considerar como não exaurida a parcela não executada da sentença transitada em julgado. Por fim, em Portugal, a régua é passada entre as situações consolidadas e pendentes³⁴⁴, sendo certo que a coisa julgada se enquadra no primeiro grupo.

É de se questionar, contudo, se haveria uma real diferença entre os sistemas. Não parece haver dúvidas de que a coisa julgada é um marco que torna impossível a revisitação da discussão, salvo nos casos expressamente previstos, em cada ordenamento, para a ação rescisória. Entretanto, a vedação da execução não é o mesmo que a reabertura da discussão. Se na Itália, da noção de relação exaurida, por raciocínio de exclusão, admite-se como pendente a parcela ainda não executada da sentença, não seria possível extrair a mesma conclusão, em Portugal, a partir da noção de situação consolidada?

Semanticamente, concede-se que a expressão “exaurida” parece ter um sentido mais exigente do que “consolidada” e é possível entender que algo esteja consolidado, mas não exaurido. A consolidação se ligaria à ideia de estabilidade enquanto o exaurimento se identificaria com o esgotamento. Seguindo o raciocínio italiano, seria exaurida a decisão que houvesse não apenas transposto a fase de conhecimento para a fase de execução, mas também encerrado essa última. Já em Portugal, a consolidação poderia se satisfazer com o término da fase de conhecimento. Assim, a coisa julgada representaria a consolidação da relação jurídica, mas não necessariamente o seu exaurimento, que somente se daria com a execução.

³⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 1015.

A dogmática jurídica não é estranha a uma tal linha de pensamento. No Direito Penal, a distinção entre consumação do crime e seu exaurimento é de extrema relevância para os mais diversos fins. Deveras, alguns fatos, conquanto logicamente decorrentes da prática do delito, não integram a sua tipicidade, que se contenta com outros fatos para sua caracterização. É o caso da extorsão mediante sequestro (art. 159, do Código Penal – CP), em que o crime se considera consumado com a só privação da liberdade da vítima, realizada com a especial finalidade de agir, que é a obtenção da vantagem. A efetiva percepção da vantagem representa o exaurimento do crime e não se insere na sua consumação.

Entretanto, se a analogia com o Direito Penal se presta a demonstrar que a distinção entre consolidação e exaurimento já é figura conhecida na linguagem jurídica, ela serve, também, para mostrar que essa diferenciação pode levar a resultados radicalmente opostos, no âmbito penal e no âmbito cível. No primeiro, a finalidade da norma penal é proteger o bem jurídico subjacente ao tipo incriminador, de modo que, uma vez violado esse bem jurídico, justifica-se a pretensão punitiva, independentemente dos atos de mero exaurimento, que são, para aquele fim, irrelevantes. Já o processo civil tem por finalidade tutelar o direito material, de modo que pouco ou nada adiantaria a sentença se ao *accertamento* não se seguisse a execução. A importância do exaurimento é invertida, para se tornar essencial ao atingimento da norma material.

A percepção da essencialidade da execução para a efetividade da sentença condenatória cível revela, justamente, o critério que permite distinguir esse tipo de decisão das demais. Não por acaso é a classificação de Humberto Theodor Jr., que divide as sentenças entre as dotadas de eficácia interna ou imediata, “cuja força eficaz só se realiza e se exaure dentro do próprio ato decisório (casos, em regra, das declaratórias e constitutivas)”, e as dotadas de eficácia externa ou mediata, “casos em que os efeitos são produzidos fora do ato decisório, dependendo de atos ulteriores da parte ou do juiz, como se dá nas sentenças que impõem prestações à parte vencida”³⁴⁵⁻³⁴⁶. Assim, a execução,

³⁴⁵ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. III. 47ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 23.

³⁴⁶ Interessantíssimo, para os fins da presente discussão, notar o uso, por Humberto Theodoro Jr., da expressão “exaurir-se”, para designar o fenômeno que ocorre com as eficácias declaratórias e constitutivas com a mera prolação da sentença. Nesse ponto, a formulação é

voluntária ou forçada, é o complemento essencial para a efetividade da sentença condenatória, o mesmo não ocorrendo com as sentenças declaratórias e constitutivas.

Assim, parece que tão marcante distinção entre o regime das sentenças mediatemente efetivas (condenatórias) e imediatamente efetivas (declaratórias e constitutivas) autoriza uma releitura do significado jurídico da expressão “consolidada”. Entende-se que a parcela ainda não executada da decisão condenatória não ostenta o mesmo grau de consolidação do que a parcela já executada, que se consolidou com a execução definitiva, ou do que as parcelas declaradas e constituídas / desconstituídas, que se consolidaram sincronicamente com o trânsito em julgado.

Destarte, cai por terra qualquer distinção relevante entre o regime dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre os atos singulares na Alemanha, na Itália e em Portugal. A inadmissibilidade da execução da parcela não executada da sentença condenatória é prevista de forma expressa pelo direito positivo do primeiro e é extraída dos princípios orientadores do segundo. Por fim, em Portugal, onde a pedra de toque dos limites da retroatividade é a coisa julgada e as situações consolidadas, a parcela não executada não poderia ser subsumida a esta última e, portanto, um instrumento de eficácia rescisória, como o § 79, da BVerfGG ou o art. 741, parágrafo único, do CPC/73, não estaria em confronto com a Constituição portuguesa.

perfeita. Somente seria de se apor um adendo quanto à confusão do autor entre eficácia e efeitos: a primeira diz respeito à potencialidade de produção dos últimos e é, portanto, sempre interna ao próprio ato. Por isso, seria uma tautologia se referir a uma “eficácia interna”. À esse respeito, confira-se a lição precisa de Barbosa Moreira: “como todo ato jurídico, a sentença destina-se a produzir efeitos no mundo do direito; nesse sentido, pode-se dizer que toda sentença, enquanto tal, é dotada de certa ‘eficácia’, designando-se aqui por esse termo, a aptidão, *in abstracto*, para surtir os efeitos próprios. A questão muda de aspectos quando passamos de uma perspectiva potencial para uma perspectiva atual, isto é: quando nos interessamos pelos efeitos que esta ou aquela sentença é capaz de produzir em concreto. [...] A eficácia dos atos jurídicos pode manifestar-se desde o próprio momento em que são praticados, ficar diferida para momento posterior, ou até reportar-se a momento anterior.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Eficácia da sentença e coisa julgada*. In *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984, p. 100). O que pode ocorrer, e efetivamente ocorre com as decisões condenatórias, é que a eficácia da sentença pode não se bastar para a produção do efeito, sendo necessário, para tanto, o procedimento executório. Já para as eficácias declaratórias e constitutivas, nenhum provimento a mais será necessário por parte do juiz para que a decisão produza seus efeitos jurídicos. É nesse sentido que as sentenças declaratórias e constitutivas “exaurem-se” em si próprias. Melhor do que se referir a uma classificação das sentenças com critérios de eficácia interna / imediata e externa / mediata seria aludir às sentenças imediatamente efetivas e mediatemente efetivas.

4 A AÇÃO RESCISÓRIA DOS ARTS. 525, §15, E 535, §8º DO CPC/2015

4.1 Ação rescisória

A ação rescisória é uma demanda autônoma de impugnação de decisões judiciais e, caso admissível, provoca o julgamento de um julgamento, num processo sobre outro processo³⁴⁷. É uma ação dirigida contra decisões estáveis³⁴⁸, tendo por objetivo a sua desconstituição e, se for o caso, a prolação de uma nova decisão. Com isso, ao menos uma pretensão estará sempre subjacente à ação rescisória, qual seja, a constitutiva negativa, identificada com o juízo rescindente (*judicium rescindens*) que opera a quebra da coisa julgada e rescisão da decisão estável. Essa pretensão pode ou não ser seguida de uma outra pretensão, de rejuízo da causa (*judicium rescissorium*): é que “a

³⁴⁷ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 120.

³⁴⁸ Imperioso notar que, embora tradicionalmente se afirme que a ação rescisória pressuponha a presença de coisa julgada material, o CPC/15 estabeleceu expressamente a possibilidade de se dirigir a pretensão rescisória em face de decisões que não sejam de mérito e, portanto, são acobertadas apenas pela coisa julgada formal, como aquelas que impeçam nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (art. 966, §2º, incisos I e II). Isso seria o suficiente para sustentar a afirmativa de que a ação rescisória é cabível em face de estabilidade processual, seja ela ou não coisa julgada material. Por ora, impõe-se se satisfazer com essa sucinta constatação. Porém, a verdade é que se vislumbra que essa inovação do CPC possa ter repercussões ainda maiores para a disciplina da coisa julgada, sem embargo da advertência de Cabral, de que o regime impugnativo de uma estabilidade não é determinante para a definição de sua espécie (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 345). De fato, nada obstante se concordar com o autor, é preciso apontar que a ação rescisória integra o sistema processual da coisa julgada, de modo que a circunstância de se prever a rescisão de uma estabilidade tradicionalmente distinta da coisa julgada material pode ser um indício ou o embrião de uma nova visão da própria *res judicata*, com o abandono da inútil figura da coisa julgada formal, a qual, atualmente, é entendida como operante apenas dentro do processo em que proferida. Essa delimitação dogmática esvazia o instituto, tornando-o mera preclusão, como o próprio autor reconhece (*Idem*. p. 340/341). Entretanto, com o reconhecimento do fenômeno de que também as sentenças processuais podem ter eficácia *ad extra* e vedar, por exemplo, a repetição da ação sem que seja sanado o vício da ilegitimidade *ad causam*, a perspectiva que se vislumbra não é de reconhecer que também a coisa julgada formal produz efeitos extraprocessuais, mas a completa abolição desse instituto. Persistiria, portanto, o vocábulo coisa julgada, a designar, *tout court*, a estabilidade das sentenças, em geral. A distinção entre a estabilidade da sentença processual daquela de mérito ficaria apenas pela dimensão do conteúdo estável, ou seja, vinculariam na exata medida das questões decididas. É óbvio que uma interpretação como essa tem de se ver às voltas com a literalidade do art. 502 do CPC/15, motivo pelo qual assume, necessariamente, a feição *de lege ferenda*.

rescisão do julgado pode bastar; se não basta, tem-se, então, de ter provocado ou de provocar outro juízo”³⁴⁹.

A circunstância de a ação rescisória estar, normalmente, atrelada à existência da coisa julgada material e ter como objetivo primário justamente a sua destruição, leva à sua inserção, como já adiantado anteriormente, no contexto de um sistema processual da coisa julgada. Vale dizer, a *res judicata* não é um instituto absoluto - como talvez levasse a crer o raciocínio *a contrario sensu* das teorias que pretendiam relativizá-la -, mas encontra os limites fixados pela legislação ordinária. Assim, a ação rescisória é um dos limites da coisa julgada, ao lado dos já conhecidos limites objetivos, subjetivos e temporais, de modo que cada hipótese rescisória é uma mitigação, ao menos potencial, da intangibilidade da sentença. Dessa forma, a disciplina legal da rescisória, suas hipóteses, seu procedimento e seus efeitos, deve guardar observância aos princípios e objetivos do sistema na qual inserida, sob pena de representar uma restrição indevida da segurança jurídica. Além disso, a fixação de uma hipótese rescisória deve levar em consideração a excepcionalidade que envolve o instituto, somente sendo admissível para fatos que realmente aviltem o sentimento de direito (*Rechtsgefühl*) e a ordem jurídica estabelecida, de forma objetivamente observável. Quando presentes esses requisitos, a ação rescisória representa a derradeira oportunidade para que a jurisdição estatal, legitimamente reconhecendo o seu próprio erro pela via própria, reconcilie-se com o seu objetivo de produção de decisões justas e renove seu prestígio junto ao jurisdicionado. Por isso, Pontes de Miranda afirma:

A vitória do autor de ação rescisória é menos provável do que as outras vitórias, mas de si só supõe a luta que se travou, para se desconstituir a *res judicata*. A própria justiça condena e corrige seu erro. Corrigindo-o, eleva-se a si mesma³⁵⁰.

Malgrado isso, a rescindibilidade, isto é, a possibilidade de a decisão ser rescindida, não se confunde com a sua inexistência ou ineficácia³⁵¹, tampouco com a sua revogação ou com a decretação de sua nulidade³⁵². Na verdade, nas

³⁴⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 79.

³⁵⁰ *Idem*. prefácio da 4ª edição.

³⁵¹ *Idem*. p. 460.

³⁵² YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24/25.

palavras de Yarshell, o máximo que se pode afirmar é que a sentença pode ser passível de desconstituição (é rescindível) porque carrega algum vício, ou seja, “a nulidade é, quando muito, o fundamento que leva à desconstituição de uma sentença passível de ação rescisória”³⁵³.

Além disso, é totalmente pacífico que a injustiça *tout court* da sentença, não é uma causa de rescisória³⁵⁴, como aliás já estabelecia expressamente o art. 800, do CPC/39³⁵⁵, cuja sabedoria remanesce vigente. Nesse sentido, já advertia Pontes de Miranda que a rescindibilidade deriva da ocorrência de uma das hipóteses taxativas da lei e nada mais: “as sentenças injustas que não caibam numa das espécies do código de processo civil são injustas, porém não rescindíveis”³⁵⁶. Nem poderia ser diferente, uma vez que já se viu (item 2.5.3) que tipo de regime estabelece um conceito vago como a justiça da sentença como causa de rescisória. Viu-se, igualmente, que uma tal norma positiva conduz ao arbítrio, à insegurança jurídica e, por conseguinte, à injustiça generalizada. Consequência indeclinável dessas considerações é a absoluta taxatividade do rol de hipóteses rescisórias³⁵⁷.

³⁵³ *Idem.* p. 25.

³⁵⁴ NERY JR., Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 297; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízo rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 294; PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 72.

³⁵⁵ Art. 800 - A injustiça da sentença e a má apreciação da prova ou errônea interpretação do contrato não autorizam o exercício da ação rescisória.

³⁵⁶ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 395.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. Os autores, Marinoni e Mitidiero, chegam a essa conclusão - como indubitavelmente o restante da doutrina - embora pareçam ter titubeado levemente no caminho. De início, afirmam que a rescisória trata-se de mecanismo impugnativo cabível apenas em hipóteses excepcionais, arroladas de forma taxativa pela legislação (p. 20), sendo certo que não se admite a ação rescisória com fundamento na injustiça da sentença ou na violação da ordem jurídica abstrata, o que importaria transformá-la em apelação com prazo estendido (p. 22/23); em seguida, porém, afirmam justamente o oposto disso: “é preciso perceber que toda e qualquer violação do direito fundamental ao processo justo dá lugar à rescindibilidade da decisão. Dentre os direitos que integram o seu perfil mínimo, não só aqueles eles tipicamente arrolados pelo legislador, [SIC] é que se pode fundamentar a ação rescisória. Também os direitos fundamentais processuais não mencionados tipicamente pelo legislador infraconstitucional abrem a oportunidade para que se possa propor ação rescisória.” (23/24). Da leitura desse trecho, fica a impressão de que se poderia pretender a rescisão de um julgado com base na alegação de uma genérica e atípica violação de “direitos fundamentais processuais”. Mas, depois, os autores se reconduzem ao primeiro raciocínio, ao asseverarem que a sistematização das hipóteses rescisórias, enquanto violações de tais “direitos fundamentais do processo, permite apenas reconhecer a sua dimensão axiológica normativa, a justificar o

Ademais, registre-se que a ação rescisória, no direito brasileiro, não tem caráter subsidiário e não exige prequestionamento, no sentido de que a questão arguida como causa rescisória tenha sido apreciada especificamente pela decisão rescindenda³⁵⁸. Dessa forma, será cabível ação rescisória com base em violação de norma jurídica (art. 966, inciso V, do CPC/15), sob fundamento de nulidade da citação, mesmo que se possa, ao tempo da sua propositura, impugnar o cumprimento da sentença com o mesmo fundamento (art. 525, §1º, inciso I, do CPC/15). Da mesma maneira, admite-se a rescisão da sentença por incompetência absoluta do juízo (art. 966, inciso II, do CPC/15), ainda que a questão da competência tenha sido levantada no processo de conhecimento e expressamente rejeitada.

Por fim, não se admite a rescisão *ex officio* de uma decisão, pois a excepcionalidade dessa disciplina processual representa mitigação da coisa julgada, cuja preservação ostenta nítido caráter de interesse público. O ajuizamento da ação rescisória é uma faculdade e um risco para a parte interessada (pense-se no depósito preliminar, conversível em multa em caso de improcedência, previsto no art. 966, inciso II, do CPC/15), não podendo o juiz “atacar o que transitou em julgado”, ou “desatender a *res judicata*, na suposição de haver rescindibilidade”³⁵⁹.

Após a breve explanação sobre os contornos gerais da ação rescisória, é preciso se debruçar sobre a hipótese específica dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15, sobre a qual sobram dúvidas e questionamentos da doutrina na mesma proporção em que faltam julgados dos tribunais. Isso se deve à juventude do dispositivo, somente aplicável às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor da nova legislação, sendo necessário, além do trânsito em

afastamento da regra fundamental da coisa julgada” (p. 31). Percebe-se, então, que os autores não pretenderam dizer - como poderia ter parecido - que toda violação de “direitos fundamentais do processo” seja, também, uma hipótese de rescisória, mas, ao contrário, que toda hipótese de rescisória é, também, um caso de violação de direitos fundamentais do processo. A confusão estava apenas na inversão da relação continente-conteúdo e a intenção, ao que se entende, é estabelecer uma tipologia geral das hipóteses típicas, sem significar uma abertura à atipicidade. Nesse ponto, contudo, contra o estabelecimento de uma “teoria geral de rescisão”, confira-se: YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 293.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 91/92.

³⁵⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 87.

julgado, o decurso do prazo decadencial ordinário do art. 975 e, depois, a realização de juízo constitucional vinculante pelo STF.

A análise perpassa os pressupostos do juízo rescindente, inclusive sobre o cabimento de reconvenção e modulação de efeitos, o juízo rescisório, o prazo decadencial, breves considerações sobre a disciplina de direito intertemporal aplicável e um esboço sobre a relação dos dispositivos com a ação rescisória por violação de norma jurídica (art. 966, inciso V, do CPC/15) e com a impugnação ao cumprimento de sentença (arts. 525, §12 e 535, §5º, do CPC/15). Ao final do capítulo, faz-se uma reflexão sobre a constitucionalidade dessa ação rescisória, nos moldes em que trazida pelo novo código e à luz do direito comparado, com remissão às críticas de alguns setores da doutrina e, por fim, com uma proposta de sua interpretação conforme à Constituição.

4.2 Juízo rescindente

O *judicium rescindens* é a primeira parte da ação rescisória e, não raras vezes, pode ser a única. Destina-se à verificação dos pressupostos legais para o cabimento da rescisão da decisão estável e, em caso positivo, à quebra da estabilidade e desconstituição da sentença. Os requisitos legais para o juízo rescindente se reportam à própria *fattispecie* taxativamente arrolada na lei processual e seu estudo é uma análise dessa tipicidade.

No caso dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15, o tipo legal está assim redigido:

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 - inexecutabilidade 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.

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 - inexecutibilidade 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 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.

Dessa forma, como já deve ter ficado evidente à essa altura, a hipótese rescisória sob análise representa uma regulamentação infraconstitucional dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre os casos singulares transitados em julgado. Passar-se-á às minúcias da estrutura e dos elementos dessa hipótese de incidência, mas, antes, cabe tecer algumas considerações preliminares, em resposta às reflexões que se mostram prejudiciais aos demais pontos.

Marcelo Barbi, debruçando-se sobre essa rescisória trazida pelo novo CPC, entendeu ser “imprescindível que o STF se pronuncie sobre as coisas julgadas formadas anteriormente”, sendo que, ao se omitir, transfere o

balanceamento dos valores envolvidos ao juiz³⁶⁰. Em linha de princípio, parece impróprio entender como uma obrigação do STF dispor sobre o modo como a declaração de inconstitucionalidade atinge as coisas julgadas, já que se trata de uma corte suprema, cuja tarefa precípua é trabalhar com a aplicação genérica e abstrata do direito e a coisa julgada, por outro lado, representa a estabilidade de um ato singular, que pode estar situado num plano bastante distinto da generalidade de um precedente. Em verdade, a obrigação do STF é de refletir sobre a presença de macrointeresses, que consubstanciem “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, para decidir sobre a modulação de efeitos da sua própria decisão. Caso modulados esses efeitos, em âmbito geral, não será necessária qualquer outra providência para os casos singulares.

A melhor forma de expressar a ideia de Barbi seria, então, dizer que o STF *poderá* decidir expressamente sobre os casos julgados, sempre para *ressalvá-los*. Isso porque, de uma forma ampla, pode ter sido identificada a necessidade de proteger todo e qualquer julgamento anterior, por razões de segurança jurídica. Essa atividade é consentânea com a função da Corte Suprema. Entretanto, ao STF não será dado, num julgamento abstrato, decidir diretamente sobre o atingimento dos casos singulares, porque, diferentemente da ressalva genérica, esse proceder não prescinde da avaliação das vicissitudes de cada caso concreto. Tanto assim que a hipótese de incidência da rescisória em comento não pressupõe uma decisão expressa do STF concedendo rescindibilidade às decisões anteriores, mas tão somente exige a existência de uma declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica com efeitos *ex tunc*. Dessa forma, não é a omissão do STF em seu dever que transfere ao juiz do caso concreto a deliberação sobre as particularidades do caso concreto, mas a própria natureza das funções exercidas por cada órgão e a investigação dos *particulars* de cada caso cabe, precipuamente, às instâncias ordinárias. Ademais, ao STF será sempre dado conhecer desse caso concreto por meio da provocação do interessado pelas vias recursais e impugnativas.

³⁶⁰ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC*. In DIDIER JR., Fredie; CABRA, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 360.

Entretanto, se Marcelo Barbi parece ter ampliado em demasia a cognição do STF sobre as particularidades de cada caso singular, em seguida parece ter dado relevância a circunstâncias que os tipos legais do art. 525, §15 e 535, §8º, não erigiram como essenciais. O autor entende necessário avaliar, para fins do cabimento da ação rescisória, a base da confiança gerada pela coisa julgada. Apoiando-se na doutrina de Humberto Ávila, pretende que, em determinados casos, a proteção à confiança e a Súmula nº 343 do STF devem ser invocadas para tornar inadmissível a ação rescisória. Para tanto, divisou as situações em que a sentença rescindenda foi prolatada: (i) em consonância com a jurisprudência do próprio STF; (ii) em consonância com precedentes persuasivos dos tribunais e com apoio na doutrina dominante; (iii) em desconformidade com a jurisprudência predominante nos tribunais; (iv) em contexto de profunda controvérsia jurisprudencial e doutrinária sobre o tema. Nos casos (i), (ii) e (iv), entende o autor incabível a ação rescisória: quanto aos primeiros, pela proteção da confiança legítima e, quanto ao último, com base na súmula 343 do STF. Apenas caberia rescisória na situação (iii), pois a decisão já nasceria com a suspeita de que não se compatibiliza com o direito jurisprudencial e, portanto, não haveria que se falar em confiança legítima da parte beneficiada pela solução da controvérsia³⁶¹.

É de se discordar dessa posição. Não que ela não esteja alicerçada nas mais modernas técnicas de concretização da segurança jurídica na aplicação do direito, mas simplesmente porque não é aplicável na hipótese. Não há que se falar em graduação da confiança no caso dos arts. 525, §15 e 535, §8º, pois, a bem da verdade, não pode haver confiança maior e mais legítima do que aquela depositada na decisão judicial transitada em julgado sobre o caso concreto da parte. Aliás, o próprio autor o reconhece em suas conclusões, ao afirmar ser “difícil de acreditar que outro instituto incorpore na esfera jurídica dos cidadãos um sentimento maior de previsibilidade do que a sentença passada em julgado” e, ainda, que a coisa julgada “é a expressão máxima do princípio da confiança”³⁶².

É verdade, e, de tão verdadeiro, mostra-se irrelevante perquirir de qualquer graduação na confiança gerada por uma sentença transitada em

³⁶¹ *Idem.* p. 360/363.

³⁶² *Idem.* p. 364.

julgado, pois cada coisa julgada deve significar que o comando sentencial se tornou a norma jurídica concreta daquela relação antes *sub judice*. A coisa julgada equivale à afirmativa, com ares de definitividade, de ser essa, e não outra, a solução do caso³⁶³. Nenhuma coisa julgada faz isso em maior ou menor medida do que outra coisa julgada e não existe imutabilidade grande ou pequena, mas imutabilidade pura e simples. De fato, ao advento do trânsito em julgado é absolutamente indiferente a maneira como andam os tribunais decidindo casos similares, o que dirá a opinião da doutrina sobre controvérsias assemelhadas, pois esses fatores poderiam, quando muito, influenciar o desenvolvimento do processo, inclusive e especialmente na fase recursal. Todavia, é exatamente o momento do encerramento do processo e, portanto, da controvérsia, que se identifica com a formação da coisa julgada. Assim, saber se a decisão estava em consonância com doutrina e jurisprudência dominantes não é algo exigível da parte, para a qual basta saber, única e exclusivamente, que a decisão transitou em julgado e, por isso, é imutável e indiscutível. As ressalvas a esta segurança estão, justamente, nas hipóteses taxativas e excepcionais de rescisão.

Destarte, o balanceamento da confiança legítima – decorrente, diga-se, na mesma medida, de qualquer coisa julgada - proposta por Marcelo Barbi, já foi objeto de ponderação pelo legislador, que disciplinou o cabimento da rescisória quando sobrevier juízo de constitucionalidade distinto pelo STF, *tout court*. Aliás, a presença da maior confiança possível no ordenamento jurídico, isto é, da decisão judicial transitada em julgado promovendo o acerto definitivo da relação jurídica, é antes um pressuposto da incidência de qualquer hipótese rescisória³⁶⁴.

Assim, uma coisa é estabelecer, como alguns autores o fazem – e se verá adiante – que a hipótese rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, é inconstitucional por violação da segurança jurídica; outra coisa é querer estabelecer critérios de admissibilidade não previstos em lei e baseados em graus de confiança que, na prática, não existem.

³⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 245.

³⁶⁴ Com a ressalva do disposto no art. 966, §2º, incisos I e II, do CPC/15, cujo significado para a disciplina da coisa julgada já foi abordado em nota de rodapé no item 4.1.

Em relação à invocação da Súmula nº 343, do STF, para vedar o cabimento da rescisória sob análise, tratar-se-á em tópico próprio, após exposição das razões pelas quais acredita-se que essa é restrita à rescisória do art. 966, inciso V, do CPC/15, a qual não se confunde com a dos arts. 525, §15 e 535, §8º. Cabe ora adentrar os elementos do tipo rescisório.

4.2.1 Decisão que se baseia em norma posteriormente declarada inconstitucional

Para haver a rescisão, é preciso que a decisão rescindenda tenha se baseado na norma declarada inconstitucional. A expressão “basear-se” (*beruhen*) foi importada do § 79, da BVerfGG, e, como mostrou Kneser, é essencial para a compreensão do âmbito normativo do dispositivo³⁶⁵. Estar baseado em algo significa encontrar nesse algo seu alicerce, seu fundamento, sua sustentação. Dessa forma, é preciso identificar qual o fundamento da sentença, para descobrir se a norma declarada inconstitucional preenche o tipo legal.

A princípio, esse raciocínio poderia levar à falsa impressão de que apenas a declaração de inconstitucionalidade de normas materiais poderia ensejar a rescisão da sentença, porque é na interpretação e aplicação delas à luz dos fatos da causa que se fundamenta a sentença. A falsidade do raciocínio reside em que também o processo é, por assim dizer, sustentáculo da sentença, já que o julgamento de mérito pressupõe, de forma inafastável, a higidez do procedimento que o antecede. Com isso, percebe-se que a norma declarada nula pode ser tanto de direito material quanto processual. A questão fulcral é saber o grau de dependência do ato final (sentença) da aplicação da norma nos atos intermédios (fundamentação e procedimento).

Nesse ponto, a doutrina não hesita em afirmar que a norma declarada inconstitucional deve ter sido essencial para sentença³⁶⁶, ora falando-se em seu

³⁶⁵ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigkeitsklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, nº 2, 1964, p. 149/156.

³⁶⁶ “[...] pressupõem a motivação do título executivo exclusivamente no preceito inconstitucional. Se, ao invés, a condenação se ampara em múltiplos fundamentos, porque o vencedor alegou várias causas de pedir no processo que o originou, o título resistirá à inconstitucionalidade originária ou superveniente de apenas um de seus fundamentos” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1744).

“alicerce exclusivo”³⁶⁷, ora em “relação de causa e efeito”³⁶⁸. De fato, importa que a norma aplicada constitua *conditio sine qua non* da decisão, de modo que, uma vez retirada do mundo jurídico, seja forçoso e inexorável concluir que outra decisão tenha de ser proferida³⁶⁹. Correta, ainda, a observação de Yarshell, no sentido de que “faltaria interesse de agir autor que pretendesse alterar os fundamentos da decisão de mérito para, mantida a parte dispositiva, obter novo julgamento quanto aos motivos da decisão”³⁷⁰.

Se o juiz considera constitucional a norma instituidora do tributo e, posteriormente, o STF julga inconstitucional a mesma norma, resulta sem fundamento a sentença e o contribuinte que estiver sofrendo a execução fiscal poderá se insurgir com esse fundamento. Entretanto, se o juiz considera constitucional a norma, mas reconhece que os fatos sob análise não constituem a hipótese de incidência tributária, então a declaração superveniente da inconstitucionalidade não produz qualquer efeito alegável pela Fazenda Pública executada pelo indébito tributário, porque a sentença persistirá com fundamentos autônomos. Da mesma forma, se o juiz indefere a produção da única prova requerida pelo autor com base numa norma legal posteriormente declarada inconstitucional e julga o pedido improcedente, por falta de provas, o autor poderá invocar a inconstitucionalidade para rescindir a sentença. Por outro lado, se, nessa mesma situação, o autor houver produzido outras provas e o juiz, em cognição exauriente, houver se convencido da improcedência da demanda

³⁶⁷ “Para que a declaração de inconstitucionalidade da norma determine a desconstituição do título executivo, é fundamental que a decisão judicial tenha alicerce exclusivo nessa norma. Se houver outro fundamento suficiente para lastrar a decisão, ela não pode ser desconstituída. Ademais, se a decisão tiver mais de um capítulo e esses capítulos forem autônomos, caso apenas um deles tenha fundamento em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível a desconstituição do outro capítulo.” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 163).

³⁶⁸ “A lei, o ato normativo ou a interpretação, cuja constitucionalidade já tenha sido proclamada pelo STF, deve ter sido essencial para a procedência do pedido. Se, mesmo afastado o ato normativo como inconstitucional pelo STF vídeo persistir a conclusão a que chegara o órgão julgador, não faz sentido acolher essa impugnação ou ação rescisória. É preciso, em outras palavras, que haja uma relação de causa e efeito, de sorte que, afastada a lei que fundamentara a sentença, a conclusão desta seja, inevitavelmente, alterada.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15ª edição. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 547).

³⁶⁹ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, nº 2, 1964, p. 149/156.

³⁷⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 128.

pela inexistência do fato constitutivo do direito, será duvidosa a admissibilidade da rescisória do art. 525, §15, do CPC/15.

Isso mostra que, a par das demais contradições já apontadas, não faz sentido a delimitação de Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria, de que a inconstitucionalidade da sentença somente seria um problema quando ela não houvesse sido cogitada pela sentença ou, quando, ao tempo de sua prolação, não houvesse o precedente constitucional do STF³⁷¹. A regulamentação do CPC/15 aponta para uma outra direção, a saber, a de dar importância para o só fato de que a norma aplicada seja essencial para a sustentação da sentença enquanto ato decisório e enquanto ato final do processo³⁷². Com isso, percebe-se ser irrelevante se a constitucionalidade da norma foi ou não debatida, ou mesmo saber se a norma sequer chegou a ter menção expressa no *decisum*. Basta perquirir se, com a retirada da norma em que a decisão, implícita ou explicitamente, se baseia, outra decisão necessariamente haverá de ser proferida.

Desta feita, percebe-se, desde já, uma possível matéria de defesa a ser apresentada pela contestação do réu na ação rescisória: a de que a decisão rescindenda não se baseia na norma declarada inconstitucional ou não se baseia exclusivamente nela, possuindo outros fundamentos autônomos que permitem a sua subsistência, mesmo com a retirada da norma nula do ordenamento jurídico. Vale ressaltar que à demonstração dos fundamentos autônomos, para fins de evitar a procedência do *judicium rescindens*, não basta a mera alegação de constavam outras causas de pedir hábeis a sustentar a decisão rescindenda, mas que essas efetivamente configuraram fundamento da decisão, que as apreciou expressamente. Além disso, não será lícito ao réu pretender rediscutir, no juízo rescindente, tais fundamentos autônomos, para lhes demonstrar a ilegitimidade, porque eles não integram o conteúdo rescindível da decisão.

Tendo em vista a atual compreensão da separação do plano do texto legal e da norma, já estaria subentendido, quando se refere à norma declarada

³⁷¹ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 241.

³⁷² O fato de a declaração de inconstitucionalidade ter sido anterior ou posterior ao trânsito em julgado importa apenas para fins de delimitar se cabe ação rescisória ou impugnação ao cumprimento de sentença.

inconstitucional, que se incluiria aí a interpretação tida por inconstitucional pelo STF. Afinal, se a norma é extraída hermeneuticamente do texto constitucional, quando o STF declara que determinada interpretação é incompatível com a Constituição, nada mais está fazendo do que declarar que essa norma, extraível, daquele texto, é inconstitucional. Assim, adotar a interpretação tida por incompatível é o mesmo que aplicar norma declarada inconstitucional. De qualquer forma, o legislador do CPC/15 entendeu por bem explicitar a circunstância, embora, ao fazê-lo, tenha incorrido em redundância, sem consequências mais graves.

Além disso, por declaração de inconstitucionalidade, deve-se entender abrangida, também, a declaração de não-recepção de uma norma. Com efeito, no sistema constitucional brasileiro, os atos normativos anteriores à Constituição não são passíveis de impugnação via ação direta de inconstitucionalidade, mas sujeitam-se à arguição de descumprimento de preceito fundamental, disciplinada pela Lei nº 9.882/99. A procedência dessa ação implica a não recepção da norma anterior pela Constituição, o que, em termos práticos, não apresenta grandes distinções com a declaração de inconstitucionalidade. Por essa razão, não se sustenta uma interpretação tão restritiva dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15, que excluísse de sua hipótese de incidência a não recepção de norma, porque, afinal, isso representa igualmente a sua incompatibilidade com o parâmetro de controle constitucional.

Registre-se, então, que, toda vez que se mencionar aplicação de norma declarada inconstitucional, abarcada estará, também, a hipótese idêntica de adoção de interpretação tida por incompatível com a Constituição e a hipótese análoga de aplicação de norma não recepcionada.

Por fim, Marcelo Barbi traz uma meia verdade, ao afirmar não haver “nenhuma relação entre os efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e a desconstituição da coisa julgada formada em sentido contrário ao entendimento da Corte Constitucional”³⁷³. Realmente, não há relação *direta* entre a retroatividade da pronúncia de inconstitucionalidade e a

³⁷³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC*. In DIDIER JR., Fredie; CABRA, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 355.

quebra da coisa julgada, no sentido de que a primeira não importa a *automática* invalidação da segunda. Mas daí a afirmar não haver *nenhuma* relação entre uma coisa e outra é um passo largo demais para ser dado. Mais do que isso, é um passo *contra legem*, já que a redação dos arts. 525, §15 e 535, §8º, a menos que tida por totalmente inconstitucional - o que não parece ser o caso - é prova cabalística da relação cuja existência é negada.

A formulação correta da ideia é: a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* é um pressuposto necessário, mas não suficiente, para a desconstituição da coisa julgada em sentido contrário. *Necessário* porque se não se fizer presente a retroatividade da decisão que decreta a nulidade da norma, descaberá qualquer pretensão rescisória. *Não suficiente* porque não basta somente a eficácia *ex tunc* da decisão do STF para operar a imediata desconstituição das coisas julgadas, mas é preciso o efetivo uso, pelo interessado, dos dispositivos processuais ao seu dispor e, mais do que isso, é preciso o sucesso desse uso, com o preenchimento de todos os seus requisitos, os quais ora se está analisando.

4.2.1.1 Decisão que deixa de aplicar norma posteriormente declarada constitucional

Uma questão que tem suscitado polêmica, desde a introdução do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, é a de saber se a regra se aplicaria também quando a sentença embargada / rescindida houvesse deixado de aplicar, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, norma posteriormente declarada constitucional pelo STF. A princípio, a questão parece ostentar simplicidade, a ensejar que a solução de um tal caso seja idêntica à conferida à hipótese de decisão que aplica norma posteriormente declarada inconstitucional.

Efetivamente, essa é a proposta de interpretação de Talamini³⁷⁴ e Zavascki³⁷⁵. Esse último explica que:

³⁷⁴ TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 374.

³⁷⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 181/182.

afirmar ou negar judicialmente a constitucionalidade de uma norma são duas faces da mesma moeda [...] daí porque não há razão alguma de ordem jurídica ou institucional para estabelecer distinções ou discriminações, no âmbito das relações jurídicas, quanto ao grau de eficácia entre os juízos positivos ou negativos formulados pelo STF sobre a constitucionalidade das normas³⁷⁶.

Humberto Theodoro Jr., por outro lado, afirma que, quando uma decisão deixa de aplicar norma, por reputá-la inconstitucional, e, posteriormente, sobrevém a declaração de sua constitucionalidade pelo STF, tem-se uma violação direta à lei não aplicada e, apenas indiretamente, à Constituição, o que não autorizaria o uso dos remédios excepcionais de combate à inconstitucionalidade da sentença³⁷⁷.

Com a devida vênia, nenhuma das posições logrou dar adequado tratamento à questão. De plano, discorda-se de Humberto Theodoro Jr., uma vez que o importante, para os fins da rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, não é a simples alegação de inconstitucionalidade da sentença, mas a verificação de que a sentença conflita com a interpretação vinculante dada à Constituição pelo STF. Dessa forma, tanto preenchem esse requisito as decisões que reputam inconstitucional a norma declarada constitucional, quanto as que aplicam norma declarada inconstitucional, porque, de uma forma ou de outra, haveria uma interpretação vinculante da Constituição sendo inobservada.

Por outro lado, a “declaração de constitucionalidade” pelo STF ostenta complexidades que não estão presentes na declaração de inconstitucionalidade. Isso porque a vinculação da declaração da inconstitucionalidade, que carrega sempre um enunciado do tipo “a norma é incompatível com a Constituição”, é bastante simples. Independente dos motivos pelos quais essa incompatibilidade se dê, a consequência é, via de regra, a nulidade da norma e sua retirada do ordenamento jurídico. Entretanto, a declaração de constitucionalidade não modifica ou inova em absolutamente nada o ordenamento jurídico e, sem embargo de quem entenda o contrário, não pode conter um enunciado vinculante do tipo “a norma é compatível com a Constituição”, mas somente um do tipo “norma não é incompatível com a Constituição pelos motivos A, B e C”. Inclusive, há quem extraia, dessas vicissitudes, a conclusão de ser de “duvidosa

³⁷⁶ *Idem*. p. 182.

³⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: Revista de Processo, vol. 127, p. 9-53, Set / 2005, p. 14.

constitucionalidade a possibilidade de se conceder efeito vinculante a decisão que rejeita a inconstitucionalidade da lei”³⁷⁸.

Nota-se que, em vários países, o julgamento de improcedência da ação que pretendia obter a declaração de inconstitucionalidade da norma não tem vinculação senão nos limites da fundamentação da corte constitucional, o que deixaria em aberto a possibilidade de os juízes considerarem a norma inconstitucional por outros motivos:

Na Áustria, a rejeição de um pedido de controle de normas apenas reveste-se de forças de caso julgado relativamente às dúvidas em concreto manifestadas sobre a constitucionalidade da lei. [...] na Espanha, a lei prevê que as declarações de negação de provimento produzam um efeito preclusivo relativamente à apreciação do mesmo problema de constitucionalidade; na Bélgica, as decisões de rejeição de um recurso de constitucionalidade, no controle abstrato, são obrigatórias para os tribunais no que respeita à questão decidida³⁷⁹.

No Brasil, porém, a questão muda de figura, porque tem-se, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, e, além disso, há expressa previsão normativa e reconhecimento jurisprudencial conferindo a cada um desses instrumentos a eficácia dúplice: ou seja, a improcedência de uma representa a procedência da outra. Se a norma não é inconstitucional, ela só pode ser constitucional, e essa conclusão opera com a mesma eficácia para ambos os lados.

O sistema é bastante criticável, pois parte do pressuposto que tais ações abstratas tem a causa de pedir aberta e ensejam a livre investigação da constitucionalidade pelo STF, de modo que, em qualquer das ações de controle abstrato e independentemente do resultado, os efeitos vinculantes seriam os mesmos, porque a discussão sobre a constitucionalidade / inconstitucionalidade estaria exaurida. Essa falsa premissa está claramente delimitada no pensamento de Zavaski: “a indicação específica, pelo demandante, do dispositivo constitucional que supõem violado, não representa estratificação da causa de pedir, nem inibe a cognição do STF, que leva em conta o conjunto das normas constitucionais”. Sendo assim, continua o autor: “a causa de pedir não é a ofensa

³⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 374.

³⁷⁹ *Idem*. p. 496/497.

a este ou àquele artigo da Constituição, mas à Constituição em seu todo” e cabe à corte “apreciar o pedido (que é sempre da declaração de inconstitucionalidade) à luz de todo o ordenamento constitucional, tudo sob as luzes do princípio *jura novit cúria*”. Com isso, conclui-se que “na causa de pedir aberta estão contidos tanto os fundamentos de inconstitucionalidade material, quantos de inconstitucionalidade formal do preceito normativo”³⁸⁰.

Nada obstante, tem-se que noções como a da causa de pedir aberta, com o auxílio do princípio *jura novit curia*, somente se prestam a fundamentar uma pretensão - nunca observada na prática - de que a corte constitucional seja onisciente e onipotente, capaz de conhecer e considerar cada aspecto do ordenamento jurídico-constitucional, não apenas no presente, mas, também, no futuro.

Não se olvida da exigência de que uma norma declarada inconstitucional não possa mais ser tida como constitucional, porque já excluída do ordenamento jurídico. Mas não se vislumbra prejuízo a um sistema em que, por exemplo, afastada a inconstitucionalidade formal de uma norma na via concentrada, venha a ser declarada a sua inconstitucionalidade material pela via difusa ou mesmo na própria via concentrada, afinal, em tal hipótese, não estaria sendo violada a *ratio decidendi* do julgamento da corte constitucional e, assim, seu conteúdo vinculante. A decisão de improcedência da ação direta ou mesmo de procedência da ação declaratória, somente poderia vincular nos limites dos argumentos rechaçados pelo STF para reputar a norma constitucional, porque a norma não foi retirada do ordenamento e permanece intacta³⁸¹⁻³⁸².

³⁸⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 124/125.

³⁸¹ “a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos sobre a própria lei ou ato normativo, que já não mais poderá ser validamente aplicada. Mas, no caso de improcedência do pedido, nada ocorre com a lei em si. As situações, portanto, são diversas e comportam tratamento diverso” (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª edição. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 240).

³⁸² Lembre-se que a ação declaratória de constitucionalidade pressupõe “a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”, nos termos do art. 14, inciso III, da Lei n.º 9.868/99. Ora, a controvérsia sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal há, necessariamente, de dizer respeito à sua compatibilidade com alguma norma ou princípio do parâmetro constitucional específico, não sendo imaginável uma controvérsia tão abstrata que o parâmetro de controle seja simplesmente “a Constituição”, nem seria dado à qualquer corte constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma norma porque ofensiva à Constituição, *tout court*, sem especificação do preceito violado. Se há controvérsia a animar o debate e a fundamentação da decisão da jurisdição constitucional, então é na medida dessa controvérsia, convolada em *ratio decidendi*, que se dá a vinculação do precedente constitucional.

A rigor, o juiz que se valesse de argumento distinto para concluir em sentido diverso, não estaria desobedecendo o precedente, porque esse apenas vincula com base naquilo que efetivamente foi debatido e decidido, diferentemente da coisa julgada, que ostenta eficácia preclusiva e cobre o deduzido e o dedutível. Ademais, mesmo esses argumentos já debatidos e decididos poderiam receber tratamento diverso pela própria Corte Constitucional no futuro, caso haja mudanças no estado de fato ou de direito que o justifiquem. Nesse sentido, conforme Luis Roberto Barroso, parece inapropriado impedir o “Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifique o impacto e a percepção da lei.”³⁸³

Em resumo, a declaração de constitucionalidade da norma não pode ter a mesma força vinculante do que a declaração de inconstitucionalidade. Nessa última, ninguém estará autorizado a aplicar a norma, não importa qual tenha sido o fundamento para a sua retirada do mundo jurídico. Porém, quanto à primeira hipótese, apenas será vedado *erga omnes* considerar a norma inconstitucional pelos exatos mesmos motivos já rechaçados pelo STF.

Dessa forma, é cabível a interpretação extensiva da hipótese rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15, para entender possível a rescisão da sentença que houver considerado a norma inconstitucional com base tão somente nos mesmos fundamentos rechaçados pelo STF ao julgar improcedente a ação direta ou procedente a ação declaratória. Concede-se, contudo, que essa visão restritiva da força vinculante da declaração de constitucionalidade é minoritária e não tem encontrado guarida na jurisprudência dominante do STF.

4.2.1.2 Controle difuso ou concentrado

Um outro ponto rico de controvérsias ao tempo da introdução do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, era o referente ao tipo de controle de constitucionalidade que ensejaria o uso do dispositivo. O CPC/15 almejou

³⁸³ *Idem.* p. 240.

encerrar a discussão, ao prever expressamente que a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade da norma pode ser feita pela via concentrada ou difusa. Entretanto, nem todos se deram por vencidos e alguns ainda sustentam que, para fins da impugnação ao cumprimento de sentença ou ação rescisória, a decisão proferida pelo STF no controle difuso tem de ser seguida pela resolução do Senado Federal, suspendendo a eficácia da lei³⁸⁴.

A verdade é que parece bastante consolidado no direito brasileiro um movimento que, à despeito das críticas que possam surgir - muitas delas com fundamentos nem de longe irrelevantes³⁸⁵ -, reconhece a dessubjetivação ou objetivação do controle incidental de constitucionalidade exercido pelo STF, com consequências diretas sobre a atribuição prevista ao Senado Federal pelo art. 52, inciso X, da Constituição.

O histórico desse processo é descrito por Zavascki, para quem tais decisões “têm uma natural vocação expansiva, já que representam a palavra do guardião da Constituição sobre a legitimidade ou não de um preceito de natureza genérica, a qual incide sobre um número indefinido de situações análogas”. Isso é decorrente do fato de que “o sistema normativo veio sendo constantemente modificado nos últimos anos com a finalidade de conferir, cada vez em maior extensão e profundidade, força vinculativa aos precedentes” , notadamente os do STF na jurisdição condicional. Constatou-se, então, “a paulatina dessubjetivação dos julgamentos, hoje revestidos de caráter marcadamente objetivo”. Em virtude dessa “progressiva escalada constitucional e infraconstitucional em direção à dessubjetivação ou objetivação das decisões do STF”, resultou que a competência do Senado Federal para suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, embora persista no texto constitucional, teve o seu exercício paulatinamente diminuído da importância e destituído do sentido que tinha originalmente³⁸⁶.

³⁸⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1483/1484.

³⁸⁵ O principal argumento contra a dessubjetivação ou objetivação do controle difuso realizado pelo STF é o fato de ser conferida eficácia vinculante a uma decisão da qual as partes vinculadas não puderam participar em contraditório, o que representaria uma quebra do direito de defesa.

³⁸⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53/54.

Esse progressivo processo levou a que competência atribuída ao Senado tenha se tornado um “anacronismo”³⁸⁷, num fenômeno classificado como sendo de clássica mutação constitucional, em que a publicidade restou como o único efeito do exercício da atribuição do Senado de suspensão da aplicação da lei³⁸⁸. Esse entendimento repercutiu na jurisprudência do STF³⁸⁹.

Dessa forma, ante à pacificação da matéria tanto no plano do direito positivo, pelo novo CPC, como pretoriano, pela jurisprudência do STF, parece mesmo que as decisões dessa corte constitucional operam com a mesma força vinculante no controle concentrado e difuso. Por isso, para os fins da ação rescisória em análise, há que se curvar ao entendimento que afirma não ser necessária a resolução do Senado e que “a simples decisão do STF que reconhece, em controle difuso, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo é suficiente para a incidência da regra”³⁹⁰.

Nada obstante, correto o enunciado nº 58 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, que dispõe que “as decisões a que se referem os arts. 525, §§12 e 13 e 535, §§5º e 6º, devem ser proferidas pelo plenário do STF”. Além disso, Talamini tem razão em afirmar que a declaração de inconstitucionalidade deve constituir a *ratio decidendi* de precedentes vinculantes em sentido estrito no sistema difuso³⁹¹, sob pena de, ausente a respectiva vinculação, não haver sentido na aplicação daqueles dispositivos.

4.2.2 Decisão exequenda

Um dos aspectos mais relevantes de toda a análise do tipo processual da ação rescisória em comento refere-se à circunstância de que a decisão

³⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª edição. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 167/168.

³⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In *Revista de informação legislativa*, nº 179, p. 257/276, Brasília, Senado Federal, jul/set 2008.

³⁸⁹ Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001.

³⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15ª edição. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 547.

³⁹¹ TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 371/372.

rescindenda deve, ao tempo do ajuizamento da ação rescisória, estar em execução. Isso se revela não apenas do uso, absolutamente significativo, da expressão “decisão exequenda”, na redação do §15 do art. 525 e do §8º do art. 535, mas, também, pelo posicionamento topográfico desses dispositivos, no título II do novo código, que se refere ao cumprimento de sentença. Inequivocamente, o legislador demonstra que, para os fins de tal rescisão, a declaração de inconstitucionalidade de norma apenas pode retroagir sobre a coisa julgada nos casos em que a decisão por essa protegida esteja fundamentando uma execução, a qual, à luz da interpretação constitucional vinculante, tenha se tornado injusta. A temporalidade é fundamental.

À configuração do interesse processual do autor da ação rescisória será necessária a demonstração de que a decisão que pretende rescindir constitui título judicial atualmente em execução em seu desfavor. Se a decisão já houver sido integralmente executada, seja pela prestação voluntária da coisa devida, seja pela execução forçada, será inadmissível a ação rescisória. Da mesma forma, se, embora transitada em julgado a decisão, não tenha o interessado adotado ainda as providências necessárias à deflagração do cumprimento de sentença, falecerá interesse de agir à propositura da ação rescisória pelo vencido.

A imprescindibilidade da atualidade da execução permite a extração de consequências sobremaneira importantes para a compreensão da nova hipótese rescisória e permitirá, como se verá em tópico próprio, diferenciá-la das hipóteses já existentes, notadamente daquela baseada em violação de norma jurídica (art. 966, inciso V, do CPC/15). Por ora, cumpre extrair, da notável constatação, reflexões acerca da limitação do juízo rescindente à eficácia condenatória da decisão rescindenda e, também, à configuração da ação como instrumento do executado.

4.2.2.1 Eficácia condenatória

Os aspectos já ressaltados, de que a redação legal se utilizou da expressão “decisão exequenda” e de que o legislador inseriu a hipótese rescisória em local topográfico do código reservado para a disciplina do cumprimento de sentença, não apenas desvelam o requisito de admissibilidade

do juízo rescindente, mas são indícios, também, de seu conteúdo, ou seja, sobre o que incidirá a rescisão.

A lei claramente diferencia a rescindibilidade da decisão que está sendo executada, daquela que não está, admitindo a rescisão da primeira e vedando-a para a segunda. É, como visto, uma delimitação temporal, que opera a cisão do executado, do exequendo e do ainda não executado. Entretanto, a delimitação temporal não é uma razão em si mesma, mas a consequência da finalidade dessa rescisória, que é dar eficácia imediata à supremacia constitucional, resguardando os efeitos já produzidos com base na norma inconstitucional e interditando a produção daqueles considerados pendentes. Essa é a *ratio* da distinção entre decisão exequenda e decisão executada e dessa razão de ser se segue a distinção de tratamento entre as sentenças com eficácia imediata e mediata.

Assim, sem razão Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, que, ao analisar o art. 741, parágrafo único, do CPC/73, entendeu que os embargos à execução promoveriam a integral rescisão do julgado, pois não faria sentido dizer que a “declaração permanece incólume, mas não autoriza execução e não se presta aos fins aos quais se destina, pois isso seria o mesmo que despi-la de sua autoridade”. Prosseguiu o autor, afirmando que o “ordenamento não permite atribuir arbitrariamente disciplinas distintas para situações idênticas”. Desse raciocínio o autor concluiu pelo cabimento de demanda autônoma, com base nos arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73, para desconstituição integral da coisa julgada³⁹².

Em primeiro lugar, a própria distinção das sentenças entre as dotadas de eficácia imediata e eficácia mediata – ou, o que é mais próprio, em sentenças imediatamente efetivas e mediatemente efetivas - já mostra que não se está diante de situações idênticas. Afinal, no primeiro grupo os efeitos são produzidos contemporaneamente à própria sentença, enquanto no segundo necessitam da complementação da execução. Em segundo lugar, a solução criticada pelo autor foi justamente aquela adotada na Alemanha, cuja regulamentação do § 79 do BVerfGG inspirou a introdução, no Brasil, do art. 741, parágrafo único, do

³⁹² LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010, p. 127.

CPC/73³⁹³. E nem se diga que as eficácias declaratória e constitutiva não têm qualquer sentido sem a conseqüente condenação. Toda condenação pressupõe uma declaração, mas a recíproca não é verdadeira. Se a declaração se esgota na condenação, perderá a sua utilidade com a rescisão da eficácia condenatória, o que ocorrerá como mera consequência do juízo rescindente, o qual, porém, não se lhe dirige diretamente. Nesses casos, a declaração ou a constituição são atingidas apenas enquanto sustentáculo da condenação, nada mais do que isso³⁹⁴. Porém, se a declaração ou a constituição tiverem eficácia para além da mera sustentação da condenação, ou seja, se outros efeitos advieram da declaração ou da constituição operada pela sentença, serão eles mantidos incólumes, intocáveis pelo juízo rescindente.

A circunstância de a rescisão não atingir a totalidade dos elementos da sentença, mas apenas a parcela condenatória, já foi percebida por setores da doutrina, os quais, contudo, procuraram explicar o fenômeno à luz de outros institutos, como o da ineficácia³⁹⁵. Há quem entenda, ainda, que a causa rescisória representa uma impugnação ao conteúdo da decisão, e diz respeito, portanto, à validade do título³⁹⁶. São formas de ver o fenômeno, mas que recaem em antigas e desnecessárias controvérsias sobre a natureza do fundamento da

³⁹³ Correto, no ponto, Marcelo Barbi, ao afirmar que o dispositivo alemão “em hipótese alguma [...] autoriza a rescisão da decisão exequenda para os fins da supressão da totalidade dos seus efeitos” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC*. In DIDIER JR., Fredie; CABRA, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 357). O autor apenas se equivoca ao ver nos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15 uma rescisória que o faça, ou seja, que atinja eficácias distintas da condenatória. Não há razões para essa leitura, como se pretende demonstrar. Aliás, é possível afirmar que Marcelo Barbi chegou apenas à metade do caminho, ao reconhecer acertadamente os limites do sistema que inspirou o brasileiro; faltou trilhar a segunda metade, que seria interpretar e compreender o dispositivo brasileiro à luz desse reconhecimento, o que garantiria coerência e constitucionalidade à norma.

³⁹⁴ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigkeitsklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, n° 2, 1964, p. 202/205.

³⁹⁵ “A remissão à inexecutabilidade esclarece que o juízo de inconstitucionalidade da norma, na qual se funda o provimento exequendo, atuará no plano da eficácia, apagando o efeito executivo da condenação e tornando inadmissível a execução. Embora não se reproduza integralmente o artigo 79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, o qual ressalva a subsistência do julgado contra a Constituição, trata-se de consequência natural de o fenômeno se passar no terreno da eficácia. Assim, a procedência da oposição do executado não desconstituirá o título e, muito menos, reabrirá o processo já encerrado. Se do provimento executivo desaparecer parte considerável de sua eficácia, não deixou de existir, porém: a tese que divide o fenômeno em hipótese de inexistência não representa corretamente o fenômeno” (ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1737/1738).

³⁹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil comentado*. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 999.

ação rescisória. Importa reconhecer que a rescindibilidade não se confunde com ineficácia, declaração de nulidade ou de inexistência da sentença. Isso vale tanto para a ação rescisória propriamente dita (arts. 525, §15 e 535, §8º), quanto para a impugnação ao cumprimento de sentença (arts. 525, §12 e 535, §5º), à qual já se apelidou, quando ainda disciplinada pelo art. 741, parágrafo único, de instrumento com eficácia rescisória³⁹⁷.

Ademais, a distinção da eficácia condenatória para fins da rescisão não destoa da disciplina em geral aplicável à ação rescisória, pois é consabido que o juízo rescindente pode ser parcial, atingindo apenas alguns capítulos da sentença e deixando outros intocados. Com efeito, havendo na sentença um capítulo antecedente e um capítulo dependente, a desconstituição do primeiro leva, necessariamente, à do último, mas o inverso não ocorre, sendo perfeitamente possível a retirada da parte dependente, sem que por isso sucumba a parte antecedente³⁹⁸.

Dessa forma, o juízo rescindente, se procedente, apenas provocará a rescisão da sentença na parte que toca à sua eficácia condenatória, retirando-lhe a exequibilidade, sem prejudicar os demais efeitos advindos das eficácias declaratória e constitutiva³⁹⁹. Há, aqui, um ponto fulcral e ineludível a ser observado: da análise do tipo processual se extrai a amplitude do juízo

³⁹⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 334; ALVIM, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 110/111; NERY JR., Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 300.

³⁹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 155; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 118.

³⁹⁹ “Os capítulos decisórios declaratórios e construtivos que já haviam transitado em julgado e, portanto, produzido desde logo os seus efeitos, antes do pronunciamento do STF, não se submetem a tal termo inicial do prazo rescisório. Para eles, o prazo da rescisória conta-se a partir do seu próprio trânsito em julgado, e não a partir do trânsito em julgado da decisão do STF. O mesmo se diga dos capítulos decisórios condenatórios, mandamentais e executivos que já haviam transitado em julgado e produzido seus efeitos [...] Não há nada de contraditório nem paradoxal nessa diversidade de regimes [...] A idéia subjacente a tal distinção é a de que seria muito sacrificante para as partes e geraria maiores transtornos para a ordem jurídica desfazer decisões cursos cujos efeitos já se produziram. Então, a rescisão é reservada apenas às decisões que ainda não produziram seus defeitos, no momento do surgimento da decisão da corte constitucional” (TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 379.)

rescindente, pois “a rescisão só apanha o ponto em que era rescindível a sentença”⁴⁰⁰. Assim, se a rescisória em comento pressupõe uma “decisão exequenda”, não pode o juízo rescindente atingir o que não está em execução e limita-se à eficácia da sentença que permite a execução.

4.2.2.2 Instrumento do executado

A constatação de que a rescindibilidade da decisão se limita à sua eficácia condenatória e, mais do que isso, que o sucesso da rescisão pressupõe a existência de uma execução atualmente em curso em desfavor do autor da rescisória, permite concluir que a ação prevista pelos arts. 525, §15 e 535, §8º, configura um instrumento do executado. Deveras, trata-se de um meio de defesa destinado a impedir a continuidade de uma execução considerada, à luz da interpretação constitucional vinculante do STF, indevida.

Não se presta, portanto, ao auxílio do vencedor da decisão transitada em julgado, tampouco para o sucumbente em decisões que não importaram a sua execução para alguma prestação. Destarte, a decisão de improcedência não poderá ser rescindida para que o autor logre obter o reconhecimento da pretensão já rejeitada, da mesma forma como o réu das sentenças declaratórias e constitutivas não poderá pretender sua revisão, senão para afastar eventual condenação daí decorrente. Pense-se no caso da usucapião: independentemente de quem tenha sido considerado o proprietário do imóvel, esse resultado não será alterado, ainda que fundado em norma posteriormente declarada inconstitucional; entretanto, caso qualquer das partes esteja sofrendo execução relativa aos frutos do imóvel, a eficácia condenatória que sustenta essa execução poderá ser objeto de ação rescisória.

Uma observação se faz necessária. Dizer que a ação rescisória sob análise é um instrumento do executado não quer dizer que seja limitada ao autor ou ao réu da ação de conhecimento, ou que se refira apenas a sentenças de procedência ou improcedência dos pedidos. Isso porque, mesmo na hipótese de uma sentença de improcedência ou de uma sentença de procedência puramente declaratória ou puramente constitutiva, o sucumbente poderá fazer uso da ação

⁴⁰⁰ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 388.

rescisória para afastar a execução dos honorários e das custas processuais. Nesses casos, não há como se negar que a norma em se baseou a sentença, ainda que tão somente para negar o pedido do autor, uma vez retirada do mundo jurídico, por força da declaração de inconstitucionalidade, poderá deixar a condenação em honorários e custas sem fundamento. Repisa-se que uma tal rescisória apenas rescindirá o capítulo condenatório, sem poder alterar a eficácia declaratória ou constitutiva para alterar o sinal de improcedente da sentença em sinal de procedência.

4.2.3 Reconvenção

Em linha de princípio, o “cabimento da reconvenção na ação rescisória parece ser aceito, de um modo geral, pela doutrina e pela jurisprudência, desde que o réu reconvindo busque também a rescisão de uma sentença”⁴⁰¹. O juízo rescindente provocado por uma parte não dará ensejo a que a parte contrária deduza qualquer tipo de pretensão que por ventura considere ter em relação à sentença rescindenda, mas facultará a que essa exerça seu direito potestativo de postular a rescisão do mesmo julgado, se para tanto preencher os requisitos legais.

Assim, em tese, admite-se a reconvenção na rescisória fundada nos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15. É de se observar, contudo, que, se o reconvinte pretender fundamentar sua pretensão rescisória nesses mesmos dispositivos, terá de demonstrar a ocorrência de todos os pressupostos do juízo rescindente, notadamente a existência de uma execução em curso, em seu desfavor, movida pelo reconvindo, e baseada na decisão rescindenda. Considerando que, nesse caso, o reconvindo também alega a existência de uma execução em sentido contrário, isso torna necessário que os créditos cobrados não sejam compensáveis.

Fora desses lindes, se o reconvinte pretender a rescisão da decisão por outro fundamento, como aqueles previstos no art. 966 do CPC/15, deverá observar os prazos decadenciais ali estabelecidos e não aquele disciplinado

⁴⁰¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 130.

exclusivamente para a hipótese rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do mesmo código.

4.2.4 Modulação dos efeitos da rescisão

Os §§13 e 6º dos arts. 525 e 535 dispõem que os efeitos da decisão do STF, referida nos §§12 e 5º, respectivamente, “poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica”. Talamini vê nessa redação uma cláusula que facultaria, não apenas ao STF, mas ao juízo da execução promover uma modulação de efeitos⁴⁰².

A posição gerou críticas. Araken de Assis entende que “o órgão judiciário julgará em harmonia com o pronunciamento do STF, por sinal vinculativo no sistema do NCPC, ou nem sequer o considerará, porque o STF modulou os efeitos”. Apesar de admitir que a redação legal poderia sugerir uma compreensão distinta, afirma que não competirá ao juiz realizar a modulação de efeitos, já que “é atribuição exclusiva do STF modular, ou não, os efeitos das suas próprias decisões no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade”⁴⁰³.

Semelhante raciocínio fez Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que reconhecem que a leitura dos dispositivos poderia conduzir a duas interpretações; a primeira os tornaria desnecessários e a segunda, sem sentido. De fato, se se entender que tais parágrafos pretenderam permitir ao STF modular suas decisões, isso seria inútil, pois essa “possibilidade já decorreria do próprio sistema constitucional e das exigências da segurança jurídica”, estando, inclusive, positivada pela Lei nº 9.868/99. Por outro lado, interpretá-los de maneira a permitir que “o juiz também poderia proceder à modulação por si mesmo” geraria “absurda insegurança jurídica”, ao possibilitar, em tese, “a existência de conflito entre a decisão do STF e a do juiz, ao julgar a impugnação meio de sentença”. Por isso, concluem os autores que “o juiz da execução não

⁴⁰² TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 376.

⁴⁰³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1737/1738.

tem competência para tomar providências relativamente aos efeitos da decisão sobre inconstitucionalidade em controle abstrato” e que tal competência é exclusiva do STF⁴⁰⁴.

O tema é deveras espinhoso⁴⁰⁵. Sem embargo, a correta exegese dos §§13 e 6º, dos arts. 525 e 535, vai, na verdade, em outra direção. Ainda que se pudesse admitir que o juízo da execução pudesse dar à declaração de inconstitucionalidade uma temporalidade distinta daquela definida pelo STF, o que já seria, como visto, de questionável constitucionalidade, essa proposição apenas faz sentido em relação à disciplina do CPC/73. À propósito, salvo entendimento em contrário (ver item 4.5 adiante), a redação dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, não distinguia a anterioridade / superveniência da declaração de inconstitucionalidade, de modo que essa poderia advir quando a execução já tivesse produzido efeitos. Assim, a suposta modulação do acolhimento aos embargos ou à impugnação - se admitida, o que se supõe apenas em tese - teria o condão de preservar esses efeitos já produzidos.

Já em relação à disciplina do CPC/15 é inevitável que se pergunte: modulação de quê? Afinal, os §§14 e 8º dos arts. 525 e 535 são expressos em exigir que a declaração de inconstitucionalidade seja anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, para fins de cabimento dos embargos à execução. Ora, com isso, ou o executado alega a questão constitucional logo quando intimado do procedimento executório, nos prazos de 15 (quinze) ou 30 (trinta) dias, previstos nos *caputs* de referidos artigos, ou restará preclusa a arguição da “inexigibilidade” do título. Dessa forma, considerando a necessidade de a questão ser travada logo no início da execução, não parece haver razões para lhe conferir tratamento distinto do que já é conferido às demais causas de impugnação ao cumprimento de sentença⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1484/1485.

⁴⁰⁵ Coloca-se em choque os dois paradigmas de justiça a que já se fez referência alhures: universalismo e particularismo. De um lado, parece isento de dúvidas o entendimento de que a decisão do STF seja vinculante a todos os órgãos do poder Judiciário, e, portanto, a ninguém será dado contrariar o seu precedente, que tem força normativa. Entretanto, bem menos pacífica é a questão de saber se o juiz, atendendo aos *particulars* de cada caso, pode decidir preservar uma ou outra situação concreta. Isso, aliás, a princípio, não se confundiria com a garantia de eficácia imediata da decisão da corte constitucional sobre as situações pendentes, como é o caso da ação rescisória ora em análise.

⁴⁰⁶ A apresentação de uma tal impugnação não impedirá a prática de atos executivos, inclusive expropriatórios, ressalvada a possibilidade concessão de efeito suspensivo pelo juízo (art.

Destarte, embora relevante à luz do CPC/73, parece que tenha se tornado um tanto estéril a discussão acerca da modulação dos efeitos pelo juízo da execução no CPC/15. Todavia, a questão muda radicalmente de figura quando se passa a tratar da ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15.

Sabe-se que, em regra, a ação rescisória tem o efeito de invalidar todos os atos resultantes da sentença desconstituída e tornar sem causa qualquer enriquecimento⁴⁰⁷.

Isso faz com que haja quem defenda, ainda no plano geral das ações rescisórias, a necessidade de modulação dos efeitos do *judicium rescindens*⁴⁰⁸. Yoshikawa assevera que a ação rescisória apresenta alguns elementos, como o prazo decadencial mais longo do que o de recursos, a ausência de atribuição *ex lege* de efeito suspensivo e a crônica lentidão do processo civil, os quais, combinados, “constituem uma ameaça potencialmente explosiva à segurança jurídica”, caso se consinta que a procedência do juízo rescindente desconstitua não apenas a decisão impugnada, mas todos os efeitos dela decorrentes, numa expansão para “o passado e para o futuro de forma inexorável e irresistível”. Aduz o autor que não se pode equiparar a execução definitiva à provisória, pois aquilo que se executa com base em título judicial transitado em julgado está lastreado em “certificação exauriente da existência do direito pelo estado juiz”, e não corre, portanto, à conta e risco do credor. Por isso, conclui o autor que se deve “manter os efeitos da decisão rescindenda se a interpretação da lei era controvertida ou, com maior razão, se houve mudança de jurisprudência após o trânsito em julgado”. Apenas seria admissível a invalidação também desses

525, §6º, CPC), regramento que não se repete no caso da execução em desfavor da Fazenda Pública, cuja expedição de precatório somente se dá com a ausência de impugnação ou sua rejeição (art. 535, §3º, do CPC/15). Caso julgada procedente a impugnação do art. 525, §12, ficará o sucumbente obrigado à restituição do que houver executado.

⁴⁰⁷ “a técnica processual empregada no juízo reincidente é sempre desconstitutiva e sempre opera com efeitos *ex tunc*” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 89.); “Quando a sentença já foi executada, ou porque era sentença com força executiva, ou com eficácia imediata executiva ou porque sobreveio, em virtude da carga de eficácia executiva, ação de execução de sentença, a rescisão da sentença apanha, ali, a própria execução, ou torna sem causa qualquer enriquecimento” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 138).

⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 347.

efeitos caso a decisão rescindida houver sido produto de dolo do vencedor ou prolatada contra interpretação já então tida por inadmissível⁴⁰⁹.

Realmente, no caso específico da ação rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, a questão assumiria, *prima facie*, contornos deveras dramáticos em termos de segurança jurídica, porque à causa rescisória superveniente soma-se, ainda, o termo *a quo* móvel do prazo decadencial, de maneira a permitir, à primeira vista, a invalidação de atos executórios já consolidados. Esses elementos levam diversos autores, consternados, a postular a possibilidade, ou quiçá a necessidade, de modulação dos efeitos, seja pelo STF⁴¹⁰, seja pelo tribunal respectivo⁴¹¹, no juízo rescindente.

De fato, a preocupação desses autores é plenamente compreensível. Entretanto, cabe analisar em que medida é justificada. Em primeiro lugar, retornando aos requisitos de admissibilidade da ação rescisória em comento, não se pode olvidar que ela pressupõe uma declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* pelo STF. Evidentemente, se isso não ocorrer, porque a corte constitucional modulou, em abstrato, os efeitos de sua decisão, perde objeto qualquer discussão sobre a modulação de efeitos do *judicium rescindens*, que será de plano inadmissível. Logo, a questão premente é saber se a própria rescisão, quando cabível, deverá ter os efeitos modulados, para preservar as situações já consolidadas, isto é, a parcela já executada da decisão rescindenda⁴¹².

⁴⁰⁹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *A eficácia temporal da desconstituição da sentença transitada em julgado no Brasil e na Itália*. In ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 429/447.

⁴¹⁰ “A possibilidade de se desconstituir a *res judicata* em virtude de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em qualquer momento do futuro deve ser levada em conta para fins de estabelecimento de critérios norteadores da modulação temporal dos efeitos do controle de constitucionalidade e, por conseguinte, na aplicação dos arts. 525, §15 e 535, §8º” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC*. In DIDIER JR., Fredie; CABRA, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 355).

⁴¹¹ “o princípio da proteção à confiança pode impor a modulação temporal dos efeitos do acórdão que rescinde decisão transitada em julgado” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15ª edição. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 614); THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 238.

⁴¹² A possibilidade de a decisão que supera uma estabilidade ter seus efeitos modulados temporalmente é descrita com especial profundidade por Antônio do Passo Cabral, que afirma

Conquanto se compartilhe integralmente das preocupações dos autores com a segurança jurídica, a resposta para a pergunta da necessidade de modulação de efeitos pelo órgão prolator do juízo rescindente é negativa - e não há qualquer paradoxo nisso. O juízo rescindente não *precisará* ser modulado, porque, em verdade, resgatando a lição de Pontes de Miranda, “a rescisão só apanha o ponto em que era rescindível a sentença”⁴¹³. Dessa forma, já se viu que a amplitude do juízo rescindente, nas hipóteses dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15 está limitada à eficácia condenatória da decisão que esteja em execução. Assim, os efeitos já produzidos pela decisão rescindenda já se encontram *ope legis* preservados, retirados que foram do campo da rescindibilidade pela própria formulação do tipo processual.

Nesse ponto, então, a ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, atendendo à regra geral de que apenas se desconstitui o que é rescindível - tautologia que, nada obstante, convém ser reiterada – contém, em si mesma, a garantia da segurança jurídica que os autores pretendiam lhe conferir por meio da modulação dos efeitos. Reconhecê-lo será, inclusive, essencial para conferir constitucionalidade ao dispositivo, como se verá adiante, em tópico próprio. Repisa-se, todos os efeitos da já produzidos encontram-se preservados contra a desconstituição operada pela procedência do *judicium rescindens*.

A única discussão que resta, portanto, é de saber o destino dos atos executórios praticados durante a tramitação da ação rescisória, já que essa não ostenta efeito suspensivo automático para a execução da decisão rescindenda. Andreas Kneser sustentou que, desde a publicação da decisão declaratória da inconstitucionalidade da norma jurídica, já seria indevida qualquer prestação realizada com base na sentença que nela se baseou e sujeitar-se-ia o

se tratar de mecanismo que evita que “a decisão retroaja, atingindo fatos pretéritos (tempo de referência inadequado) ou um tempo de eficácia que produza desigualdade, surpreendendo os indivíduos que confiaram e se programaram com base no regramento anterior”. Explica, ainda, que “é a decisão do próprio procedimento revisional que poderá ter a sua eficácia temporalmente modulada, passando a incidir o novo conteúdo somente a partir de um momento fixado na decisão de quebra. Não se pretende mudar o conteúdo da decisão rescindenda, mas sim preservar a posição estável mesmo tendo havido conclusão pela necessidade de superação da estabilidade. É, portanto, a eficácia do próprio procedimento revisional que se opera sem retroação, justamente para favorecer uma transição suave entre a antiga posição estável e o novo conteúdo” (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 655/656).

⁴¹³ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 388.

beneficiário à obrigação de restituir por enriquecimento ilícito. Nesse sentido, a cláusula de vedação às pretensões de enriquecimento ilícito contida no § 79 da BVerfGG, seria lida no sentido de proibir a restituição do que foi prestado antes da declaração da inconstitucionalidade, não depois⁴¹⁴.

Não se pode concordar com o autor alemão. A declaração de inconstitucionalidade, como ele próprio admite⁴¹⁵, não opera a automática invalidação dos atos praticados com base na norma nula⁴¹⁶, e isso tendo em vista a necessária separação do plano normativo (*Normebene*) do plano do ato singular (*Einzelaktebene*)⁴¹⁷. Não se pode confundir, ainda, rescindibilidade com nulidade, sendo certo que “a nulidade é, quando muito, o fundamento que leva à desconstituição de uma sentença passível de ação rescisória”⁴¹⁸. Dessa forma, a eficácia condenatória em execução da decisão transitada não se torna *ipso jure* inválida com a mera declaração de inconstitucionalidade, mas poderá ser rescindida, se o interessado fizer uso correto e tempestivo uso instrumento processual ao seu dispor.

Assim, é a citação válida na ação rescisória que torna litigiosa a coisa (art. 240 do CPC/15) e que mostra, ao exequente, que há controvérsia sobre a subsistência da estabilidade na qual ele se fia, na promoção da execução. A partir daí, e não antes, é que se pode pensar que a execução se torna indevida, ou, ao menos, sujeita a risco; do contrário, ter-se-ia a admissão de efeitos automáticos de um juízo abstrato sobre atos singulares, com grave infração à confiança depositada nesses últimos pela parte. Ao exequente, inclusive, não é exigido conhecer a influência da declaração abstrata sobre seu direito fixado em concreto por decisão transitada em julgado: a uma, porque essa repercussão depende de ato da parte contrária provocando a jurisdição a se manifestar

⁴¹⁴ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigerklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, nº 2, 1964, p. 206/207.

⁴¹⁵ *Idem*. p. 1185/190.

⁴¹⁶ “há consenso doutrinário em que a declaração de inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, não desconstitui automaticamente a decisão baseado na lei que veio a ser invalidada e que transitou em julgado, sendo cabível ação rescisória, se ainda não decorrido o prazo legal.” (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42/47).

⁴¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade de lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 98/99.

⁴¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

novamente sobre o caso; a duas, pois, até o momento da citação, a execução se pauta por decisão imutável e indiscutível. Destarte, se há alguma retroatividade do juízo rescindente, ela se limita à invalidação dos atos executórios porventura praticados desde a citação do réu na ação rescisória.

Isso indica, ainda, a importância da concessão, pelo órgão responsável pelo julgamento da rescisória, de tutela cautelar de urgência para suspender a execução da decisão rescindenda, caso se verifique a probabilidade do direito do autor, uma vez que o *periculum in mora* estará sempre presente, haja vista a existência de uma execução em curso em seu desfavor. De qualquer forma, compreende-se que pode ser conveniente ao exequente, réu da rescisória, requerer, logo que receber a citação, a suspensão da execução até o advento do *judicium rescindens*, independentemente da concessão de tutela de urgência, para se resguardar de eventual obrigação de indenizar pela execução indevida.

4.3 Juízo rescisório

O juízo rescisório ou *judicium rescissorium* representa o rejuízo, acidental, da causa cuja sentença foi rescindida pelo *judicium rescindens*. Nem toda rescisão implica, necessariamente, a ocorrência de um juízo rescisório. A ação rescisória prevista pelos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15, não enseja o rejuízo da causa, salvo em uma situação, bastante específica.

É que “os limites do juízo rescisório [...] dependem dos limites da procedência da demanda no juízo rescindente”, de modo que “somente se cogita de novo julgamento pelo tribunal em relação àquilo que tiver sido desconstituído”⁴¹⁹. Dito de outra forma, não cabe rejuízo senão nos limites daquilo que foi rescindido. No caso da rescisória em estudo, o *judicium rescindens*, como já visto, tem a amplitude identificada com a eficácia condenatória da decisão exequenda. Dessa forma, somente caberá rediscutir a matéria atinente à condenação operada pela decisão rescindida.

A procedência do juízo rescindente pressupõe a conclusão, pelo órgão julgador, que a decisão rescindenda se baseou exclusivamente na norma declarada inconstitucional pelo STF ou, sob determinadas circunstâncias, na não

⁴¹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 347.

aplicação de norma posteriormente declarada constitucional, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade por argumento rechaçado pelo STF (veja-se tópico 4.2.1.1). Entretanto, da conclusão de que a decisão tenha se alicerçado exclusivamente na aplicação dessa norma não decorre que ela só pudesse ter esse fundamento e nenhum outro.

Talamini é feliz em perceber a circunstância de que o autor da ação originária, réu da rescisória, pode ter apresentado, à época, múltiplos fundamentos para o seu pedido e o juízo só acolheu um deles, tendo, na sequência, considerado prejudicada a análise dos demais. O exemplo é dado pelo próprio autor:

o contribuinte pediu a restituição do indébito alegando (a) ser inconstitucional a norma que prevê o tributo em questão e (b) não haver incorrido na hipótese de incidência do tributo (não haver praticado o fato gerador) [...] o juiz poderia decidir o processo acolhendo desde logo o primeiro argumento, atinente à inconstitucionalidade [...] o segundo poderia não ser nem apreciado, aliás, sem que houvesse qualquer nulidade nisso⁴²⁰.

É evidente que, com a rescisão da decisão, o órgão judicial pode ser provocado a se manifestar sobre os demais fundamentos, os quais, apesar de não terem sido utilizados pela sentença, foram deduzidos pela parte. Não seria justo que a parte se visse prejudicada pelo acolhimento de um fundamento que prejudicou os demais, os quais poderiam ter levado ao mesmo resultado. Do mesmo modo, não há que se distinguir entre os fundamentos aduzidos pelo autor para a procedência do seu pedido e aqueles opostos pelo réu para a sua improcedência⁴²¹. Quanto às defesas do réu, se é certo que não lhe seria dado renová-las para fins do juízo rescindente, para demonstrar a insubsistência da decisão (que deve ser verificada tão só pela retirada da norma declarada inconstitucional), isso lhe será lícito no juízo rescisório.

⁴²⁰ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 469/470.

⁴²¹ “o novo julgamento há que apreciar em resolver todas as questões suscitadas e debatidas no processo originário, ainda que não julgadas integralmente pela decisão rescindenda ao final. Dessa forma, se, por exemplo, a sentença de improcedência acolheu a primeira das alegações defensivas de mérito do então de mandado - que outras alegações deduziu em caráter eventual - afastado que seja aquele fundamento, todas as demais alegações defensivas devem ser conhecidas e julgadas. [...] De forma análoga, se a demanda tinha dois fundamentos e foi acolhida pelo primeiro, cassada que seja a sentença, é de rigor que o tribunal passe a apreciar o segundo dos fundamentos, ao ensejo do juízo rescisório.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 360/361).

Talamini pretendeu reconhecer uma disciplina ainda mais ampla ao juízo rescisório, que seria cabível também para rejuízo dos fundamentos alegados pelo autor na demanda originária e rejeitados expressamente pela decisão rescindenda. Seu argumento é de que, malgrado a rejeição desses fundamentos, o acolhimento de um outro, diverso, retiraria o interesse recursal de uma eventual apelação, o que se poderia denominar “verdadeira armadilha”⁴²².

Não se pode concordar com isso. Numa situação como essa, a alegação da parte foi sim objeto de apreciação judicial; apenas foi afastado o duplo grau de jurisdição (que não é absoluto, vide as ações de competência originária do STF), não a própria jurisdição. O interesse processual / recursal faz parte dos princípios e regras que conferem racionalidade ao processo e sua incidência para afastar a admissibilidade de um recurso não é fenômeno excepcional ou indesejado. Por isso, não se pode equiparar uma hipótese de simples negativa do duplo grau de jurisdição com uma situação de negativa da própria prestação jurisdicional. A razão para se admitir o juízo rescindente sobre as questões prejudicadas pelo acolhimento do fundamento rescindido é evitar o vácuo jurisdicional sobre elas. Esse risco não se encontra presente quando a decisão rescindida se pronunciara expressamente sobre as demais alegações da parte, rejeitando-as.

Além disso, é importante reconhecer que o *judicium rescissorium* não apenas está limitado pelo quanto decidido no *judicium rescindens*, mas, também, pelo pedido e pela causa de pedir da demanda originária, não sendo admitido a qualquer parte pretender novo julgamento que extrapole ou divirja dos limites postos na demanda originária⁴²³.

Por fim, merece destaque uma especificidade da ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15. Em geral, entende-se que “o pedido de julgamento rescisório estaria implícito no pedido rescindente do autor”⁴²⁴. Não é, porém, o que se passa aqui. Essa ação rescisória, em particular, tem o claro escopo de, atendendo à declaração vinculante de inconstitucionalidade de

⁴²² TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 472/473.

⁴²³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 347/348.

⁴²⁴ *Idem*. p. 356.

norma jurídica, impedir a produção de efeitos indevidos, porque fundados na aplicação da norma nula, em prejuízo do patrimônio do executado. Daí ter-se afirmado anteriormente que se trata de um instrumento do executado. Dessa forma, a pretensão juridicamente legítima e autorizada ao autor da ação rescisória limita-se a ver cessada a execução em seu desfavor, nada mais do que isso. Já se exemplificou as repercussões práticas: o sucumbente de ação de usucapião que, em virtude da declaração da aquisição da propriedade pelo autor foi condenado à indenização dos frutos percebidos, poderá rescindir a sentença para evitar a execução de sua eficácia condenatória, mas não para alterar o resultado constitutivo da decisão. O *judicium rescissorium* está limitado pelo *judicium rescindens*, e a eficácia constitutiva não foi rescindida.

Dessa forma, o rejuízo da causa apenas poderá ser provocado pelo exequente, réu da rescisória, que deverá requerê-lo expressamente na sua contestação. É nessa oportunidade em que, pelo princípio da eventualidade (art. 336, do CPC/15), ele deverá não apenas apresentar as razões de fato e de direito pelas quais entende que a decisão rescindenda não deva ser rescindida, mas, também, aquelas pelas quais, caso isso aconteça, a condenação deva ser restaurada. Não havendo, na contestação, o pedido expresso de rejuízo para apreciação dos fundamentos alegados para a procedência do seu pedido na ação originária, mas não analisados pela decisão rescindida, restará a questão preclusa e não poderá o órgão judicial proceder *ex officio* ao *judicium rescissorium*.

Apenas com a apresentação desse pedido pelo réu da rescisória é que será facultado ao seu autor, em impugnação à contestação, invocar as razões de fato e de direito pelas quais entende improcedente o juízo rescisório, incluindo aí aqueles fundamentos apresentados na ação originária e que foram rejeitados ou não apreciados.

Percebe-se, então, que toda a ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15 gira em torno da produção de efeitos da decisão condenatória após a declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica. Se o juízo rescindente se presta a afastar a sua execução, o juízo rescisório pode se servir para restaurá-la.

4.4 Prazo decadencial

A disciplina do prazo decadencial relativo ao exercício da pretensão rescisória prevista pelos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15, ostenta uma singularidade que a torna diferente de todas as demais hipóteses rescisórias do art. 966, do mesmo diploma legal. O prazo em si é de dois anos, a exemplo de todas suas congêneres no direito brasileiro. Entretanto, o seu termo *a quo* é móvel, na medida em que o biênio somente começa a correr a partir do trânsito em julgado da decisão do STF que declara a inconstitucionalidade da norma jurídica em que se baseou a sentença, sendo, portanto, independente da data do trânsito em julgado dessa última.

Essa circunstância não seria, por si só, uma novidade capaz de suscitar maiores palpitações no coração do intérprete. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro já conhece outras hipóteses de prazos com termo inicial móvel, os quais, diga-se, são consentâneos com a variante subjetiva da teoria da *actio nata*⁴²⁵, já que apenas se iniciam no momento em que o interessado toma ciência de seu direito e se vê capaz de exercitá-lo; a partir daí, e não antes, é que se pode afirmar a sua inércia relevante para a prescrição ou decadência. Exemplo de uma disciplina semelhante se encontra na própria ação rescisória, mas com fundamento na descoberta pelo autor de prova nova, “cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”⁴²⁶ (art. 966, inciso VII, do CPC/15), em que o termo inicial do prazo se identifica com a descoberta dessa nova prova.

⁴²⁵ “Parte da doutrina, também amparada em julgados e em súmula do STJ, defende que a *actio nata* deve observar um critério subjetivo, baseado no conhecimento pelo titular do direito acerca da lesão e do seu autor. Assim, não basta surgir a ação (*actio nata*), mas é necessário o conhecimento do fato. [...] Segundo essa corrente, sem que a parte tenha conhecimento da violação ao seu direito e do autor da lesão, o não exercício da pretensão não pode ser considerado como inércia, a justificar o início do prazo prescricional [...] Subordinar a contagem do prazo extintivo ao conhecimento da violação do direito por seu titular, somente pode vir em princípio, ser autorizada pela própria lei.” (THEODORO JR., Humberto. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 30/34).

⁴²⁶ Essa hipótese rescisória, sucessora da antiga rescisória baseada em documento novo, é uma clara resposta do legislador aos anseios da corrente doutrinária relativizadora da coisa julgada, que se inquietava com a possibilidade de a estabilidade processual impedir o uso da prova técnico-científica do exame de DNA para revisar ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por falta de provas. Três aspectos devem ser observados quanto à regulamentação dada pelo novo CPC ao tema: (1) ao contrário da jurisprudência do STF e do STJ, o legislador não se sentiu confortável em possibilitar ao interessado a revisão do julgado de forma temporalmente ilimitada, motivo pelo qual após à rescisória o prazo objetivo máximo de cinco anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda; (2) a incidência da

Há, porém, uma distinção relevante entre as situações: na rescisória por prova nova, o código prevê um segundo prazo, maior, contado do trânsito em julgado da sentença rescindenda. Isso significa que, embora haja um prazo subjetivo de dois anos para o exercício do direito de rescindir a decisão, contado da data da descoberta da prova nova, conjuga-se um segundo prazo capaz de fazer decair esse direito, contado objetivamente e que confere um limite máximo ao primeiro.

Na Alemanha, a regulamentação geral da prescrição das pretensões cíveis segue essa lógica, de conjugação de dois prazos, um subjetivo, menor e móvel, e um objetivo, maior e fixo, esse último denominado de prazo máximo (*Höchstfrist* ou *Maximalfrist*⁴²⁷), nos termos dos § 195, c/c 199, (1) e (3), do Código Civil alemão (*Bürgerlichesgesetzbuch* - BGB⁴²⁸). Essa disciplina repercute na ação rescisória (*Wiederaufnahme des Verfahrens*), cujo prazo para ajuizamento é de um mês, contado da data em que parte toma ciência dos fundamentos para a impugnação, limitada a rescisão, também, ao prazo máximo de cinco anos a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda, nos termos do § 586, (1) e (2), do Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung* - ZPO⁴²⁹).

regra em comento, que se mostra clara quanto ao exame de DNA e em relação às decisões transitadas em julgado em determinado contexto histórico, em que a prova não se encontrava acessível à generalidade dos litigantes, parece perder essa clareza à medida em que o acesso à essa prova se democratiza, o que traz, cada vez mais, o ônus ao autor de demonstrar que não pode fazer uso dela durante o processo; (3) embora a redação literal do art. 966, inciso VII, do CPC/15, refira-se à descoberta de prova nova pelo autor, não parece haver qualquer justificativa plausível para vedar a que o réu faça uso dessa ação rescisória, se preencher os demais requisitos; do contrário, ter-se-ia indevida e odiosa discriminação pelo legislador.

⁴²⁷ LEENEN, Detlef. *Die Neuregelung der Verjährung*. In *JuristenZeitung* 56. Jahrg., n. 10, Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 30./31. März 2001 in Berlin (18. Mai 2001), p. 552-560.

⁴²⁸ § 195: o prazo prescricional regular é de três anos; § 199: (1) O prazo prescricional regular começa, se não houver outra disposição aplicável, no final do ano em que 1. surgiu a pretensão e 2. o autor tomou ciência, ou sem grosseira negligência deveria ter tomado ciência, das circunstâncias que fundamentam a pretensão ou da pessoa do réu; (3) outras pretensões indenizatórias prescrevem 1. Independentemente de conhecimento ou grosseira negligência, em dez anos do seu surgimento (§ 195: *Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre*; [...] § 199: (1) *Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres, in dem 1. der Anspruch entstanden ist und 2. der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste*; [...] (3) *Sonstige Schadensersatzansprüche verjähren 1. ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an und [...]*).

⁴²⁹ § 586, ZPO: (1) As ações devem ser propostas dentro do decurso do prazo de um mês; (2) O prazo começa no dia em que parte tomou ciência dos fundamentos de impugnação, embora não antes da formação da coisa julgada da decisão. Após o decurso de cinco anos, contados do dia do trânsito em julgado, as ações são inadmissíveis. (§ 586, ZPO: (1) *Die Klagen sind vor Ablauf der Notfrist eines Monats zu erheben*. (2) *Die Frist beginnt mit dem Tag, an dem*

Entretanto, o CPC/15 não estendeu à rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, a mesma disciplina do duplo prazo decadencial alemão, já aplicada à aquela do art. 966, inciso VII.

Essa circunstância tem causado preocupações na doutrina, quanto à possível violação da segurança jurídica derivada da possibilidade de se submeter a coisa julgada a uma rescindibilidade praticamente indefinida no tempo, a considerar que a sua causa, isto é, a declaração de inconstitucionalidade de norma pelo STF, não possui qualquer limitação temporal em termos de prescrição ou decadência. A bem da verdade, todo o presente trabalho foi motivado, de início, pela perplexidade causada pela ausência de um prazo máximo (*Höchstsfrist*) aplicável à rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15. Felizmente, as inquietações foram aplacadas após o aprofundamento do estudo dessa notável inovação da legislação processual. O mesmo, porém, não ocorreu com Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, tampouco com Marcelo Veiga Franco, os quais, por isso, pretenderam dar interpretações mais ortodoxas aos dispositivos, a fim de adequá-los à exigência de segurança jurídica.

Deveras, os dois primeiros estranharam a circunstância de que o CPC/15 teria, ao seu ver, previsto dois prazos decadenciais para a rescisão da sentença: um contado do seu trânsito em julgado e outro contado a partir da decisão do STF. Afirmam, porém, que “a pretensão rescisória extinta pela decadência não pode renascer pela decisão futura do STF” e, assim, para dar constitucionalidade do dispositivo, o prazo da rescisória somente poderia ser iniciado a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, “se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda”. Nelson e Rosa Nery entendem, então, que “o que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso”⁴³⁰.

Já Marcelo Franco também defende que, para os fins da rescisória em comento, a decisão do STF tenha que se dar dentro do biênio contado do trânsito

die Partei von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urteils. Nach Ablauf von fünf Jahren, von dem Tag der Rechtskraft des Urteils an gerechnet, sind die Klagen unstatthaft.)

⁴³⁰ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1487.

em julgado da decisão rescindenda. Acrescenta, ainda, uma nota ainda mais conservadora: também a propositura da ação rescisória deve se dar nesse mesmo período, não se admitindo, portanto, o citado alargamento desse prazo por mais dois anos⁴³¹.

Com a devida vênia, os autores não fazem jus a melhor interpretação dos dispositivos. De plano, percebe-se que Marcelo Veiga Franco se limita a lhes conferir a mesma disciplina da regra geral do art. 975, *caput*, do CPC/15, ou seja, a de um prazo decadencial de dois anos contados a partir do termo inicial fixo do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Entretanto, já se viu que a regra de um termo inicial móvel não é estranha à legislação processual brasileira, de modo que não se pode simplesmente ignorar a escolha do legislador, fazendo tábula rasa da redação literal dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15. Não apenas essa disciplina não é extravagante, como, à luz da *actio nata*, é possível afirmar que nenhuma outra seria coerente. Efetivamente, se o legislador quis alçar a superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica à condição de causa rescisória, é forçoso admitir que o direito do interessado à rescisão só surge com a ocorrência desse evento incerto e futuro.

O problema – se é que existiria algum – estaria na ausência do prazo máximo objetivo, e não no prazo móvel subjetivo. Aliás, é de se mencionar que a rescisória em análise não é a única em que o fenômeno é verificável: também aquela fundada na simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei (art. 966, inciso III, do CPC/15), tem o termo inicial móvel, contado, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não intervieram no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão, sem a fixação de qualquer prazo máximo objetivo (art. 975, §3º, do CPC/15). Não se tem notícias, a princípio, de que a mesma inquietação suscitada pelos arts. 525, §15, e 535, §8º, tenha sido gerada pelo art. 975, §3º, embora esse último possa ser consideravelmente mais perigoso para a segurança jurídica.

⁴³¹ FRANCO, Marcelo Veiga. *Algumas reflexões sobre o termo inicial do prazo decadencial de ajuizamento de ação rescisória no Código de Processo Civil de 2015*. In JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Norato; LANNA, Helena. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 306.

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery pautam suas reflexões por uma premissa equivocada, que os leva a uma conclusão inaplicável. O erro inicial é entender que a rescisória do arts. 525, §15, e 535, §8º, contaria com dois prazos decadenciais. Ora, isso não é verdade e é justamente a circunstância de que a redação legal claramente previu apenas o prazo subjetivo móvel, sem a conjugação do objetivo fixo, que motiva tanta controvérsia em relação aos dispositivos. De uma falsa premissa não poderia advir conclusão verdadeira. Dessa primeira impressão, isto é, da suposta existência de dois prazos aonde só existe um, retiram os respeitáveis autores a conclusão de que a pretensão rescisória já extinta pelo decurso do primeiro prazo não poderia ser renovada pelo início do segundo. Ora, é de se concordar plenamente que um direito decaído não pode ser revivido, nem mesmo pela edição de uma lei que previsse a sua ressurreição, em razão da vedação à sua retroatividade: em lição clássica de direito intertemporal, já se ensina que lei nova não pode renovar pretensão já fulminada pela prescrição⁴³², o que se aplica integralmente ao direito potestativo já decaído. Entretanto, a conclusão, em geral verdadeira, não é aplicável ao caso em análise. Como visto, a pretensão nunca foi extinta, porque sequer teve início o decurso do único prazo decadencial previsto por lei, que tem como termo *a quo* o trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade pelo STF e não o trânsito em julgado da decisão rescindenda⁴³³.

Isso significa que não se enxerga qualquer problema, em termos de segurança jurídica, com a previsão de uma hipótese rescisória dotada de prazo decadencial com termo inicial móvel, sem que se lhe agregasse um segundo, objetivo e máximo? A resposta é negativa e como já adiantado, a circunstância foi o móvel de todo o presente trabalho. Todavia, tanto a redação dos 525, §15, e 535, §8º, que se refere à rescisão da “decisão exequenda”, quanto a sua localização topográfica, no título do “cumprimento de sentença”, revelam que a

⁴³² THEODORO JR., Humberto. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 207.

⁴³³ Socorre-se, ainda, da lição de Pontes de Miranda, que afirmou, sobre o prazo da ação rescisória fundada em falsidade documental: “A sentença criminal que declara falsa a prova pode ocorrer dentro do prazo para preclusão normal ou depois. Entenda-se o trânsito em julgado. Se transita em julgado dentro do prazo dos dois anos, é de discutir se (a) se só se inicia a contagem desde que passou em julgado a sentença criminal, ou (b) se continua a correr o prazo bienal. Se posterior, a questão cifra-se em (c) se saber se se abre novo prazo. Se há afirmativa quanto (a), se está resolvido; se (b) tem-se ainda discutir se (c). A opinião verdadeira é (a) e (c). Aliás, não se abrirá o prazo preclusivo.” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 373).

rescindibilidade não é ilimitada, mas encontra seu limite pragmaticamente, e não temporalmente: o cerne da hipótese liga-se à existência de uma execução em curso. Enquanto perdurar a execução, entende-se como pendente a relação jurídica, que não exauriu, ainda, todos os seus efeitos e, por isso, haverá espaço para o surgimento do evento futuro e incerto ao qual o ordenamento jurídico conferiu a relevância de impactar a decisão, constituindo-se causa de sua rescisão. Por outro lado, encerrada a execução, ainda que a declaração de inconstitucionalidade da norma sobrevenha com menos de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda, não haverá espaço para a rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, porque a relação estará exaurida e não restará eficácia condenatória a ser rescindida⁴³⁴. Em outras palavras, o que impede a rescindibilidade ilimitada não é um prazo máximo objetivo (*Höchstsfrist*) e sim a própria *fattispecie* processual da rescisão, que exige a pendência da execução.

Afastadas quaisquer incompreensões quanto ao cabimento do prazo decadencial previsto pelo novo CPC, que deverá ser aplicado na sua literalidade, resta, ainda, uma última consideração a ser feita. É que os §§12 e 5º dos arts. 525 e 535, preveem, respectivamente, a possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade de norma, ensejadora da rescisão, ser proferida pelo STF, tanto em controle concentrado, como em controle difuso. Com isso, não seria de se espantar que o interessado invocasse, em seu favor, a renovação do prazo decadencial, a cada vez que o STF reiterasse o seu entendimento sobre a inconstitucionalidade da norma, em controle difuso. Entretanto, essa linha de pensamento deve ser prontamente rechaçada. O prazo terá início logo na primeira vez em que a corte constitucional se pronunciar, de forma vinculante e como *ratio decidendi*, sobre a inconstitucionalidade da norma. Eventuais reiterações da jurisprudência não terão o condão de dilatar ou renovar o prazo, que é fatal e não se suspende, nem se altera.

⁴³⁴ Poder-se-ia discutir se, nessa última hipótese, seria cabível outra espécie rescisória, como a do art. 966, inciso V, do CPC/15. A discussão não cabe no presente momento, sendo bastante a conclusão de que a rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, certamente será inadmissível.

4.5 Direito intertemporal

Ainda que o CPC/15 não tivesse feito qualquer regulamentação expressa de direito intertemporal, já se poderia concluir, pelos princípios aplicáveis ao tema, que a ação rescisória dos arts. 525, §15 e 535, §8º, somente seria aplicável às decisões que transitarem em julgado após a vigência do novo código⁴³⁵. Isso porque, em se tratando de rescisória, o seu regime segue aquele da coisa julgada, isto é, a disciplina legal pertinente ao tempo do trânsito em julgado da decisão rescindenda⁴³⁶. Essa visão é consentânea com a consideração da ação rescisória como integrante do sistema processual da coisa julgada.

Entretanto, o legislador reformista parece ter feito mais do que era necessário e, com isso, ter produzido implicações normativas para além do que seria esperado. Eis a redação do art. 1.057, do CPC/15:

O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7º e 8º, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Ora, para o fim de garantir que a ação rescisória somente seria cabível em face das sentenças transitadas em julgado após a entrada em vigor do CPC/15, bastaria fazer menção aos §§15 e 8º dos arts. 525 e 535, respectivamente. Mesmo isso já seria de todo desnecessário, pois esse entendimento já adviria dos próprios princípios implícitos de direito intertemporal. Portanto, a referência, também, ao disposto nos §§14 e 8º dos mesmos artigos parece indicar algo mais.

Referidos parágrafos estabelecem que, para caber a impugnação ao cumprimento de sentença, a decisão do STF deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. Sob a égide do CPC/73, não havia uma tal disposição e reinava séria controvérsia sobre a possibilidade de utilização da impugnação e dos embargos dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo

⁴³⁵ TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo constitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 380/381.

⁴³⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 163.

único, quando a declaração de inconstitucionalidade houvesse sido posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Assim, ainda que por via indireta, o legislador reformista parece ter anuído com essa possibilidade. Ora, o art. 1057 determina que as normas que a proíbe, isto é, os §§14 e 8º, dos arts. 525 e 535, não se aplicam às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor do CPC/15 e que, ao contrário, aplicam-se aquelas dos arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73, que não continham tal proibição. Em outras palavras, o CPC/73 não distinguia a anterioridade / superveniência da declaração de inconstitucionalidade e as normas do CPC/15, que o fazem, apenas se aplicam às sentenças transitadas em julgado após sua entrada em vigor.

Até pode ser verdade, como querem Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, que o CPC/15 tenha operado persuasivamente em relação ao STF⁴³⁷, que julgou que apenas por ação rescisória se poderia rescindir as decisões com base em declaração superveniente de inconstitucionalidade. O julgamento do STF significou que o cabimento da impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução (arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73 e arts. 525, §§12 a 14 e 535, §§5º a 7º, do CPC/15) está limitado às hipóteses de declaração de inconstitucionalidade anterior ao trânsito em julgado⁴³⁸. Entretanto, tal persuasão, se existente, foi apenas parcial, porque limitada à confirmação da regra dos §§14 e 8º, dos arts. 525 e 535, respectivamente, sem remissão à regra do art. 1057.

Na verdade, a norma de direito intertemporal do novo código parece ter a eficácia de restringir o precedente do STF: a corte formulou uma tese (impugnação e embargos apenas são admissíveis quando a declaração de inconstitucionalidade for anterior ao trânsito em julgado) cabível para situações A (decisões transitadas em julgado antes da entrada em vigor do CPC/15) e B (decisões transitadas em julgado depois da entrada em vigor do CPC/15); já a norma do art. 1057 estabelece que essa mesma tese apenas se aplica à situação

⁴³⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 15ª edição. V. 3. Salvador: Juspodivm, 2018.

⁴³⁸ 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; RE 611503, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-053 DIVULG 18-03-2019 PUBLIC 19-03-2019.

B, sendo que, para A, aplica-se a disciplina o código revogado, que silenciou sobre a matéria. O novo CPC, então, se lido como um todo, ostenta a muito peculiar posição de, ao mesmo tempo, confirmar a interpretação do STF para as decisões transitadas em julgado após a vigência do CPC/15 e negar a mesma interpretação quanto às decisões transitadas em julgado anteriormente.

É lícito esperar que o STF vá reafirmar os precedentes da ADI nº 2418 e RE nº 611503, para admitir a aplicação dos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73, apenas quando a declaração de inconstitucionalidade da norma for anterior ao trânsito em julgado, o que representa, por sua vez, a aplicação da norma contida dos §§14 e 7º, dos arts. 525 e 535, do CPC/15 justamente às situações em que o art. 1057 pretende vedar. Por conseguinte, o raciocínio, se mantida a coerência pretoriana, importará a declaração de inconstitucionalidade do art. 1057, com a redução do texto legal onde ele se refere aos §§14 e 7º, dos arts. 525 e 535, a fim de que a norma neles contida, compatível com a jurisprudência constitucional do STF, se aplique também ao disposto nos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73.

4.6 A relação da ação rescisória em estudo com a impugnação ao cumprimento de sentença e com a ação rescisória por violação de norma jurídica

A comparação da ação rescisória prevista pelos arts. 525, §15º, e 535, §8º, do CPC/15 com a impugnação ao cumprimento de sentença dos §§12 e 5º dos mesmos dispositivos, bem como com a rescisória por violação de norma jurídica, insculpida no art. 966, inciso V, do CPC/15, não somente é frequente, mas, em verdade, é inevitável. O primeiro raciocínio deriva da verificação de que ambos os mecanismos são fruto de uma depuração do antigo art. 741, parágrafo único, do CPC/73, tronco comum dessas duas ramificações. Já a segunda linha de pensamento parte da constatação da grande similitude dos fundamentos das ações rescisórias, que envolveriam a violação de uma norma jurídica. Cumpre colocar essas ideias à prova, para saber em que medida há de fato as semelhanças apontadas e, também, de que maneira os instrumentos se diferenciam.

Ainda na vigência do CPC/73, existia uma intensa rejeição na doutrina e na jurisprudência à permissão de que a impugnação ao cumprimento de

sentença ou os embargos à execução pudessem ser utilizados para a invocação de uma mudança no estado de direito ou da cristalização da jurisprudência em precedentes obrigatórios após a formação da coisa julgada. Como já afirmado alhures, a redação dos arts. 475-L, §1º, e do art. 741, parágrafo único, não distinguia a anterioridade e superveniência da declaração de inconstitucionalidade em relação ao trânsito em julgado da decisão exequenda. O STF, ao julgar constitucionais esses dispositivos, estabeleceu-lhes a exigência exegética de que a declaração de inconstitucionalidade fosse anterior à formação da *res judicata*⁴³⁹, porque a quebra dessa deve se dar, conforme se expressou o Min. Gilmar Mendes, “ortodoxamente mediante ação rescisória”⁴⁴⁰.

Dessa forma, paira sobre a processualística brasileira a máxima de que a quebra da coisa julgada apenas pode se dar por meio de ação rescisória. Esse enunciado foi utilizado para justificar a delimitação do cabimento dos embargos à execução e da impugnação ao cumprimento de sentença aos vícios preexistentes da sentença, ou seja, aos casos em que a declaração de inconstitucionalidade tenha sido anterior ao trânsito em julgado. Tanto assim que houve quem considerasse que a norma restritiva dos §§14 e 7º dos arts. 525 e 535, respectivamente, tenha corrigido o principal problema do art. 741, parágrafo único, do CPC/73⁴⁴¹, com o que se “retornou ao sistema clássico”⁴⁴².

Ora, em que medida esse raciocínio faz sentido? Sabe-se que a coisa julgada apresenta a eficácia preclusiva, o que significa dizer que a estabilidade cobre o deduzido e o dedutível. É dizer, preclui-se não apenas o que foi efetivamente debatido e expressamente decidido, como o que foi alegado, mas não apreciado, bem assim aquilo que sequer foi objeto de alegação e, por isso, não foi decidido. A questão constitucional certamente se inclui no bojo daquilo que sujeito à eficácia preclusiva da coisa julgada, como, aliás, já se demonstrou anteriormente (item 2.5.4). Dessa forma, a invocação de inobservância de precedente anterior ao trânsito em julgado, para o fito de oposição à execução

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015, p. 44.

⁴⁴¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 192/197.

⁴⁴² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1740.

ou revisão do julgado, não representa quebra maior ou menor da coisa julgada do que a alegação de superveniência de um precedente em sentido contrário⁴⁴³. Aliás, no caso de vício contemporâneo à formação do título judicial, com maior razão se afirmaria a preclusão da matéria. É fundamental perceber, então, que, em ambos os casos, há quebra da coisa julgada, por meio da negação de sua eficácia preclusiva.

Chega-se a um paradoxo: a conclusão de que apenas seriam cabíveis os embargos e a impugnação ao cumprimento de sentença para invocação de matéria anterior ao trânsito em julgado foi feita para “restabelecer o sistema”, o qual é regido pela máxima de que apenas por ação rescisória se pode quebrar a coisa julgada. Entretanto, também esses instrumentos realizam a quebra da coisa julgada, porque representam a alegação de matéria à toda evidência inserida no deduzido e dedutível e, portanto, preclusa pela coisa julgada. Nada obstante a conclusão esteja em confronto com as premissas, o art. 741, parágrafo único, do CPC foi julgado constitucional. A estranha circunstância não é de todo incompreensível, nem se afigura errada, à luz da Constituição. Para demonstrá-lo, basta realinhar os conceitos envolvidos e esclarecer o verdadeiro parâmetro do controle de constitucionalidade realizado.

Aprofundando-se no raciocínio, cumpre investigar a relação que se estabelece entre a eficácia preclusiva da coisa julgada e as hipóteses rescisórias, para logo se perceber como estão intimamente conectadas. A primeira dita que as matérias contidas no objeto do processo, tanto real quanto virtualmente, não podem ser levantadas para pretender modificar a conclusão da sentença. Já a segunda refere-se a matérias que, malgrado possam ter sido

⁴⁴³ “É certo que as regras gerais sobre a oposição à execução permitem, entre outros fundamentos para este efeito irrelevantes, que o executado alegue qualquer fato extintivo ou modificativo, desde que seja posterior ao encerramento da discussão no processo de declaração e se prove por documento. Mas, em rigor, nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral se subsume nesta hipótese. A declaração de inconstitucionalidade limita-se a verificar uma circunstância de natureza legal impeditiva do direito alegado pelo autor no processo declarativo e que, como tal, já poderia ter sido invocada pelo réu antes do trânsito em julgado da sentença. Por isso, mesmo que o tribunal não se tenha pronunciado sobre a questão de inconstitucionalidade, a verdade é que [...] o caso julgado cobre o deduzido e do dedutível. a questão da inconstitucionalidade da norma aplicada podia a partida ter sido feita valer no anterior processo e, assim sendo, a admissibilidade da sua ulterior invocação em sede de execução da sentença constituiria uma notável exceção ao princípio de que o caso julgado como deduzido e o dedutível.” (MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 569/570).

debatidas ou não no curso do processo, são elevadas à condição de causas de pedir de uma ação impugnativa autônoma, destinada a quebrar a coisa julgada. Com isso, tem-se que a eficácia preclusiva da coisa julgada veda a invocação de qualquer matéria para pretender alterar a decisão transitada em julgado, salvo aquelas taxativamente arroladas como causas de rescisória, que poderão ser alegadas na via própria para desconstituir a *res judicata*. Dessa forma, toda hipótese rescisória é, em si mesma, uma exceção à eficácia preclusiva da coisa julgada.

A conclusão é coerente com a visão do fenômeno rescisório como integrante do sistema processual da coisa julgada e equivale a dizer que existem hipóteses de rescisão para além da ação rescisória. Não se vai ao longe de, confundindo continente e conteúdo, dizer que toda exceção à eficácia preclusiva é, por si só, uma hipótese rescisória. Mas o raciocínio anterior autoriza, sem maiores dificuldades, a denominar, junto com Zavascki, de embargos à execução com eficácia rescisória o instrumento previsto no art. 741, parágrafo único, do CPC/73. Trata-se, efetivamente, de um mecanismo rescisório, porque faculta ao interessado quebrar a coisa julgada, por meio da invocação, após o trânsito em julgado, de alegação coberta pela sua eficácia preclusiva.

Com isso, afasta-se a contradição de entender ortodoxamente necessária a ação rescisória para quebrar a coisa julgada e, ao mesmo tempo, considerar constitucional o dispositivo que prevê a sua quebra por meio distinto da ação rescisória. A frase deveria apenas ser reformulada para expressar ser ortodoxamente necessária a rescisão para quebrar a coisa julgada. Como é pressuposto indispensável de qualquer hipótese rescisória a taxatividade legal, a fim de que integre o sistema processual da coisa julgada e seja com ele harmônico, seria admissível que a lei criasse um tal mecanismo, como os embargos do art. 741, parágrafo único, e lhe dotasse da aptidão para rescindir a decisão, embora sem receber o procedimento, tampouco o *nomen juris*, da ação rescisória. O mais importante, repisa-se, é que se cuide de mecanismo expressamente previsto pelo direito positivo e que guarde observância da segurança jurídica, a qual norteia e fundamenta todo o sistema processual da coisa julgada.

A formulação teórica dos conceitos se presta à recondução de coerência à doutrina e à jurisprudência sobre o tema, mas não logra esgotá-lo,

especialmente porque não se presta a explicar esse sentimento difuso de que “é preciso dar mais proteção à coisa julgada que surgiu em um momento anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal”⁴⁴⁴. Esse pensamento repercutiu nas decisões dessa corte constitucional, que limitou o cabimento dos embargos aos casos em que a declaração de inconstitucionalidade é anterior ao trânsito em julgado, julgando-lhe constitucional, mas não ousou concluir o mesmo para a hipótese de declaração superveniente. A ideia também influenciou as escolhas do legislador, que fixou regra expressa para tanto (arts. 525, §14, e 535, §8º, do CPC/15). Por que, se ambas as situações representam quebra da coisa julgada, uma precisa de maior proteção do que a outra?

A dúvida leva a uma constatação da maior relevância, para os fins desse trabalho: não é a proteção da coisa julgada, em si e para si, que orienta a análise do fenômeno rescisório à luz da Constituição, mas é a proteção da segurança jurídica, da qual a *res judicata* é instrumento, que dá o sinal da sua constitucionalidade. O sentimento, difuso e inefável da doutrina e da jurisprudência, pode ser condensado na noção de que, embora as hipóteses dos §§ 12 e 15, do art. 525, e 5º e 8º, do 535, do CPC, representem, em última análise, idêntica quebra da estabilidade e subtração da eficácia preclusiva da coisa julgada, a segurança jurídica não é vulnerada da mesma maneira.

A temporalidade é essencial em qualquer análise de segurança jurídica: por isso se exige, para uma situação, ação rescisória e, para a outra, satisfaz-se com a impugnação ao cumprimento de sentença. Sendo a declaração de inconstitucionalidade anterior ao trânsito em julgado, incumbirá ao interessado, ao ensejo da execução, alegar essa circunstância logo na primeira oportunidade e o próprio juiz da execução decidirá a questão. A declaração posterior representa evento futuro e incerto, motivo pelo qual, se ocorrer, facultará ao interessado ajuizar ação própria, cujo procedimento é muito mais garantista: a competência é originária dos tribunais, a cognição é exauriente e há, ainda, o pressuposto de procedibilidade do depósito prévio, que inibe a litigância de má-fé.

Eis, então, as semelhanças e diferenças entre os mecanismos disciplinados pelos arts. 525, §§12 e 15, e 535, §§5º e 8º, do CPC/15. Ambos

⁴⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual*. 13ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 548.

operam a rescisão da decisão exequenda e, por isso, integram o sistema processual da coisa julgada, mas não são tributários da segurança jurídica da mesma maneira e, pois, não se equivalem nem são de qualquer maneira fungíveis⁴⁴⁵.

A rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15 também guarda afinidade com a do art. 966, inciso V, embora seja fundamental distingui-las. De plano, percebe-se que ambas estabelecem como causa rescisória a circunstância de a sentença se basear (*beruhen*) em aplicação objetivamente equivocada de norma jurídica. Contudo, da mera afinidade não se pode extrair completa identidade, como faz Talamini, ao asseverar que os dispositivos localizados no título do cumprimento de sentença “apenas preveem uma regra especial de prazo rescisório” e “não estabelecem um fundamento rescisório novo, em relação ao elenco previsto no art. 966”⁴⁴⁶. Correto, no ponto, Marcelo Barbi, para quem os arts. 515, §15, e 535, §8º, do CPC/15 “trazem uma nova hipótese de cabimento de rescisão da coisa julgada que não se enquadra no art. 966, inciso V”⁴⁴⁷.

De fato, já se viu que o prazo decadencial diferenciado não é fruto de uma arbitrariedade – que parece ser a consequência do pensamento de Talamini, ao defender que as duas hipóteses são idênticas, mas sujeitas a prazos distintos – mas é coerente com a teoria subjetiva da *actio nata*: o fundamento da ação rescisória dos arts. 525 e 535 não é apenas a violação de norma jurídica, mas uma contrariedade verificável com suporte em interpretação vinculante do STF

⁴⁴⁵ É de se pontuar, ainda, com relação à impugnação ao cumprimento de sentença, que ela não reabre integralmente o processo ou permite o ajuizamento de nova ação, como pretenderam alguns (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún.* In Revista do Advogado, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005, p. 161.), mas se limita à rescisão da eficácia condenatória da decisão exequenda. Quanto ao juízo rescisório, limitado - como já se referiu em tópico próprio (item 4.3) - à rediscussão dos fundamentos não apreciados e que poderiam levar à manutenção da decisão condenatória, parece que seria devolvido ao juízo da fase de conhecimento.

⁴⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 380.

⁴⁴⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC*. In DIDIER JR., Fredie; CABRA, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 352.

e, por isso, o direito à rescisão nasce com o trânsito em julgado do pronunciamento da corte constitucional e não da decisão rescindenda.

Marcelo Barbi fala, então, que duas outras circunstâncias, além do prazo decadencial, permitiriam diferenciar as hipóteses: a assimetria temporal entre a decisão rescindenda e o paradigma de controle e a natureza da norma jurídica controlada⁴⁴⁸. Razão lhe assiste, quanto à ambas, mas convêm acrescentar uma outra: para fins dos arts. 525 e 535, a decisão deve estar em execução, circunstância não exigida para aquela do art. 966. Dessa quarta circunstância diferencial, é extraível ainda uma quinta diferença entre os dispositivos: os primeiros permitem a rescisão apenas da eficácia condenatória em execução, mas ainda não executada, no momento do ajuizamento da ação, enquanto o artigo geral da ação rescisória não distingue entre as eficácias da sentença, sendo-lhe irrelevante se ela já foi executada, está em execução ou sequer é executável.

Diante de tantas e tão relevantes distinção na disciplina das duas ações rescisórias, não se pode afirmar que sejam iguais, mas impõe reconhecê-las como institutos autônomos.

Além disso, a ação rescisória do art. 966, inciso V, do CPC/15 concorre com a impugnação ao cumprimento de sentença dos arts. 525, §12 e 535, §8º, quando há inobservância de declaração vinculante de inconstitucionalidade de norma antes do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Não se pode, todavia, dizer que são instrumentos idênticos, pois, logo de plano, vê-se que um permite a ampla revisão da integralidade da sentença, enquanto o outro está limitado à eficácia condenatória em execução.

⁴⁴⁸ A conclusão do autor, assim enunciada, esta correta e com ela se pode concordar. No desenvolver de sua explicação, porém, consta uma ligeira incorreção, que deve ser apontada. Marcelo Barbi fala que a rescisão do art. 966, inciso V, pode partir da constatação de violação a norma jurídica legislativa, costumeira e jurisprudencial, ao passo que aquela dos arts. 525 e 535 pressupõe a violação de direito jurisprudencial constitucional do STF. É feliz a verificação de que a segunda hipótese é mais restritiva do que a primeira, pois exige interpretação vinculante do STF sobre questão constitucional, enquanto a primeira se satisfaz com a violação de norma infraconstitucional. Entretanto, parece impróprio o elenco de categorias autônomas como “norma legislativa” e “norma jurisprudencial”. Ora, não se consegue divisar duas figuras como essas nas fontes do direito. O que existe é texto legal, de onde se extrai hermeticamente a norma jurídica e, adiante, pode haver a jurisprudência, que fixa uma determinada interpretação do texto legal e configura a norma jurídica. É impensável, portanto, uma “norma jurisprudencial” que não seja, ao mesmo tempo, “norma legislativa”, a não ser que se admita que a atividade dos tribunais é discricionária e não se encontra vinculada à lei.

O reconhecimento da distinção e autonomia dos instrumentos processuais citados, malgrado a semelhança de seu fundamento, não é tarefa inócua, que atende a um fetichismo dogmático classificatório, mas tem relevantes repercussões práticas, como se verá a seguir.

4.6.1 A inaplicabilidade da Súmula nº 343, do STF

A ação rescisória do art. 966, inciso V, do CPC/15 pressupõe a ocorrência de um equívoco na aplicação de direito objetivo pela sentença, de modo tão aberrante que, mesmo tendo havido a possibilidade de as partes tê-la impugnado no curso do processo, admite a lei, em atenção à natureza teratológica do erro, seja a eficácia preclusiva da coisa julgada suplantada para corrigi-lo. É bastante discutível a conveniência de uma tal abertura à intangibilidade da coisa julgada. De todo o modo, o direito processual já convive, de longa data, com essa disposição, relacionada, à época do CPC/73, à violação de literal disposição de lei (art. 485, inciso V). No novo código, a redação foi aperfeiçoada para fazer remissão à violação manifesta de norma jurídica, o que é mais próprio, porque não se poderia realmente violar o texto da lei - só se se rasgasse a versão impressa do *vade mecum* – mas apenas se pode agredir a norma jurídica, fruto da interpretação do texto legal.

Com o fortalecimento de um sistema de precedentes vinculantes, passou-se a discutir a aplicação dessa hipótese rescisória aos casos em que a decisão tenha adotado uma interpretação dissonante daquela fixada pelos tribunais superiores. Entretanto, como o legislador falava em violação à “literal disposição de lei” e, hoje, em “violação manifesta de norma”, não poderia ser toda e qualquer contrariedade da decisão rescindenda com a jurisprudência que autorizaria a medida excepcional da rescisão. Seria preciso, como visto, que o erro fosse aberrante, teratológico, diferente, portanto, da situação em que a decisão rescindenda tivesse adotado uma razoável interpretação da lei, a qual, todavia, não tenha ganhado a adesão dos tribunais superiores, cuja exegese rumou em outra direção.

Foi editada, então, a Súmula nº 343, do STF, que dispõe que:

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

O verbete sumular, que objetiva orientar e pacificar o entendimento jurisprudencial sobre o tema, não logrou sepultar a discussão sobre o cabimento da ação rescisória. Embora o STF tenha realizado julgamento paradigmático em 2014, fixando que ação rescisória não é sinonímia de uniformização de jurisprudência⁴⁴⁹ e que, portanto, “divergência jurisprudencial não enseja ação rescisória”⁴⁵⁰, logo verificou-se divergência, na própria corte constitucional, quanto ao alcance desses enunciados.

Deveras, vários julgados do STF decidiram que “a Súmula 343 deve ser afastada no caso de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada por ele, STF”⁴⁵¹, de modo que a “violação de literal disposição constitucional” fugiria ao âmbito desse verbete⁴⁵². Nem mesmo esse posicionamento é incontroverso, já que houve, também, decisões no sentido inverso, ou seja, de aplicação da Súmula 343 também aos casos envolvendo violação de norma constitucional⁴⁵³.

⁴⁴⁹ “O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda”. (RE 590809, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, DJe-230 DIVULG 21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014; AR 2344, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-231 DIVULG 23-10-2019 PUBLIC 24-10-2019; AR 2370 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 11-11-2015 PUBLIC 12-11-2015

⁴⁵⁰ AR 2341 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 29-05-2018 PUBLIC 30-05-2018

⁴⁵¹ RE 529675 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 21/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018.

⁴⁵² ARE 888134 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 12-02-2019 PUBLIC 13-02-2019; 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.

⁴⁵³ RE 1194899 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-130 DIVULG 14-06-2019 PUBLIC 17-06-2019; AR 2422 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 10-10-2019 PUBLIC 11-10-2019; AR 2457 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-08-2017 PUBLIC 24-08-2017.

De qualquer forma, interessa ora observar que a discussão gira em torno do cabimento da ação rescisória do art. 966, inciso V, do CPC/15, isto é, com fundamento na violação manifesta de norma jurídica. O próprio enunciado do verbete sumular não deixa dúvidas, ao reproduzir os exatos termos do art. 485, inciso V, do CPC/73, antecessor de mencionado dispositivo.

Entretanto, conforme mencionado em tópico anterior, Marcelo Barbi pretendeu estender a restrição da Súmula nº 343/STF à rescisória dos arts. 525, e 535, do CPC/15⁴⁵⁴. Depois da explanação acerca da distinção entre as hipóteses rescisórias, resta suficientemente claro que a disciplina aplicável a uma, não necessariamente pode ser estendida à outra e, especificamente quanto à incidência da Súmula nº 343/STF, não deve ser estendida.

Com efeito, a rescisória dos arts. 525 e 535, do CPC/15, apesar de estar inserida no âmbito dos efeitos dos efeitos do juízo constitucional vinculante sobre a coisa julgada, não tem como cerne a uniformização de jurisprudência, mas representa mecanismo ao dispor da parte prejudicada por uma execução que se tornou indevida à luz da Constituição conforme interpretada pela corte constitucional. Por isso, não se exige qualquer tipo de pré-questionamento da matéria constitucional envolvida. Vale dizer, não é preciso que a decisão exequenda tenha expressamente aplicado uma norma dando-lhe interpretação diversa da do STF; basta que, mesmo implicitamente (lembre-se que também a aplicação de normas processuais preenche o requisito de admissibilidade), tenha aplicado essa norma e lhe conferido um sinal de constitucionalidade distinto. Não se exige, tampouco, que houvesse jurisprudência num sentido ou em outro, ao tempo da decisão rescindenda, porque o mais importante aqui não é que a decisão tenha sido razoável ou aberrante, mas releva impedir que a parte continue a sofrer os efeitos de uma decisão - agora se sabe - objetivamente errada, pelo parâmetro constitucional adotado.

⁴⁵⁴ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC*. In DIDIER JR., Fredie; CABRA, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 360/363; Marinoni entendia que o art. 741, parágrafo único, do CPC/73, somente podia ser aplicado, quando também fosse cabível a ação rescisória do art. 485, inciso V, observada a restrição da Súmula nº 343/STF (MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 275).

Portanto, não cabe aplicar a Súmula nº 343/STF à rescisória dos arts. 525 e 535, do CPC/15, porque a existência de controvérsia hermenêutica ao tempo da prolação da decisão rescindenda lhe é irrelevante, já que não se trata de mecanismo de uniformização jurisprudencial, mas apenas de instrumento de defesa do executado em face de execução indevida.

4.7 A constitucionalidade do dispositivo

Compreendidos o sentido, os pressupostos e o alcance das ações rescisórias dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, cumpre analisar a constitucionalidade das normas que as preveem, pois, como já adiantado, toda hipótese rescisória se insere no sistema processual da coisa julgada e deve, por isso, guardar observância aos princípios aplicáveis a esse, notadamente o da segurança jurídica.

4.7.1 As críticas

4.7.1.1 O sistema difuso de controle de constitucionalidade, o *jus proprium* do poder Judiciário e o discurso das fontes

Luiz Guilherme Marinoni é, sem dúvida, um dos maiores críticos dos dispositivos em comento e formulou seus comentários com particular aprofundamento. Sua posição já é conhecida desde as críticas que dirigiu às normas que antecederam o CPC/15, isto é, aos arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73. Aqui cabe trazer a parcela ainda não abordada na discussão sobre a relativização atípica da coisa julgada e que tem relevância para a ação rescisória dos arts. 525, §15º, e 535, §8º, do CPC/15.

Com efeito, o autor principia por esclarecer – como de resto já foi feito – que a declaração de inconstitucionalidade, mesmo que importe a nulidade da lei, não tem o condão de tornar nula a decisão que nela se fundou, já que o ato judicial singular expressa norma jurídica concreta, que não se confunde com a norma geral e abstrata. Porém, seu raciocínio se desenvolve no sentido de que, “tanto a decisão ou a norma jurídica, quanto a lei, constituem ato de imposição do poder”, com a diferença de que a “a primeira é do poder judiciário e a segunda

é do poder Legislativo”. Portanto, em nome do princípio da separação de poderes, “cabe aos tribunais um poder que não é um poder derivado do Legislativo, mas um poder próprio, *jus proprium*”⁴⁵⁵.

Essa noção é derivada da doutrina portuguesa. Rui Medeiros perfilha o mesmo raciocínio, ao afirmar que “a ideia de que o valor jurídico da sentença decorre da lei parte do pressuposto de que o poder judicial se funda no legislativo”, tendo como consequência que o juiz se limita “a executar os comandos do poder Legislativo ou a ser a mera voz da lei (*viva vox legis*)”. Mas a realidade, segundo o português, seria a de que aos tribunais caberiam o referido *jus proprium*, não apenas decorrente do Legislativo, e, por isso, “quando se aceita a validade da sentença injusta, a conclusão se funda no poder soberano dos tribunais e não no valor da lei que na realidade não corporiza”. Conclui o autor que “a intangibilidade da decisão transitada em julgado que aplica a lei inconstitucional radica na força do caso julgado e não postula a eficácia da lei aplicada”, uma vez que essa “intangibilidade resulta diretamente de uma fatispécie da qual não constitui elemento essencial a validade da norma aplicada na decisão”⁴⁵⁶.

Por isso, Marinoni afirma que “a decisão que aplica lei posteriormente declarada incondicional não contrasta com a Constituição”, já que essa conferiu poder a todo e qualquer juiz de realizar o controle difuso de constitucionalidade. Do contrário, qualquer decisão tomada no âmbito do controle difuso poderia, a depender da interpretação do STF, passar a conflitar com a Constituição, “deixando sem qualquer explicação o trabalho da jurisdição e a expectativa de confiança legítima gerada aos vencedores das demandas encerradas”. A lógica criticada pelo autor não estaria a tutelar a plenitude da Constituição, mas apenas permite que “a voz do Supremo Tribunal Federal tenha um efeito perverso de destruir as decisões judiciais, desvalorizando os juízes e os tribunais e tornando o processo civil um objeto ainda mais inexplicável ao cidadão”⁴⁵⁷. Por isso,

⁴⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 62/63.

⁴⁵⁶ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 551/552.

⁴⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 64/65.

segundo Marinoni, com suporte em Miguel Galvão Teles⁴⁵⁸, “respeitar a coisa julgada não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos ao juízo anterior, diferente e sobretudo legítimo sobre a constitucionalidade”. Como conclusão, tem-se que, “encontrar fundamento para ação rescisória em pronunciamento do Supremo Tribunal Federal significaria mais do que a instituição de um ‘controle de constitucionalidade da decisão transitada em julgado’”, representaria mesmo a “reserva da autoridade para interpretação constitucional, destituindo-se os juízes ordinários desse poder”⁴⁵⁹.

Em outra passagem, Marinoni, em coautoria com Mitidiero, defende que a ação rescisória em comento parte da premissa “falaz de que existiria uma correspondência biunívoca entre Constituição e interpretação do Supremo Tribunal Federal”, única hábil a explicar como “uma decisão legitimamente proferida por um juiz incumbido de realizar controle de constitucionalidade pode ser invalidada em virtude de ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal”, que que declarou a inconstitucionalidade da lei em que a anterior decisão se baseou. Partem os autores, então, da teoria da interpretação, para afirmar que a “assimilação de precedente constitucional com norma constitucional revela falta de distinção entre enunciado no discurso do intérprete e enunciado no discurso das fontes”, porque o precedente “não declara a norma que sempre esteve contida na Constituição ou que sempre preexistiu à interpretação judicial”, mas, ao contrário, “atribui sentido à Constituição ou desenvolve-a de acordo com a evolução da sociedade e dos seus valores”⁴⁶⁰.

4.7.1.2 Retroatividade do *jus superveniens* e coisa julgada *sub conditione*

A ação rescisória em comento também recebeu críticas por representar uma retroatividade do juízo constitucional do STF sobre a coisa julgada. Nesse

⁴⁵⁸ “o respeito dos casos julgados não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo de constitucionalidade”. (TELES, Miguel Galvão. *Institucionalidade pretérita*. In Nos dez anos da Constituição. Lisboa: 1986, p. 329, *apud* MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 552).

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 100/101.

⁴⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 232/233.

sentido, haveria um certo consenso de que o modelo constitucional pressupõe a intangibilidade da coisa julgada face a qualquer tipo de retroação jurídica. Assim, ainda que a decisão da corte constitucional se revista de efeitos *ex tunc*, a coisa julgada ser-lhe-ia um limite imposto pelo Estado de Direito⁴⁶¹.

Nesse sentido, dada a concorrência dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade, a decisão do STF, posterior ao trânsito em julgado, representaria efetiva mudança no estado de direito, ou seja, *jus superveniens*, o qual não poderia retroagir sobre a coisa julgada⁴⁶².

Ademais, embora não decrete a inconstitucionalidade dos dispositivos em análise, Araken de Assis admite que, com eles, “a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e a insólita característica de surgir e subsistir *sub condicione*”, pois, “a qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia de coisa julgada”⁴⁶³.

O raciocínio é aprofundado por Mitidiero, que aponta que, uma visão da questão orientada por “perspectiva lógica argumentativa, que pressuponha potencial equivocidade dos enunciados legais”, deve prestigiar a segurança jurídica, pela consolidação de situações individuais, “no momento do desacordo interpretativo que marca naturalmente o período de formação do precedente”. Isso significa resguardar as interpretações possíveis e igualmente legítimas que se consolidaram antes da formação do precedente, impedindo que a interpretação judicial vencedora na corte suprema seja imposta a todos os casos indistintamente. Do contrário, ter-se-ia a negativa do “caráter polissêmico da linguagem jurídica e da autonomia da jurisdição na sua interpretação e aplicação” e, também, a negativa de força à coisa julgada, que dependeria “sempre de um evento futuro e incerto: a confirmação do seu conteúdo por um precedente da corte suprema”. A solução deve ser, no momento de instabilidade da ordem jurídica, ausente precedente que delimite com “maior precisão o significado dos enunciados legislativos e o contexto fático jurídico em que

⁴⁶¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 1485/1486.

⁴⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101.

⁴⁶³ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1738.

aplicável”, a da preservação das situações consolidadas, entendidas essas objetivamente, ou seja, aquelas em que houve formação da coisa julgada. Segundo Mitidiero, trata-se de maneira de garantir, de certa forma, a igualdade, ao conferir tratamento isonômico a todos que se encontram na mesma situação: “aqueles que contam com a proteção da coisa julgada, tem as suas esferas jurídicas protegidas contra o precedente superveniente; aqueles que não contam com a proteção à coisa julgada, ficam sujeitos à força do precedente”⁴⁶⁴.

4.7.1.3 Prêmio ao executado recalcitrante

Rui Medeiros formulou uma crítica bastante interessante à regra do § 79, da Lei do Tribunal Constitucional Alemão, quando ponderou sobre a possibilidade de sua disciplina ser adotada em Portugal. Segundo o autor, ainda que não fosse de se discutir a validade de uma norma tal no sistema constitucional português, seria de se questionar acerca da sua conveniência.

Isso porque, ao tratar de forma as decisões já executadas de forma distinta daquelas que ainda não o foram, a regra significaria a injustificada “atribuição do prémio da proibição de execução ao particular que não cumpre uma sentença transitada em julgado”, ao passo em que prejudicaria aquele que “voluntária e prontamente cumpriu a sentença”. Continua o autor afirmando que, “antes da declaração de inconstitucionalidade, o executado não está legalmente autorizado a opor-se à execução com fundamento na pretensa inconstitucionalidade da lei aplicada pelo tribunal” e, por isso, “o comportamento cívico neste tipo de situação” seria aquele em que o devedor, “consciente da obrigatoriedade das decisões dos tribunais num estado de direito”, cumpre o estatuído na sentença transitada em julgado. Destarte, admitir a possibilidade de se invocar a declaração de inconstitucionalidade para obter a proibição de execução significaria “dar ao executado incumpridor um tratamento mais favorável do que aquele que é concedido àquele que teve um comportamento mais cívico”⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90/91.

⁴⁶⁵ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 571/572.

4.7.2 Considerações

4.7.2.1 A finalidade do processo: tutela do direito material

É indubitável que o processo civil não é autorreferente, mas constitui sistema com destinação específica e precípua: a realização do direito material. Cada regra processual, componente do sistema, é peça de um instrumento à serviço dessa finalidade. Desta feita, o jurista, ainda que se debruce sobre uma peça específica, não pode nunca perder de vista o objetivo de sua inserção na engrenagem maior.

Feita a preliminar, cumpre enfrentar a alegação de que a ação rescisória representaria a “nulificação do controle difuso de constitucionalidade”: a expressão impressiona e é carregada com forte semântica. Mas o sentido da expressão somente pode ser levado, quando muito, em caráter leigo, mas não jurídico *strictu sensu*. Isso porque não há qualquer nulidade envolvida no fenômeno descrito, já que a ação rescisória não se confunde com nulidade ou injustiça, mas limita-se à atuação de uma causa legal de rescindibilidade. Não é nula decisão rescindível pela declaração superveniente de inconstitucionalidade da norma, como não é nula a decisão rescindível por prova nova ou tampouco aquela rescindível por incompetência absoluta do juízo. Essa constatação é essencial, não apenas para conferir rigor técnico ao tratamento da questão, mas, porque, se de nulidade se tratasse, em sua visão tradicional, ter-se-ia de admitir a invalidação de todos os atos praticados com base na sentença rescindida, o que já se viu que não ocorre com a hipótese rescisória em comento.

Em segundo lugar, se não se trata de nulidade em estrito sentido jurídico, há de se perquirir se haveria uma nulificação em sentido lato, ou seja, se a ação rescisória de alguma forma diminui a dignidade dos órgãos judiciários inferiores à corte constitucional e de seus pronunciamentos. De plano, vê-se que a mera discussão da questão se revela absurda, pois a submissão hierárquica daqueles aos julgamentos desta corte tem algo de comezinho no sistema processual. Não se imagina que qualquer juiz de primeira instância poderia se sentir ofendido em razão da sua vinculação aos precedentes do STF. Vale lembrar que tal vínculo

verticalizado não significa que o “juiz do tribunal é mais importante do que um juiz de piso, mas que as funções exercidas são distintas”⁴⁶⁶.

Ultrapassada – apenas por força de argumentação - a extravagância da cogitação, caso esse constrangimento realmente resultasse da disciplina rescisória, a qual significaria, então, a destruição de decisões judiciais, com a desvalorização dos juízes e tribunais pela voz do Supremo Tribunal Federal, será que isso tornaria “o processo civil um objeto ainda mais inexplicável ao cidadão”⁴⁶⁷, como vaticinou Marinoni?

Ora, bem consideradas as coisas, vê-se que a resposta dependerá sempre da perspectiva do observador. O exequente, que havia saído vencedor do litígio, certamente rogará mil pragas a quem quer que tenha tido a infeliz ideia de lhe proibir a obtenção do resultado útil do processo, mesmo após o seu “término”, identificado com a coisa julgada. Já o executado, por outro lado, dará mil graças ao gênio que formulou a ideia, a qual lhe permite evitar a execução, que, ao seu ver, sempre foi sinônimo da maior injustiça. *Processum est actum trium personarum*. O equívoco de Marinoni é focar a regra processual apenas sob o ponto de vista de duas pessoas, no caso o juiz e o exequente. Ao fazê-lo, esquece-se de que as peças do processo estão à serviço de uma finalidade, que é a tutela do direito material, e não da própria engrenagem processual, mero instrumento.

A ação rescisória baseada na superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica é, como já visto alhures, um instrumento do executado. Visa a afastar execuções tidas por indevidas e cuja injustiça resulta da constatação objetiva de erro na aplicação do sinal de constitucionalidade de norma, em sentido divergente da interpretação vinculante da corte constitucional. À essa norma é, efetivamente, indiferente o sentimento pessoal do juiz prolator da decisão rescindenda; não lhe será dado se apegar ao produto do seu trabalho, como se a sua rescisão representasse vilipêndio de seus esforços. O objetivo de qualquer norma processual, inclusive daquelas que, implícita ou explicitamente, facultam o exercício do controle difuso de

⁴⁶⁶ ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 338.

⁴⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 64/65.

constitucionalidade, não é dignificar a instância a quem se outorga a competência jurisdicional, mas muni-la dos instrumentos capazes de realizar, de forma justa e efetiva, o direito material. Eis a própria finalidade do processo, inolvidável na análise de qualquer norma processual.

Dessa forma, se, diante da constatação, absolutamente inequívoca, da existência de um erro na decisão, verificável pela ocorrência de um precedente vinculante que dá sinal de constitucionalidade distinto daquele dado pela sentença ao aplicar a norma, incumbe ao direito processual oferecer a regulamentação adequada ao tratamento do direito material. Esse, por obséquio, encontra-se em fase de adjudicação a quem não lhe faz jus, motivo pelo qual impõe-se abrir ao interessado os meios de defesa pertinentes. Tudo isso, é claro, sem descurar das exigências de segurança jurídica, pressuposto necessário para a realização de justiça.

Não são relevantes, então, os argumentos no sentido de que a ação rescisória em estudo ofenderia o sistema difuso de controle de constitucional. A uma, porque esse sistema já comporta ordinariamente a vinculação de todos os órgãos do poder Judiciário aos precedentes do STF. A duas, na medida em que a preservação de todos atos já exauridos, baseados na decisão rescindenda, mostra que, de forma alguma, é lícito pensar que o juízo difuso perdeu seu valor. Ao contrário, continuará servindo como regulação da relação jurídica quanto às eficácias declaratórias e constitutivas, bem como quanto às condenatórias já executadas, apenas sendo substituída na parcela condenatória pendente por uma razão a que o próprio sistema constitucional confere prevalência. A três, pois, ainda que resultasse de alguma forma diminuído o valor da fiscalização difusa da constitucionalidade – o que não se acredita – isso não seria motivo, por si só, para recusar idoneidade à ação rescisória, uma vez que o controle difuso não possui valor em si mesmo, mas é mero instrumento, inserido em sistema mais amplo, cuja função precípua é a tutela do direito material das partes mediante processo justo, à luz da Constituição.

Merecem atenção, também, as críticas lançadas por Rui Medeiros à disciplina do §79, da BVerfGG, que inspirou os arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15, segundo as quais a obstrução da execução (ou, no caso, a rescisão da decisão) representaria um prêmio ao executado recalcitrante. Conforme o autor português, haveria um tratamento distinto para o cidadão que adota postura

cívica de cumprir o que estabelecido por sentença transitada em julgado e para aquele que se conduz de forma antiooperativa, ao evitar e protelar esse cumprimento, já que, para o primeiro não estaria mais acessível o remédio jurídico processual concedido ao segundo.

A situação imaginada por Rui Medeiros é possível. As parcelas já exauridas da decisão, seja em virtude da natureza da sua eficácia, seja em virtude da execução, voluntária ou forçada, não são rescindíveis. Por outro lado, a parcela exequenda, justamente aquela cuja prestação o executado não logrou satisfazer, mostra-se rescindível. Dessa forma, a preocupação do português é procedente.

Entretanto, sua perspectiva não visualiza o fenômeno sob o aspecto mais importante, qual seja, o de que, após a declaração da inconstitucionalidade da norma jurídica, a execução da decisão condenatória que nela se baseou, exclusivamente, torna-se injusta. Dessa forma, não cabe perquirir os motivos que levaram o executado a não adimplir com a obrigação estatuída pela decisão judicial, mas releva observar que essa decisão é objetivamente injusta. Por causa de sua injustiça objetiva impõe-se facultar ao interessado um remédio jurídico para fazer valer seu direito de não sofrer uma execução indevida. Ainda que despicienda, a investigação dos móveis mentais do executado poderia revelar, até mesmo, que ele sempre considerou a norma inconstitucional e, portanto, injusta a sua condenação, o que, ao fim e ao cabo, provou-se verdadeiro, a partir da adesão do STF a esse entendimento.

Por outro lado, a intangibilidade da parcela já executada não é fruto de maldade ou arbitrariedade em desfavor do executado cooperativo, mas presta homenagem à segurança jurídica e à legítima confiança depositada na coisa julgada pelo exequente. Pode ser, inclusive, que o executado não tenha sido tão cooperativo assim e que seu patrimônio somente tenha sido atingido, penhorado e adjudicado após a adoção de medidas coercitivas e sub-rogatórias. Essa multiplicidade de cenários mostra que os móveis subjetivos das partes não podem ser decisivos para a regra em estudo.

Em verdade, na perspectiva das partes, a rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, realiza a conciliação de interesses e confianças legítimos e contrapostos. De um lado, o executado anseia ver cessada a execução injusta e, se dependesse exclusivamente de sua opinião, desejaria também ver

restituídos os valores já executados; o exequente, por outro lado, fiou-se em decisão transitada em julgado e entende ser uma quebra de sua legítima expectativa a cessação da execução, com a qual já contava em seu planejamento, e pensa, demais disso, ser um absurdo ter de restituir o que quer que seja. A solução do código é equânime e, em sua equidade, jaz a sua constitucionalidade, como se verá adiante.

Dessa forma, percebe-se que a análise da ação rescisória deve levar em consideração a finalidade do processo de tutelar o direito material a quem o tenha, à luz da Constituição conforme interpretada de forma vinculante pelo STF. Não são relevantes, pois, as críticas relacionadas ao sistema difuso de controle de constitucionalidade e à postura antiooperativa do executado que deixou de cumprir a obrigação estatuída na decisão rescindenda.

4.7.2.2 A finalidade da coisa julgada: segurança jurídica

Não impressiona o argumento, a favor da intangibilidade da coisa julgada, de que a norma jurídica concreta não se confunde com a norma jurídica abstrata, porque a decisão judicial representaria exercício de um *jus proprium* do poder Judiciário, que não decorre da lei. O raciocínio da separação do plano das normas (*Normebene*) e dos atos singulares (*Einzelaktebene*), bem como o da concretização do direito em momentos distintos, não é de ser ignorado e, inclusive, já se dedicou algumas linhas sobre ele nesse trabalho. Entretanto, nem dessa linha de pensamento, tampouco da intangibilidade da coisa julgada, é possível chegar à conclusão de que o poder Judiciário detenha um poder próprio, o qual tenha o significado de que a autoridade de suas decisões não decorre da lei. A levar adiante essa ideia, mal importada de Portugal, seria forçoso admitir a discricionariedade da atividade jurisdicional.

De fato, a decisão judicial encontra-se num plano distinto do da lei, no tráfego jurídico. Essa última é redação linguística, a qual, interpretada, permite a extração de normas, isto é, prescrições abstratas de dever-ser, aplicáveis genericamente a descrições de fatos igualmente abstratos. Aquela, por outro lado, a par de também interpretar as normas, agora à luz dos fatos concretos identificados no processo, formula, para solucionar o conflito, uma norma concreta, isto é, uma prescrição de dever-ser individualizada e cogente às

partes. A complexidade do percurso jurídico desde a edição do texto legal até a o dispositivo da sentença tem permitido, com elevado grau de aceitação, a conclusão de que a coisa julgada opera uma cisão entre a norma jurídica concreta e a norma jurídica abstrata. Entretanto, há de se compreender exatamente o que se pretende dizer com essa afirmativa, sob pena de dela se extrair o equivocado entendimento de que a coisa julgada confere à decisão judicial a completa desvinculação da lei.

A expressão é utilizada para descrever a circunstância de que eventuais vicissitudes que atinjam a lei não necessariamente repercutirão na decisão judicial, já intangível pela *res judicata*. Ora, para esse propósito, não se precisa de estabelecer uma “cisão” entre uma e outra, ou, se se preferir manter o vocábulo, deve-se agregar-lhe um adendo, como o fez Barbosa Moreira:

Opera-se, por assim dizer, uma cisão entre o que passou e o que agora existe, de modo que já não é possível mais remontar à fonte, *senão na estrita medida em que o direito positivo, a título excepcional, o permita*⁴⁶⁸. (destacou-se)

O complemento é essencial, porque mostra, em primeiro lugar, que a lei é a “fonte” da decisão judicial, e, em segundo lugar, que o próprio ordenamento pode admitir, excepcionalmente, que se invoque questões atinentes a essa “fonte” para impactarem na decisão transitada em julgado. Mais do que um cisma absoluto, a cisão torna-se mero distanciamento, reatável quando a ordem jurídica assim o permitir. Isso é coerente com a consideração da ação rescisória como uma subtração, autorizada pelo sistema, à eficácia preclusiva da coisa julgada.

Mas os próprios portugueses sugerem uma descrição do fenômeno que permite menos equívocos:

A intangibilidade da decisão transitada em julgado que aplica a lei inconstitucional radica na força do caso julgado e não postula a eficácia da lei aplicada, pois tal intangibilidade resulta diretamente de uma fatispécie da qual não constitui elemento essencial a validade da norma aplicada na decisão⁴⁶⁹.

Assim formulada, a ideia leva à constatação de que a coisa julgada representa a incidência de uma regra formal, cuja hipótese ou tipo exige tão

⁴⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material*. In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 242.

⁴⁶⁹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 552.

somente o trânsito em julgado para cobrir a sentença da imutabilidade que lhe é característica. Não se quer dizer que a coisa julgada possibilite que a decisão judicial se desprenda da lei por ela aplicada, mas significa que à ocorrência da *res judicata* é indiferente a correção ou equívoco na aplicação da lei. Em outras palavras, para que incida a coisa julgada, não é necessário que se tenha uma decisão justa, como pretendeu a corrente da relativização axiológica, ou constitucional, como pretenderam algumas vertentes da teoria da relativização técnica.

Se a coisa julgada incide independentemente da correção da aplicação da lei pela sentença, não se pode dizer que essa última tenha deixado de encontrar naquela o seu fundamento de validade. O “cálculo de risco” do ordenamento jurídico resulta em que, em algum momento, o sentido concreto da norma abstrata conferido pela decisão judicial, porque não mais impugnável ou modificável, torna-se aquele e não outro: o sentido subjetivo da norma, como formulado pelo juiz, torna-se o seu sentido objetivo⁴⁷⁰. Vê-se, então, que o raciocínio da coisa julgada não é tanto que “se protege a decisão porque ela não decorre da lei”, mas “protege-se a decisão, porque em algum momento precisamos ter uma solução definitiva do conflito”. A ação rescisória configura exatamente o último instrumento cabível para, apesar da regra preclusiva da coisa julgada, a revisão da decisão judicial por razões de erros na aplicação da lei. É, portanto, prova cabal de que a coisa julgada não tornou certo o que era errado e de que os juízes têm a missão de dar concretude à lei e, embora possam ver o fruto de sua jurisdição cristalizar-se contra impugnações, continuam submetidos e orientados por ela.

Dessa forma, vê-se o quão longe se foi ao extrair da coisa julgada a ocorrência de um *jus proprium* do poder Judiciário, independente das leis editadas pelo poder Legislativo⁴⁷¹. Existem diversos elementos do sistema constitucional que permitem constatar a efetiva separação dos poderes e, em especial, a afirmação do poder Judiciário como poder autônomo: a

⁴⁷⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 267/268.

⁴⁷¹ Note-se que nem mesmo a vedação à irretroatividade das leis sobre a coisa julgada indica, em grande medida, uma deferência do parlamento aos tribunais. Em maior medida, trata-se de regra concretizadora da segurança jurídica e não da separação dos poderes. Afinal, ninguém pretende estabelecer que a mesma intangibilidade, conferida ao direito adquirido do servidor público, eleve essa classe à condição de poder da República.

independência funcional dos juízes, a autonomia financeira e organizacional dos tribunais e a inafastabilidade da jurisdição, entre outros. Da coisa julgada, porém, não se pode extrair essa conclusão, já que se trata, antes de mais nada, de instrumento de garantia da segurança jurídica e não de autoafirmação do poder Judiciário⁴⁷². Portanto, deve-se rechaçar a noção de *jus proprium* judicial, cuja equivocidade pode levar o operador mais desatento a pensar que os juízes não devem observância à lei, mas desenvolvem razões próprias, frutos de uma nova espécie de despotismo judiciário nunca autorizado pela Constituição.

Se foi possível concluir que a coisa julgada não é expressão da separação dos poderes, mas sim da segurança jurídica, e, com isso, refutou-se a estranha ideia de *jus proprium* do poder Judiciário para criticar a ação rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, o mesmo raciocínio leva à refutação da crítica de Marinoni e Mitidiero, no que tange ao diálogo das fontes. Com efeito, foi afirmado que a “invalidação” do juízo constitucional legítimo por ulterior decisão do STF somente poderia estar pautada pela falaz premissa que identifica interpretação constitucional com Constituição e que faria com que o STF desvelasse a norma que ali sempre esteve contida e que antecede à interpretação.

Os autores partem da premissa hermenêutica da distinção entre texto e norma para, ao final, contradizer essa mesma premissa, ao afirmarem a impossibilidade de se identificar biunivocamente Constituição e interpretação constitucional. De fato, partindo-se do arcabouço teórico – correto, diga-se – da separação entre texto e norma, em que essa última seria o resultado da interpretação realizada sobre o primeiro, segue-se a pluralidade de sentidos possíveis, ou seja, a diversidade de resultados hermenêuticos possíveis a partir do mesmo texto. Entretanto, se o sistema admite - como o fazem a generalidade de ordenamentos jurídicos na atualidade - que a um determinado órgão caiba a função de dar a última palavra sobre a interpretação desse texto e que a sua interpretação seja definitiva, vinculante e indiscutível, então o resultado da atividade hermenêutica por tal órgão equivalerá à própria norma, com exclusão de qualquer outro resultado ou norma distinta.

⁴⁷² Nievá-Fenoll entende a coisa julgada como sendo essencialmente uma “proibição de reiteração de juízos”, o que dá a nota exata de como a coisa julgada é uma estabilidade processual, ou seja, voltada à própria atividade jurisdicional. (NIEVÁ-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 134).

Deveras, a consequência inexorável da conjugação das premissas “distinção entre texto e norma” e “vinculatividade da interpretação da corte suprema” é a de que o resultado da interpretação constitucional por uma corte suprema equivale à própria norma constitucional. Do contrário, ou se nega alguma das premissas, ou se regride à obscura e perigosa premissa jusnaturalista⁴⁷³. Não é o que se passa nos sistemas constitucionais contemporâneos, os quais, por conferirem a última palavra da interpretação jurídica da Constituição às cortes constitucionais, consente que a palavra delas, certas ou erradas, boas ou más, equivalha à própria Constituição.

Desta forma, partindo-se do marco teórico adotado pelos autores, a única afirmativa possível seria a de que não se confundem texto constitucional e precedente constitucional, o que, aliás, é óbvio, pelas próprias premissas adotadas (texto é distinto de norma). Entretanto, não é possível afirmar que precedente constitucional e Constituição não se confundem, a não ser que, nessa afirmativa, queira-se referir à Constituição como sinônimo de texto / documento constitucional ou, ainda, que se adote a mencionada postura jusnaturalista. Caso contrário, se se pensar a Constituição no sentido normativo, ou seja, como a norma ou conjunto de normas constitucionais, então é forçoso concluir que, por se tratar de norma e não texto, ela somente é obtida mediante atividade interpretativa e, com isso, aquela interpretação dada pelo STF, porque

⁴⁷³ Lembre-se que o jusnaturalismo considerava que, mesmo uma decisão que aplicasse corretamente a lei (leia-se, interpretasse a lei para dela extrair a norma) poderia ser contrária ao verdadeiro direito, transcendente e anterior à ordem normativa positiva. O regresso ao Direito Natural é a única alternativa a uma teoria que pretenda, ao mesmo tempo, admitir (p1) a distinção entre texto e norma (refutação da teoria subsuntiva-cognitiva), admitir (p2) a vinculação dos precedentes e negar (c) a equivalência da interpretação vinculante à própria norma. Ora, se a norma é extraível do texto, então múltiplas são as possibilidades normativas diante de um texto e nenhuma delas é, *a priori*, errada. Ato contínuo, se uma delas é vinculante, então ela exclui as demais e passa a ocupar a posição de norma em si. Entretanto, para se negar a conclusão (c), ou se nega qualquer das premissas (p1) e (p2), ou se deve partir para uma outra premissa obscura e *ad hoc* (p3). Veja-se: admitindo-se (p1) e negando-se (p2), pode-se readmitir as interpretações já excluídas pelo precedente e considerá-las reveladoras da norma, de forma frontalmente contrária à interpretação da corte suprema. Já pela negativa de (p1) e admissão de (p2), tem-se a vinculação ao precedente, de modo que todos estão vinculados àquela interpretação e nenhuma outra é possível, mas, como ela não é a norma em si, a qual está contida no texto e preexiste à interpretação, pode-se afirmar que a interpretação, embora vinculante, está errada, porque não capturou a essência do texto. Por fim, se se admite (p1) e (p2), mas nega-se a conclusão (c), então a norma em si tem de estar em outro lugar. Mas ela não pode estar contida aprioristicamente no próprio no texto, porque (p1) refuta a subsunção cognitiva, e não pode estar nas outras interpretações desse texto, porque excluídas por (p2). Logo, a norma em si somente pode estar em algum outro local misterioso, transcendente e distinto do próprio direito positivo: eis (p3) o Direito Natural, premissa arbitrariamente pressuposta para além da positividade do direito.

definitiva, vinculante e inquestionável, produz a própria norma constitucional, com exclusão de qualquer outra norma extraível do mesmo texto constitucional.

Percebe-se, portanto, que são os próprios autores que se equivocam quanto às fontes do direito. Se o que obriga é a norma e não o texto, e se a Constituição é tida por norma da mais alta hierarquia e não por mero documento, então a interpretação constitucional da corte constitucional, porque vinculante, definitiva e excludente, representa e fornece a própria norma constitucional, essa última fonte do direito. Essa, inclusive, não é uma conclusão estranha ao pensamento de Mitidiero, quem, em outra oportunidade, soube bem expressar o papel das cortes supremas. Afirmou-se que, considerando a admissão da pluralidade de significados por ocasião da interpretação do direito, visto em perspectiva lógica-argumentativa, “é imprescindível que exista um meio institucional encarregado de concentrar o significado final em que este deve ser tomado em determinado contexto e de velar pela sua unidade”. Eis a função que a corte suprema deve desempenhar: “dar unidade ao direito mediante a sua adequada interpretação a partir do julgamento de casos a ela apresentados”. Por isso, a negativa de adoção das razões dessa corte para a solução de casos idênticos ou similares constitui a negativa não apenas da sua “autoridade como corte encarregada de dar a última palavra a respeito da adequada interpretação do direito”, mas, sobretudo, “negação da própria ideia de ordem jurídica - entendida como ordem vinculante”. Cuida-se de “violação da ordem jurídica que a corte tem por missão tutelar, haja vista que, nesse contexto teórico, a norma jurídica não é outra coisa senão o resultado da sua interpretação”. Em suma, “reconhecer força vinculante ao precedente, nesse contexto, não é uma decorrência de uma norma de direito positivo, mas uma consequência direta no reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica”⁴⁷⁴.

Nem se pense que o equívoco ora denunciado seja exclusivo de quem pretende criticar um dispositivo rescisório baseado nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada. A sedução das teorias que flertam com o jusnaturalismo opera em todas as direções. Paulo Otero, reproduzido por Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria na defesa de uma ilimitada relativização da coisa julgada, considerou impensável resignar-se perante a

⁴⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79/81.

circunstância de que uma decisão judicial desconforme a Constituição pudesse se tornar insindicável por força da coisa julgada. Isso seria, segundo o autor, conferir aos tribunais o “poder absoluto e exclusivo de definir o sentido normativo da Constituição”, o que significaria que “Constituição não seria um texto formalmente qualificado como tal”, mas sim “o direito aplicado nos tribunais, segundo resultasse da decisão definitiva irrecorrível do juiz”⁴⁷⁵. Ora, embora pretendesse conferir ares de surrealismo à situação, o autor português descreveu a realidade das cortes constitucionais, conforme a premissa hermenêutica da separação entre texto e norma, com base na qual se pode, seguramente, afirmar que o “texto formalmente qualificado” como Constituição não é senão o ponto de partida para a definição interpretativa da norma constitucional.

Por isso, conclui-se que, no paradigma hermenêutico atual, a Constituição é o que o STF diz que ela é, de modo que, contrariar o seu precedente vinculante “têm o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição”⁴⁷⁶. Pode-se – e deve-se – perquirir dos limites que o texto fornece à atividade interpretativa. Mas dizer que a norma constitucional resultante da interpretação vinculante do STF não equivale à própria norma constitucional, só é possível se (i) for negada a vinculatividade da decisão do STF, (ii) for ripristinada a teoria subsuntiva-cognitiva ou, pior ainda, (iii) for adotado paradigma mais perigoso e afeito ao totalitarismo, qual seja, o jusnaturalismo.

Dessa forma, resta claro que o juízo difuso de constitucionalidade é, sim, legítimo, porque o poder de controlar a adequação das normas e atos normativos à luz da Constituição foi outorgado a todos os juízes. Em verdade, trata-se de decorrência da supremacia da Constitucional e da vinculação dos magistrados à

⁴⁷⁵ OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993, p. 35/36. Apud. THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 148/149.

⁴⁷⁶ “O STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em termos constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF disse que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância perante o pronunciamento da corte suprema. Contrariar o precedente têm o mesmo significado, o mesmo alcance, em termos pragmáticos, que o de violar a Constituição”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 161).

ordem jurídica; iguais motivos levam à autorização à Administração Pública de negar aplicação a norma inconstitucional. Entretanto, embora legítimo, porque autorizado pelo ordenamento jurídico, é impossível afirmar que o juízo difuso discrepante do juízo da corte constitucional seja igualmente correto. Dizê-lo seria negar a vinculação das decisões da corte constitucional. É preciso afirmar, então, sem qualquer receio, que a decisão que aplica norma declarada inconstitucional, antes ou depois, de forma vinculante pela corte constitucional, é uma decisão errada. Ela é errada e viola diretamente a norma constitucional, como resultado da interpretação do texto constitucional por quem o compete fazê-lo em última instância e de forma definitiva⁴⁷⁷.

Uma vez assentada que a decisão discrepante do precedente constitucional é, sem sombra de dúvidas, errada, quanto ao parâmetro normativo utilizado, é possível perceber finalmente em que consiste a verdadeira inquietação de Marinoni e Mitidiero. Na verdade, eles não se insurgem contra um suposto equívoco no trato das fontes do direito ou contra a vinculação operada pela jurisdição constitucional em relação aos demais juízos; aliás, esses mesmos autores são brilhantes em outras passagens, em que demonstram justamente essa vinculação e todas as suas consequências para a caracterização das fontes do direito. O cerne da crítica resulta simplesmente da discronia temporal entre a formação do precedente vinculante e o exercício do juízo constitucional difuso acobertado pela coisa julgada. Nem se diga que essa seja circunstância irrelevante; pelo contrário, trata-se de vicissitude que requer a maior atenção e cuidado dos operadores do direito, porque tem potencial para ensejar danos graves à segurança jurídica.

Daí que o *jus superveniens*, a que alude Marinoni⁴⁷⁸, para quem trata-se de categoria ontologicamente inconciliável com a coisa julgada, representa a influência da declaração ulterior de constitucionalidade do STF sobre os casos julgados.

⁴⁷⁷ Contudo, é bom que se diga, pelo tanto já exposto anteriormente, que o erro na aplicação da norma pode não conduzir, necessariamente, à conclusão do erro da decisão enquanto *lex specialis*, porque, como visto, o dispositivo da sentença pode encontrar sustentação em outras normas.

⁴⁷⁸ “O fundamento encontrado, mas não expressamente revelado, é *jus superveniens* ou direito superveniente. Porém, como é curial, o *jus superveniens* não pode ter efeitos retroativos sobre a coisa julgada” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 101).

Esclarece-se, desde logo, que afirmar que a retroatividade prevista pelos arts. 525, §15 e 535, §8º atinge e quebra a coisa julgada é cometer uma tautologia, porque toda e qualquer hipótese rescisória, por sua própria natureza, faz isso. Ademais, a asserção de que, por se tratar de declaração de inconstitucionalidade posterior ao trânsito em julgado, essa quebra da coisa julgada é indevida, representa uma petição de princípio⁴⁷⁹. Parte-se da premissa que a invocação de qualquer circunstância jurídica posterior ao trânsito em julgado como causa rescisória, o que o autor chama de *jus superveniens*, já é algo *de per se* indevido. Faltou explicar essa premissa, que se pretende autoevidente, para o legislador, quando ele estabeleceu a rescisória com base em prova nova ou com base na falsidade da prova, apenas descobertas de forma superveniente. Não se tem notícias de alegação da inconstitucionalidade desses dispositivos com base na autoexplicativa vedação do *jus superveniens*, embora eles sem dúvida estabeleçam como causa rescisória um fundamento superveniente ao trânsito em julgado. Portanto, o que faltou verdadeiramente demonstrar não é que a ação rescisória viole a coisa julgada – porque ela sempre o faz -, ou que a rescisória em questão está baseada em evento futuro, isto é, em declaração superveniente de inconstitucionalidade de norma – porque ela claramente tem esse fundamento -, mas, sim, de que maneira essa disciplina viola a segurança jurídica, princípio regente do sistema processual da coisa julgada.

Logrou-se reduzir, então, as críticas aos arts. 525, §15 e 535, §8º, ao cerne do que importa para qualquer hipótese rescisória, como de resto, já anunciado em momentos anteriores deste trabalho: trata-se de perquirir acerca de adequação aos princípios norteadores do sistema processual da coisa julgada, no qual a ação rescisória está inserida e que é regido notadamente pela concretização da segurança jurídica. Dessa forma, não é relevante discutir a “nulificação do sistema difuso de controle de constitucionalidade”, o *jus proprium* do poder Judiciário, o diálogo das fontes do direito ou as motivações da parte executada. Tudo isso apenas obscurece o ponto fulcral, que é a investigação de se e, em que medida, a declaração posterior de inconstitucionalidade de norma

⁴⁷⁹ Trata-se de técnica retórica falaciosa em que a conclusão já se encontra na própria premissa e, portanto, em verdade, a premissa não se presta a ser uma justificativa da conclusão, ficando ambas sem fundamento, num ciclo vicioso.

jurídica pode pretender tutelar o direito material e afetar os processos transitados em julgado sem perturbar, de forma indevida, a segurança jurídica e os ideais de confiabilidade e cognoscibilidade do direito, assegurados pela coisa julgada.

4.7.3 Uma tênue constitucionalidade: proposta de interpretação conforme à Constituição

O século XX presenciou atrocidades sem paralelo na história recente das civilizações, como os horrores do nazismo e da segunda guerra mundial. Mas trouxe, também, um notável desenvolvimento jurídico em termos de defesa de direitos humanos, como o fortalecimento da jurisdição constitucional.

Nas palavras de Cappelletti, o controle de constitucionalidade das leis “é um dos mais fascinantes entre os institutos jurídicos que foram criados pelo engenho do homem e, com certeza, um dos mais significativos da época em que vivemos”. É o resultado da sempre reemergente dialética entre o direito natural e o direito positivo, entre a justiça e o direito: “enquanto o direito não estava incorporado todo na lei, podia se considerar inválida a lei injusta”, mas a superação do jusnaturalismo pelo positivismo, embora tenha lançado as bases de um controle jurídico da justiça, provou-se insuficiente para atender aos anseios de uma justiça superior às leis. Essa foi cristalizada nas “Declarações de Direitos” e “Constituições”, documentos que, dotados de conteúdo axiológico e de supralegalidade, não apenas são a premissa básica para um controle de legalidade das próprias leis, como marcaram a superação de um Estado Absoluto para um Estado de Direito e representam “um dos valores mais preciosos do pensamento jurídico e político contemporâneo”⁴⁸⁰.

A Constituição é, então, uma “forma legalista de superar o legalismo, um retorno ao jusnaturalismo com os instrumentos do positivismo jurídico”. Mais do que um retorno, seria uma supressão (*Aufhebung*) hegeliana, pois a Constituição representa também a “superação dos velhos esquemas dos naturalistas: de um direito natural entendido como absoluto e eterno valor, a um jusnaturalismo histórico, direito natural vigente”. Deveras, “a norma

⁴⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 128/129.

constitucional, sendo também norma positiva, traz em si uma reaproximação do direito à justiça”, porque contém “conceitos de valor que pedem uma atuação criativa, antes, acentuadamente criativa” e “susceptível de adequar-se às mutações, inevitáveis, do próprio valor”. Nesse sentido, torna-se a Constituição a “tentativa, talvez impossível, talvez ‘faustiana’, mas profundamente humana, de transformar em direito escrito os supremos valores”; é a “tentativa de recolher, de definir, em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir, o absoluto”⁴⁸¹.

A jurisdição constitucional, a quem é confiada a tarefa de interpretar a Constituição, faustiano documento, é a garantia de definição do que não se pode definir; ao mesmo tempo, é “um instrumento para torná-la aceitável, adaptando-a às concretas exigências de um destino de perene imutabilidade”. Voltada para “a humanização daquele absoluto, para a concretização daqueles supremos valores que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das constituições, seriam fria e estática irrealidade”, a jurisdição constitucional “expressa em síntese a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das leis fundamentais”⁴⁸².

A lição de Mauro Cappelletti não poderia ser mais precisa, no descrever como a jurisdição constitucional é importante para o direito contemporâneo, que almeja a prevalência da liberdade e dos direitos sobre o arbítrio e o totalitarismo. Mostrou-a como a solução positiva para os problemas do positivismo, por meio da supressão do direito natural em normas constitucionais postas. Destarte, o exercício da jurisdição constitucional não é atividade de menor relevância na *práxis* jurídica, mas ocupa lugar de centralidade no fenômeno jurídico; irradia os seus efeitos para o ordenamento, para o Estado e para a sociedade, não mais de forma tipicamente jurisdicional, mas normativa. Por isso, o julgamento da constitucionalidade de uma norma pela corte constitucional é paradigmático no modelo constitucional: por meio dele não se define quem ganha ou quem perde, mas quais são as regras básicas do jogo.

Dada a importância da jurisdição constitucional, o ordenamento jurídico faz uma clara escolha pelo universalismo, ao definir a vinculatividade dos precedentes do STF. Embora admita-se que a interpretação da Constituição deva se abrir para todo o corpo social, a fim de adquirir legitimidade democrática,

⁴⁸¹ *Idem.* p. 129/130.

⁴⁸² *Idem.* p. 130/131.

com exigências procedimentais para a hermenêutica constitucional⁴⁸³, a última palavra sobre a sua interpretação deve ser da Corte Constitucional. Sem embargo da autorização concedida a cada juiz de realizar o controle difuso de constitucionalidade, a atuação da corte constitucional faz incidir a velha máxima: “*Roma locuta, tollitur quaestio*”. Nesse cenário, é coerente que, no “cálculo de risco” do ordenamento jurídico-processual, seja conferida especial relevância ao vício de uma decisão judicial que deixa de observar a interpretação constitucional vinculante da corte constitucional. Segue-se, com naturalidade, que essa especial relevância se traduza na formulação de uma causa rescisória.

O presente estudo enfoca a rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, e já se delimitou, após se rechaçar fundamentadamente as diversas críticas que lhe foram dirigidas, que a questão chave dessa hipótese é a sua temporalidade. A declaração da inconstitucionalidade da norma jurídica na qual se baseou a decisão rescindenda é, necessariamente, posterior ao trânsito em julgado dessa. Com isso, a adoção do universalismo não pode simplesmente abandonar qualquer particularismo, pois a discronia temporal evidencia que existiram e existem situações reguladas pelo controle difuso de constitucionalidade, o qual, embora não possa prevalecer para o futuro, não pode ser ignorado quanto ao passado.

A repercussão de uma situação tal para a segurança já foi percebida por Humberto Ávila, que apontou que a declaração de nulidade de norma incompatível com a superior atende às exigências da cognoscibilidade do direito, mas ofende a confiabilidade do ordenamento, por implicar desprezo às relações jurídicas estabelecidas com base na norma anulada. Do contrário, a preservação dos efeitos de uma norma ilegal defende a confiança por ela gerada, mas ataca a cognoscibilidade da legalidade ofendida⁴⁸⁴.

A lição serve para lembrar que o direito possui diversas dimensões temporais, como a memória, o perdão, a promessa e a retomada da discussão⁴⁸⁵. Especificamente na hipótese de rescisão de uma decisão que se

⁴⁸³ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição (Die offene gesellschaft der Verfassungsinterpreten: ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁴⁸⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 664.

⁴⁸⁵ OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005, p. 16/18.

baseou em norma declarada inconstitucional, estão em jogo a promessa da Constituição e a promessa normativa da sentença; fora do âmbito normativo, há também os fatos e as partes envolvidas, de modo a atuarem também o perdão, que permite a subsistência dos fatos já ocorridos em cumprimento ao comando da sentença, e a retomada da discussão, em homenagem à expectativa da parte de ver sua situação tratada de forma igualitária, à luz da Constituição.

A constatação da temporalidade do direito, com as exigências de que ele seja, na maior medida possível, cognoscível, confiável e calculável, dá a nota da segurança jurídica. Viu-se que essa é, essencialmente, um elemento definatório do próprio direito, embora seja ordinariamente referida como um princípio apenas para lhe conferir operacionalidade normativa. Deveras, sem segurança jurídica não se tem direito. Como não há, num estado constitucional democrático, justiça para além do direito positivo, tem-se que a segurança jurídica é um pressuposto da justiça⁴⁸⁶. Trata-se de uma premissa necessária, mas não suficiente, pois “o que é seguro pode não ser justo, mas o inseguro faz-se injustiça ao ser humano, tão carente de certeza que é ele em sua vida”⁴⁸⁷.

É noção assente de que a coisa julgada, ao tornar definitiva e imutável a norma jurídica concreta estabelecida pela sentença, é instrumento a serviço da concretização da segurança jurídica. Dessa forma, o sistema processual da coisa julgada exige a segurança e rejeita qualquer regulamentação que gere insegurança. Além disso, a disciplina dada pelos elementos integrantes do sistema, os quais, guardando observância aos ditames da segurança jurídica, definem a eficácia e os limites da *res judicata*, fazem com que essa, quando e onde incidir, contribua, de forma necessária, mas não suficiente, à consecução da justiça. Por isso, qualquer regra que retire a segurança do sistema, torna-o não apenas inseguro, mas, por si só, injusto.

Nesse sentido, os arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, sucessores dos arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73, inspiraram-se em regra que,

⁴⁸⁶ “O princípio da segurança jurídica, como se sustenta nesse trabalho, é um princípio pressuposto, como caracterizador dos estados ideais que precisam estar disponíveis para a eficácia dos outros princípios, sem segurança jurídica não há realmente como falar em justiça. Segurança não é renúncia à justiça, mas sua promoção.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 679.

⁴⁸⁷ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*. In: *Idem* (coord.). *Constituição e segurança jurídica; direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 167/168.

ao ver do legislador, parece justa e segura: o §79, da BVerfGG. Entretanto, a importação do texto legal estrangeiro foi incompleta: vocábulos importantes, contidos na redação da lei alemã, perderam-se na travessia do atlântico, não tendo encontrado tradução expressa e literal na lei brasileira. Refere-se à frase final do § 79 da BVerfGG, que dispõe serem inadmissíveis pretensões de enriquecimento ilícito⁴⁸⁸.

Trata-se de trecho fundamental da norma tedesca, que, ao disciplinar “o conflito entre a justiça no caso individual e a segurança jurídica objetiva”, numa “constelação que abrange diversas dimensões temporais”, estatuiu que, com exceção de casos penais, “a dimensão temporal do passado é por assim dizer sustada, é bloqueada diante do futuro”. Segundo Friedrich Müller, o bloqueio do passado diante do futuro é uma decisão em favor da segurança jurídica, tendo inclusive sido, por isso, elogiada pelo Tribunal Constitucional alemão, que viu nela um “princípio universal” de que uma decisão “que declara a nulidade de uma prescrição, em princípio não deve produzir efeitos sobre relações jurídicas já processadas, abstraindo da exceção de uma sentença penal transitada em julgado”⁴⁸⁹. Vê-se, portanto, que a proibição do atingimento dos efeitos já exauridos da sentença é a garantia de segurança jurídica da norma alemã e integra o seu caráter conciliatório. Sem ela, esse objetivo ficaria frustrado⁴⁹⁰. Trata-se, então, de “solução que, respeitando a separação de planos da validade da lei e do ato concreto, concebe fórmula adequada de impugnação” à decisão

⁴⁸⁸ “Se nota a clara intenção de transpor para o Direito brasileiro a hipótese da parte final do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, que preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada, mas impede a execução futura. Entretanto, o ilegítimo legislador governamental, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de que não cabe qualquer repetição do que tiver sido recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional” (GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 261).

⁴⁸⁹ MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão*. Palestra apresentada na Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf>; Acesso em: 12/11/19.

⁴⁹⁰ KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, n° 2, 1964, p. 139/141 e 205/206.

que, embora transitada em julgado, tenha aplicado norma declarada inconstitucional⁴⁹¹.

Malgrado não tenha o texto legal brasileiro sido tão claro e expresso quanto o alemão, convém investigar se a redação existente no CPC/15 não permitiria afirmar que a norma brasileira não contenha o mesmo conteúdo de dever ser de sua inspiração europeia. Lembre-se que texto e norma não se confundem e, portanto, o texto legal não encerra a atividade hermenêutica, mas representa seu ponto de partida. Deveras, a resposta é positiva, vale dizer, embora sem ter a mesma clareza e inequívocidade, o nosso código fornece, por meio dos seus arts. 525, §15 e 535, §8º, a mesma proibição do atingimento das situações exauridas. Isso já havia ficado claro quando se analisou os pressupostos e limites do juízo rescindente.

Com efeito, verificou-se que referidos dispositivos estão inseridos topograficamente no título do cumprimento de sentença do CPC/15, bem como contêm, na sua *fattispecie* processual, a menção à expressão “decisão exequenda”. Disso resulta que a norma somente tornou rescindível a eficácia condenatória da sentença (com exclusão das demais, identificadas como capítulos de eficácia imediata) e, mais do que isso, apenas a parcela em execução (com exclusão da parcela já executada). Nesse sentido, repisa-se que somente se rescinde aquilo que é rescindível e - com o perdão da continuada tautologia - o conteúdo não rescindível permanece intangível.

Com isso, além de a rescisão, em si, não atingir a parcela já executada da decisão rescindenda, não seria necessária qualquer norma expressa prevendo a vedação da pretensão de enriquecimento ilícito pelo executado. Caso esse propusesse uma ação em face do exequente com o propósito de obter a restituição daquilo que já lhe havia sido executado até o ajuizamento da rescisória, essa demanda seria invariavelmente extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, inciso V, do CPC/15, porque sua pretensão seria a de rediscutir matéria coberta pela coisa julgada, a qual, lembre-se, não foi rescindida e permanece íntegra.

⁴⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade de lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 99/103.

Por essas razões, discordou-se de Talamini, que considera a rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, como uma mera ação rescisória por violação de norma jurídica (art. 966, inciso V) com prazo distinto daquele do art. 975⁴⁹². Na verdade, o prazo distinto não é fruto de uma arbitrariedade, mas é consequência da natureza própria e inconfundível das hipóteses rescisórias. Nesse sentido, elencou-se, junto com Marcelo Barbi, diversas características que permitem concluir que os arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15 trazem uma ação rescisória única e peculiar: a assimetria temporal entre a decisão rescindenda e o paradigma de controle; a natureza da norma jurídica controlada; o fato de que a decisão rescindenda deve ser, também, exequenda, e que a rescisão se limita à eficácia condenatória em execução, mas ainda não executada⁴⁹³. Com isso, o prazo decadencial móvel é inteiramente coerente com a vertente subjetiva da teoria da *actio nata*.

Ademais, distinguir a ação rescisória dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, daquela do art. 966, inciso V, do mesmo diploma, e reconhecer, especialmente, que a primeira é hipótese rescisória com alcance sobremaneira mais restrito do que a segunda, é fundamental para lhe conferir constitucionalidade. Isso porque, outrora, o STF já suspendeu cautelarmente a eficácia de medida provisória que pretendia alargar o prazo decadencial para a propositura de ação rescisória⁴⁹⁴⁻⁴⁹⁵. Entretanto, dada a disparidade dos instrumentos processuais, a mesma violação à segurança jurídica que seria observada com a ampliação indefinida do prazo decadencial da ação rescisória do art. 966, inciso V, não se verifica quanto à dos arts. 525, §15º, e 535, §8º, que

⁴⁹² TALAMINI, Eduardo. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 379/380.

⁴⁹³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC*. In DIDIER JR., Fredie; CABRA, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 352.

⁴⁹⁴ ADI 1753 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998, DJ 12-06-1998 PP-00051 EMENT VOL-01914-01 PP-00040 RTJ VOL-00172-01 PP-00032.

⁴⁹⁵ Não se olvida que a *ratio decidendi* da medida cautelar fora a ausência de urgência a justificar a edição da medida provisória, bem como a infringência à isonomia processual, pois a ampliação do prazo beneficiaria apenas pessoas jurídicas de direito público. Entretanto, houve manifestações *obiter dictum* no sentido de que a ampliação do prazo seria objetivamente desarrazoada e violaria a segurança jurídica.

são sensivelmente mais restritivas. Embora a princípio pareçam temporalmente ilimitadas, as ações rescisórias com fundamento na superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma são pragmaticamente limitadas pela subsistência da execução, *conditio sine qua non* da rescisão.

Delineia-se, então, a constatação de que a correta identificação dos pressupostos e limites do *judicium rescindens* afigura-se essencial para garantir constitucionalidade à hipótese rescisória em estudo. Ademais, a vedação do atingimento de quaisquer situações já exauridas revela que, no que concerne aos graus de retroatividade, mencionados por Rui Medeiros, a retroação seria reduzida a grau mínimo. A declaração de inconstitucionalidade constitui uma causa superveniente para a rescisão da decisão que lhe é anterior, como, de resto, também ocorre com a descoberta da prova nova ou a superveniência de decisão sobre a falsidade da prova, mas isso não significa retroatividade. O máximo que se pode observar de retroação nesta hipótese diz respeito à restituição da parcela executada entre a citação do réu na rescisória e o advento do juízo rescindente, caso não tenha havido decisão monocrática cautelar suspendendo a execução. No mais, trata-se de conferir eficácia imediata às normas constitucionais, conforme interpretadas de forma vinculante pelo STF, evitando-se a produção de efeitos futuros com base em interpretação diversa, mas resguardando-se os efeitos já produzidos⁴⁹⁶.

Com essas considerações, percebe-se que somente se poderá afirmar que a coisa julgada surge e subsiste *sub conditione* se, com isso, se quer designar tão somente a circunstância de ela ser rescindível com base em causa superveniente. O essencial, porém, não é a percepção de que a causa rescisória é superveniente e seu prazo decadencial tem termo inicial subjetivo móvel, não conjugado com termo objetivo fixo, porque outras hipóteses rescisórias o fazem, como aquela ajuizada pelo Ministério Público ou pelo terceiro prejudicado, com fundamento na simulação ou da colusão das partes (art. 966, inciso III, c/c art.

⁴⁹⁶ Antônio do Passo Cabral, ao defender a relevância do direito superveniente para fins de quebra das estabilidades processuais, já havia apontado, mesmo antes da entrada em vigor do novo CPC, para a diferença entre a incidência de uma norma uma única vez para o acerto do litígio, e sua contínua incidência na execução ou cumprimento de sentença, caso em que a "alteração normativa repercute no espaço de estabilidade e poderá justificar a quebra do *decisum*" (CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 628).

975, §3º, ambos do CPC/15). O ponto central é garantir que a execução fundada na decisão transitada em julgado e sujeita à rescisão por superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma jurídica não se torne uma execução provisória e condicional, mas continue sendo definitiva. Para tanto, isto é, para que a execução seja mesmo definitiva, é preciso que “o que o autor conseguiu com fundamento em uma decisão irrecorrível – seja pela execução forçada, seja pela execução voluntária do réu -, não tem ele de restituir”⁴⁹⁷, com a ressalva já feita sobre o significado da citação na ação rescisória.

Decerto, invoca-se a ocorrência de evento superveniente para quebrar a coisa julgada, mas apenas para a prevenção de danos atuais e futuros de uma execução que se tornou objetivamente indevida, enquanto os danos passados estão fora de alcance. Nesse sentido, a eficácia da declaração de inconstitucionalidade definida pelos novo CPC assemelha-se à construção de uma represa: enquanto não finalizada a sua construção, com a fixação do precedente vinculante, o fluxo do rio segue naturalmente; já a decisão do STF e o ajuizamento da rescisória representam o fechamento das comportas; a partir daí, nenhuma torrente passará, mas o que já passou será, realmente, águas passadas.

Retomando-se às dimensões temporais do direito, tem-se uma retomada de discussão, causada por fenômeno superveniente, ao qual o ordenamento jurídico concede imensa relevância, que é o exercício do controle de constitucionalidade. Ao mesmo tempo, prevê-se o perdão para o que já passou, em atenção à igualmente importante confiança que deve ser gerada pelas decisões judiciais transitadas em julgado. Nem o universalismo nem o particularismo monopolizam a justiça e, no processo civil contemporâneo, devem coexistir, cada qual ao seu tempo e em suas funções. A transição do passado ao futuro deve incluir a conjugação da retomada de discussão, exigida pelo universalismo e pelo advento do precedente, com o perdão, exigido pelo

⁴⁹⁷ “§79 II 4 ist daher die notwendig Ergänzung zum Satz 1: was ein Gläubiger auf grund eines unanfechtbare Entscheidung – sei es im wege der Zwangsvollstreckung, sei es durch freiwillige Leistung des Schuldners – erhalten hat, braucht er nicht herauszugeben”. KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigerklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, nº 2, 1964, p. 205/206; YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *A eficácia temporal da desconstituição da sentença transitada em julgado no Brasil e na Itália*. In ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 440/441.

particularismo e pela coisa julgada, para que o produto seja um ordenamento jurídico-processual “protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis”⁴⁹⁸. Em outras palavras, cuida-se de encontrar o “equilíbrio entre alteração e permanência de posições jurídicas” numa “segurança temporalmente balanceada entre as conquistas pretéritas, as exigências do presente e as expectativas e prognoses futuras”⁴⁹⁹.

Em conclusão, nas múltiplas temporalidades do amálgama indissolúvel de universalismo e particularismo, autoridade das decisões da corte constitucional e expectativas legítimas das partes, a norma dos arts. 525, §15, e 535, §8º, do CPC/15, contém, em si mesma, a garantia da segurança jurídica e, por isso, da sua constitucionalidade, desde que interpretada da maneira como ora proposta, notadamente no que tange à estrita limitação do juízo rescindente à eficácia condenatória em execução. Excluem-se da rescindibilidade a parcela imediatamente efetiva da sentença (eficácias declaratória e constitutiva) e a parcela já executada até a citação. Eis a proposta de interpretação conforme à Constituição. É, realmente, uma tênue constitucionalidade e, caso o intérprete vacile o pouco que seja na delimitação do campo da rescindibilidade, alargando-o indevidamente, igualando-o indiscriminadamente às demais hipóteses rescisórias ou permitindo-lhe o atingimento dos efeitos exauridos (*rapporti esaurite*) da decisão rescindenda, então a norma obtida será irremediavelmente inconstitucional.

⁴⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142.

⁴⁹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 366.

5 CONCLUSÕES

A tarefa de estabelecer a constitucionalidade de uma hipótese rescisória não é fácil. Para tanto, foi necessário compreender o relacionamento entre tempo e direito e fixar que a segurança jurídica é elemento definitivo desse último, essencial para que ele cumpra com sua finalidade de ordenação da vida social. Essa constatação provou-se insuficiente, pois é preciso ver a segurança jurídica também como princípio, a fim de que ela possa ter a força normativa de orientar e dar fundamento ao sistema processual da coisa julgada. Complexo, esse sistema contém diversos elementos, como os limites objetivos, subjetivos e temporais e a eficácia preclusiva da coisa julgada, bem como inclui os instrumentos rescisórios, que, se bem destruam a *res judicata*, provam dialeticamente a sua força, pela natureza estrita, taxativa e excepcional das hipóteses de rescindibilidade admitidas pelo ordenamento.

A taxatividade das hipóteses rescisórias foi uma premissa conquistada a custo: foi necessário perpassar e rejeitar, uma a uma, as teorias da relativização da coisa julgada, que pretendiam desconsiderar, atipicamente, a estabilidade. No percurso, pôde-se ressaltar a importância de uma visão positivista e hermenêutica do direito, que confere importância ao momento interpretativo e, ao mesmo tempo, mantém o intérprete vinculado à legalidade. Expuseram-se os perigos que rondam as ideias jusnaturalistas, sempre *prima facie* sedutoras, porque apoiadas em altos desígnios de justiça, mas que, invariavelmente, conduzem ao arbítrio e daí ao abandono do Estado de Direito e à obliteração dos direitos. A conclusão mais importante a que se chegou, na refutação das teorias relativizadoras, foi a de que a justiça pressupõe a segurança jurídica, embora essa seja uma premissa necessária, mas não suficiente, à obtenção da justiça. Especificamente em relação à coisa julgada, mostrou-se curial compreender que ela é uma regra formal, cuja *fattispecie* não diz respeito à justiça do conteúdo da sentença, mas pressupõe tão somente o seu trânsito em julgado para fazer incidir o preceito, que é a intangibilidade da decisão.

Essas não foram as únicas conclusões que o estudo das teorias da relativização da coisa julgada ensejou. Estabeleceu-se a medida da importância da coisa julgada para a jurisdição e logrou-se aproveitar o paradigma da segurança-continuidade para a “questão julgada” (coisa julgada sobre a questão

prejudicial). Percebeu-se a imprestabilidade da noção da inexistência jurídica, que seria meramente uma anulabilidade em alto grau. Ademais, demonstrou-se o equívoco de querer equiparar o regime de controle de constitucionalidade das decisões judiciais ao das leis, porque são elementos que se encontram em planos distintos da concretização do direito.

Constatou-se, também, que a coisa julgada, conquanto primordial à concretização da segurança jurídica, não é absoluta. Seu sistema processual conhece limites objetivos, subjetivos, temporais e a sua eficácia preclusiva coexiste com o antagonismo da ação rescisória. Assim, nas hipóteses taxativas e expressamente previstas pelo ordenamento jurídico, admite-se a persistência da busca pela justiça material do caso concreto, por meio da ação rescisória, malgrado a estabilidade da decisão. Essas hipóteses, porém, devem se adequar às exigências da segurança jurídica, que fundamenta e orienta esse sistema processual da coisa julgada.

Em revista ao direito estrangeiro, estudou-se a disciplina dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma sobre a coisa julgada nos sistemas alemão, italiano e português. Notou-se que, embora com pequenas variações, estabeleceu-se nesses ordenamentos um princípio da nulidade da lei inconstitucional, com qual se relaciona a retroatividade da sua declaração judicial, na forma de dependência e complementariedade. A retroação depende da nulidade e a complementa, saneando a ordem jurídica lesada pela norma inconstitucional, mas o faz de diversas formas (graus de retroatividade) e apenas quando isso não colidir com outros princípios e valores relevantes ao ordenamento. O atingimento retroativo dos atos singulares pela declaração abstrata afeta os casos pendentes e respeita os já exauridos (*rapporti esaurite*).

Registrou-se, ainda, a coexistência, no processo civil, das concepções universalistas e particularistas de justiça, e constatou-se que a primeira ganha especial e justificada prevalência, em se tratando dos pronunciamentos da corte constitucional. A jurisdição constitucional vinculante foi estabelecida como conquista irreversível da tutela dos direitos humanos e do estado constitucional, sendo natural que ela passe a ocupar posição de supremacia na legislação processual, sem que isso implique diminuição das funções dos órgãos jurisdicionais ordinários. Corolário disso é a razoabilidade da eleição, pelo direito positivo, da superveniente declaração de inconstitucionalidade de norma como

causa de rescisão de decisões judiciais. Todavia, percebeu-se, também, que os julgamentos abstratos do controle de constitucionalidade das normas não têm repercussão automática sobre os atos singulares. Quando o têm, essa influência encontra nos atos já exauridos um limite para a retroatividade. O particularismo não cedeu todo o terreno e foi amparado por exigências de segurança jurídica.

Após detida e aprofundada leitura dos arts. 525, §15 e 535, §8º, do CPC/15, concluiu-se que a redação legal já contém todo o material que o intérprete necessita para dela extrair uma norma em conformidade com a Constituição. Para tanto, basta compreender que o *judicium rescindens* limita-se à eficácia condenatória em execução da decisão rescindenda e daí tirar todas as consequências pertinentes, dentre elas a de se excluir da rescindibilidade a parcela imediatamente efetiva da sentença (eficácias declaratória e constitutiva) e a parcela condenatória já executada até a citação do réu na ação rescisória. De notável caráter conciliatório de interesses e paradigmas contrapostos, a norma tem inspiração alemã, mas poderá se adaptar bem às exigências da comunidade jurídica brasileira, tão carente que é de segurança, justiça e igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; SANTOS, Maira Bianca Scavuzzi de Albuquerque. *A relativização da coisa julgada material injusta: um estudo à luz da teoria dos enunciados performativos de John L. Austin*. In *Revista de Processo*, vol. 284/2018, p. 77 – 113, Out / 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ALMEIDA, João Alberto de. *Aspectos constitucionais da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Ação rescisória e querela nullitatis*. Salvador: JusPodivm, 2019.

ANDRADE, Érico. Nunes, Dierle. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o “mistério” da ausência de formação da coisa julgada*. In FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada*. Salvador: Juspodivm, 2015.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

AUSTIN. John L. *How to do things with words*. Oxford: Clarendon Press, 1975.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Mackenzie, 1967.

_____. *Ainda e sempre a coisa julgada*. *Revista dos Tribunais*, nº 416/9, jun. 1970, São Paulo.

_____. *Eficácia da sentença e coisa julgada*. In *Temas de direito processual* (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *As presunções e a prova*. In *Temas de direito processual*, primeira série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Considerações sobre a chamada “relativização” coisa julgada material.* In Temas de direito processual. 9ª Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.* 7ª edição. São Paulo, Saraiva, 2016.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão.* Salvador: JusPodivm, 2018.

BERMUDES, Sérgio. *Sindérese e coisa julgada inconstitucional.* In NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord). *Coisa julgada inconstitucional.* 4ª Edição. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

BOBBIO, Norberto. *La certeza del diritto é um mito?* Rivista internazionale di filosofia del diritto v.28, 1951.

_____. *Teoria da norma jurídica.* São Paulo: Edipro, 2016.

BONATO, Giovanni. *Considerações sobre a coisa julgada: limites objetivos e eficácia preclusiva.* In LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgar Audomar; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis.* 3ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2018.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Bens sujeitos à proteção do Direito Processual Constitucional.* In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Relativização da coisa julgada material.* In DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada.* Salvador: JusPodivm, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Lisboa: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Porto Alegre: Fabris, 1984.

CRAMER, Ronaldo. *Impugnação da sentença transitada em julgado fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional.* Revista de Processo, vol. 164/2008, p. 211-234, Out/2008.

CRISAFI, Marina; TRUNFIO, Eugenia. *L'azione e il giudicato: presupposti, condizione ed effetti.* Milão: Giuffrè, 2015.

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, C.V.; DELGADO, J. A. Coisa julgada inconstitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual*. 13ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Algumas reflexões sobre o termo inicial do prazo decadencial de ajuizamento de ação rescisória no Código de Processo Civil de 2015*. In JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata Christiana Vieira; REZENDE, Ester Camila Norato; LANNA, Helena. *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Corte de Cassação e Corte Constitucional da Itália*. In GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ANDRADE, Érico (coord); FREITAS, Pedro Augusto Silveira (org). *Organização judiciária no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. *Direito e Tempo*. In JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maíra Terra (Org). *Processo civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Salvo de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 281/293.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ALMEIDA, Tiago Flecha de. *Estudos transdisciplinares em direito processual civil: um breve convite à reflexão*. In Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n.º 111, p. 351/376, jul/dez, 2015.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Diretivas para a rescisão da coisa julgada face à posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: arts. 525, §15, e 535, §8º, CPC*. In DIDIER JR., Fredie; CABRA, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2018.

GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição (Die offene gesellschaft der Verfassungsinterpreten: ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

KNESER, Andreas. *Der Einfluss der Nichtigkeitsklärung von Normen auf unanfechtbare Entscheidungen*. In *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 89, p. 129-211, nº 2, 1964.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LEENEN, Detlef. *Die Neuregelung der Verjährung*. In *JuristenZeitung* 56. Jahrg., n. 10, Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung am 30./31. März 2001 in Berlin (18. Mai 2001), p. 552-560.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Limites objetivos e eficácia preclusiva da coisa julgada*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Coisa julgada, efeitos da sentença, “coisa julgada inconstitucional” e embargos à execução do art. 741, par. ún*. In *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 25, n. 84, p. 145-167, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material)*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Coisa julgada sobre questão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Ação rescisória: do juízo rescindente ao juízo rescisório*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Coisa julgada inconstitucional: considerações sobre a declaração de nulidade de lei e as mudanças introduzidas pela Lei nº 11.232/2005*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *O papel do Senado no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. In *Revista de informação legislativa*, nº 179, p. 257/276, Brasília, Senado Federal, jul/set 2008.

MERKL, Adolf. *Il dúplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*. Milão: Giuffré, 1987.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MÜLLER, Friedrich. *O significado teórico de 'constitucionalidade/inconstitucionalidade' e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão*. Palestra apresentada na Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf>; Acesso em: 12/11/19.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Coisa julgada, segurança jurídica e verdade social: justiça da decisão judicial*. In NASCIMENTO, C. V.; THEODORO JR., H; FARIA, J.C.; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NERY JR., Nelson. *A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito*. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Código de Processo Civil comentado*. 4ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019.

NIEVÁ-FENOLL, Jordi. *Coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

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

_____. *A fiscalização da constitucionalidade em Portugal*. In *Cadernos de Direito*, Piracicaba, nº 5, p. 121/130, jan/dez 2005.

PETERS, Bele Carolin. *Der Gütegedanke im deutschen Zivilprozeßrecht: Eine historisch - soziologische Untersuchung zum Gütegedanken im Zivilverfahrensrecht seit 1879*. Tese (Doutorado em Direito). Fakultät der Friedrich Schiller Universität Jena, Jena/Alemanha, 2004.

PIRES, Maria Coeli Simões. *Direito adquirido e ordem pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual e relativização da coisa julgada*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%83%C2%A9rgio%20G.%20Porto\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%83%C2%A9rgio%20G.%20Porto(2)%20-%20formatado.pdf); acesso em: 16/10/19.

PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*. In *Rivista di Diritto Procesuale*, Padova, nº 2, abr/jun, 1990.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Leyes que non son derecho y derecho por encima de las leyes*. In RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E.; WELZEL, H. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade*. In: *Idem* (coord.). *Constituição e segurança jurídica; direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SCHMIDT, Eberhard. *La ley y los jueces*. In *Derecho injusto y derecho nulo*. RADBRUCH, G.; SCHMIDT, E.; WELZEL, H. Madrid: Aguilar, 1971.

SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Porrúa, 1975.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Coisa julgada relativa?* In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

SCHÖDINGER, Erwin. *Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik*. In *Die Naturwissenschaften*, 29/11/1935, v. 23, caderno 48.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TALAMINI, Eduardo. *Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade*. In Revista de Processo, vol. 106/2002, p. 38-83, Abr-Jun, 2002.

_____. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

_____. *Os pronunciamentos do STF sobre questões constitucionais e a sua repercussão sobre a coisa julgada (impugnação ao cumprimento do título executivo inconstitucional e a regra especial sobre prazo de ação rescisória)*. In DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo (coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018.

TARUFFO, Michele. *As funções das cortes supremas entre uniformidade e justiça*. In ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; Repito SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TELES, Miguel Galvão. *Inconstitucionalidade pretérita*. In Nos dez anos da Constituição. Lisboa: 1986.

THEODORO JR., Humberto. *Embargos à execução contra a Fazenda Pública*. In: *Regularização Imobiliária de Áreas protegidas*. Volume II, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1999.

_____. *O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado*. In: Revista de Processo, vol. 127, p. 9-53, Set / 2005.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. V. III. 47ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Reflexões sobre a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle*. In NASCIMENTO, C. V. do; THEODORO JR., H; FARIA, J.C. de; *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: Fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VILLAS BOAS JR., Ismael. *Organização judiciária alemã*. In GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; ANDRADE, Érico (coord); FREITAS, Pedro Augusto Silveira (org). *Organização judiciária no direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado*. In NASCIMENTO, C.V.; DELGADO, J. A. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. *Relativização da coisa julgada*. In DIDIER JR., Fredie. *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

WELZEL, Hans. *El problema de la validez del derecho (una question limite del derecho)*. In RADBRUCH, G; SCHMIDT, E; WELZEL, H. *Derecho injusto y derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisórios*. São Paulo: Malheiros, 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *A eficácia temporal da desconstituição da sentença transitada em julgado no Brasil e na Itália*. In ZUFELATO, Camilo; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil-Itália de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 4ª edição. Salvador: JusPodivm, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In DIDIER, Fredie (org). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.