

## COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

### UNCONSTITUTIONAL *RES JUDICATA*

Sérgio Valladão Ferraz<sup>1</sup>

#### RESUMO

O presente trabalho trata, em sua primeira parte, da flexibilização ou relativização da coisa julgada material, abordando primeiramente o instituto da coisa julgada como pressuposto formal da estrutura da atividade jurisdicional e, em última instância, da existência de um discurso jurídico-jurisdicional. Destaca-se a essencialidade da coisa julgada material para a afirmação do poder estatal e da efetividade da tutela jurisdicional de direitos. Por fim, define-se conceitualmente o que seja coisa julgada formal e material, delimitando suas áreas objetiva e subjetiva de abrangência e suas funções negativa e positiva, até se destacar a eficácia preclusiva da coisa julgada como aspecto indispensável a sua configuração. Na segunda parte, apresenta-se a tese de relativização da coisa julgada para, em um terceiro momento, desnudar-se, a partir de uma posição teórica pós-positivista de matiz não jusnaturalista, o caráter jusnaturalista das teses que relativizam a coisa julgada. Na quarta e última parte, analisa-se a coisa julgada inconstitucional, partindo-se de uma comparação entre o caráter da decisão de inconstitucionalidade nos direitos brasileiro e alemão, e discute-se a legitimidade de decisão jurisdicional que declara a inconstitucionalidade da lei no caso concreto, no sistema difuso.

Palavras-chave: Coisa Julgada Material. Relativização da Coisa Julgada. Decisão de Inconstitucionalidade. Legitimidade da Decisão Jurisdicional.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Procurador da República no Paraná. *E-mail*: valladao\_ferraz@yahoo.com.br

## ABSTRACT

The present work deals with, in its first part, the flexibility or relativization of material *res judicata*, addressing first the Institute of *res judicata* as formal assumption of jurisdictional activity structure and, ultimately, the existence of a legal and judicial speech. The essentiality of material *res judicata* for the assertion of State power and of the effectiveness of the judicial protection of rights. Finally, define conceptually what is *res judicata* and formal material, delimiting its objective and subjective areas of scope and its negative and positive functions, until you highlight the effectiveness preclusiva of *res judicata* as indispensable aspect to your configuration. Second, the thesis of relativization of *res judicata* in a third moment, strip, from a theoretical position approaches not *jusnaturalista* hue, the *jusnaturalista* character of the thesis to make relative the *res judicata*. In the fourth and last part the thing judged unconstitutional, based on a comparison between the character of the decision of unconstitutionality in the Brazilian and German rights and discusses the legitimacy of judicial decision declaring the unconstitutionality of the law in this case, the diffuse system.

Keywords: Res Judicata. Relativization of Res Judicata Material. Decision of Unconstitutionality. Legitimacy of The Judicial Decision.

## INTRODUÇÃO

No presente trabalho, procuramos abordar alguns dos principais problemas que circundam a discussão sobre a “coisa julgada inconstitucional”, isto é, sobre o que acontece com a decisão jurisdicional revestida da imutabilidade própria à coisa julgada material quando, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal (STF) declara inconstitucional ou constitucional o ato normativo que serviu de parâmetro para a decisão já transitada em julgado.

A problemática objeto deste trabalho se insere no âmbito das discussões sobre a chamada *flexibilização* ou *relativização* da coisa julgada material – sendo um capítulo específico desta pesquisa –, que é mais ampla e abrange outras questões que não envolvem especificamente a “coisa julgada inconstitucional” e suas questões.

Na primeira parte deste trabalho, será focalizado o instituto da coisa julgada. Iniciamos desenvolvendo a ideia de que a coisa julgada é um pressuposto formal que compõe a estrutura da própria atividade jurisdicional, sem a qual não é sequer possível a existência de um discurso jurídico-jurisdicional. Em seguida, destacamos como a coisa julgada material é essencial à afirmação do poder estatal e à efetividade da tutela jurisdicional de direitos. Chegamos, então, à definição conceitual do que seja a coisa julgada formal e material, delimitando suas áreas objetiva e subjetiva de abrangência e suas funções negativa e positiva, até, finalmente, destacarmos a eficácia preclusiva da coisa julgada como aspecto indispensável a sua configuração.

O trabalho prossegue, em sua segunda parte, apresentando a tese da relativização da coisa julgada, que, para fins didáticos, dividimos em duas correntes principais: uma que defende a relativização “forte” da coisa julgada; e outra que propugna uma flexibilização “fraca”, moderada. As principais vozes de ambas as linhas doutrinárias serão realçadas e explicadas.

A terceira parte busca desnudar o caráter jusnaturalista que inegavelmente reveste as teses tendentes à relativização da coisa julgada, escudadas em grande parte na *onda* do principialismo brasileiro de inspiração provinda de Ronald Dworkin.

O presente trabalho parte de uma posição teórica fincada no pós-positivismo de matiz não jusnaturalista, ou seja, aquele que procura avançar além dos diversos positivismos, mas sem retorno a quaisquer categorias jusnaturalistas. Por isso, é tecida forte crítica às relativizações da coisa julgada já sob o ângulo em que estas se depreendem de concepções ligadas a um (inexistente e insustentável cientificamente) direito *natural*.

Após ter sido lançado esse substrato teórico-dogmático, a quarta e última parte deste artigo analisa especificamente o fenômeno da *coisa julgada inconstitucional*. Após uma breve passagem sobre teoria da norma, em que ressaltamos o caráter de coparticipação do intérprete na produção da norma jurídica, fazemos uma análise comparativa do caráter da

decisão de inconstitucionalidade nos direitos brasileiro e alemão, chegando à conclusão de que aqui, como lá, essa decisão sempre tem natureza constitutiva. Em seguida, discutimos a legitimidade da decisão jurisdicional que declara a inconstitucionalidade da lei no caso concreto, no sistema difuso, por qualquer juiz ou tribunal brasileiro – respeitando-se a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF). Em face da natureza constitutiva das decisões de inconstitucionalidade, verifica-se a eficácia temporal dessas decisões. Concebe-se, então, que o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos não deve ser confundido com o controle específico de constitucionalidade das decisões jurisdicionais, pois este é feito pelas suas vias próprias, endo ou exoprocessuais, que serão analisadas.

Aporta-se no conceito, construído pelo STF, de *coisa soberanamente julgada*, explicitando-o. E, finalmente, abordamos, à luz da posição até então já revelada, as questões da inconstitucionalidade da possibilidade de flexibilização da coisa julgada pela via da impugnação ao cumprimento da sentença ou dos embargos à execução e à incidência da declaração de (in)constitucionalidade sobre as relações jurídicas continuativas.

Enfim, o presente trabalho pretende contribuir para a discussão, propugnando basicamente a favor da não relativização da coisa julgada material, instituto indispensável não apenas à pacificação social, como especialmente à própria efetividade da tutela dos direitos das pessoas e das coletividades.

## 1 A COISA JULGADA

### 1.1 A COISA JULGADA É PRESSUPOSTO ESTRUTURAL DE POSSIBILIDADE DO DISCURSO JURÍDICO-JURISDICIONAL

O discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, como afirma Robert Alexy.<sup>2</sup> Não é necessário subscrever ou sequer analisar quaisquer de suas conclusões no que tange a sua *teoria da justificação jurídica*, que beira ao jusnaturalismo no que toca à *normatividade dos princípios*, para afirmar a correção da assertiva transcrita sob o ponto de vista do direito exigido pelo Estado Democrático de Direito contemporâneo.

E isso é assim porque o discurso jurídico, tal qual o discurso prático geral, se ocupa de questões práticas, voltando-se a decidir o que deve ou não ser feito e o que deve ou não

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005, p. 209-217.

ser deixado de fazer; exige-se do resultado do discurso o atingimento de decisão correta (e aqui, mesmo sabendo-se que a maioria das questões jurídicas admite que mais de uma resposta pode ser igualmente considerada correta – posição que esposamos –, o que não desnatura a característica do discurso jurídico buscar essa correção, disto decorre a exigência de fundamentação das decisões). Porém, o discurso jurídico se singulariza em relação ao discurso prático genérico em razão da existência de vários tipos de limitação que concernem a sua estrutura.

E assim como o discurso jurídico é uma espécie do gênero *discurso prático geral*, existem diversos subtipos de discursos jurídicos com estruturas internas peculiares. Entre os diversos tipos de discursos jurídicos, institucionalizados (como as negociações no processo judicial e as deliberações judiciais) ou não institucionalizados (como a produção da ciência jurídica, os debates legislativos, as discussões entre juristas ou estudantes, a análise feita na imprensa), toca ao nosso tema o específico âmbito do discurso jurídico institucionalizado na ação jurisdicional, que se desenvolve por meio e no processo.

Uma das características peculiares ao discurso jurídico-jurisdicional, ou jurídico-processual, que o singularizam diante dos demais é a existência de um especial conjunto de limitações que proporcionam certo *fechamento* argumentativo, excluindo do debate uma série de questões (que são admissíveis em outros discursos práticos jurídicos ou extrajurídicos). Aliás, o discurso do (e no) processo é o discurso jurídico que é caracterizado pela mais intensa limitação argumentativa, em relação aos demais.

Entre os limites mais importantes, é possível elencar, com inspiração em Alexy, os seguintes: os papéis dos interlocutores são desigualmente distribuídos; a participação do acusado/demandado não é voluntária; a obrigação de dizer a verdade é limitada; existe limite de tempo em que deve ser deliberada a decisão, além de existirem diversos limites temporais para o desenvolvimento de marcos específicos da argumentação; há regulação pelas normas processuais; as partes são instruídas a se guiar pelos seus próprios interesses, sem qualquer preocupação (ao menos na maioria das vezes) com a obtenção de um resultado justo ou correto, almejando um resultado que seja vantajoso para si. Acrescento ainda a proibição do *non liquet*, que, juntamente com a limitação temporal para a tomada de decisão, compreende a obrigatoriedade de prolação de decisão.

Portanto, o discurso jurisdicional-processual é um tipo específico de discurso jurídico, que é em si uma espécie do gênero maior *discurso prático geral*. Discurso jurídico-jurisdicional (ou processual) é aquele desenvolvido na e pela atividade típica do Poder Judiciário, atividade jurisdicional a que se refere a Constituição Federal como fundamento da República no art. 2º – separação das funções do poder político do Estado – e concebido como direito fundamental no art. 5º, em especial em seu inciso XXXV. É direito positivo constitucional e fundamental, portanto.

A atividade jurisdicional – no seu discurso – tem como característica estrutural básica a *obligatoriedade de decidir o caso*. O termo *caso* é aqui entendido como o conflito deduzido perante o poder jurisdicional, seja em concreto ou em abstrato – pois também trata das questões discutidas em abstrato, como as inerentes ao controle abstrato de constitucionalidade. Essas questões apresentam-se como casos a demandarem decisão e distinguem-se dos casos concretos em razão de seu caráter *erga omnes* em processos sem partes (exceto partes formais ou processuais) no sentido material-individualista, sendo as questões abordadas sob a dimensão hipotético-normativa. No entanto, ainda assim são casos revestidos das mesmas limitações inerentes a todo discurso jurídico-processual.

Se existe obrigatoriedade de decidir, existe *proibição de não decidir*. A atividade jurisdicional não pode desembocar em uma não decisão.

A não decisão pode acontecer por duas vias: (a) o juiz resolve não decidir porque não se acha capaz de decidir; ou (b) o juiz não decide porque mantém a discussão indefinidamente, não a finalizando.

Para solucionar o primeiro problema, o direito positivo proíbe o *non liquet* (não decido), de maneira que o juiz não pode deixar de decidir (a) em razão de não existir no ordenamento jurídico norma específica para reger o caso (a questão da lacuna normativa); assim como (b) deficiências na cognoscibilidade do caso, por exemplo, por permanecer dúvida sobre matéria fática após a instrução probatória, não podem afastar a obrigatoriedade de decidir. O sistema jurídico cria parâmetros para a superação das lacunas por meio de atividade integradora (criativa, ainda que parcialmente) do juiz e modula o ônus da prova de maneira que a dúvida sobre questões fáticas ensejem decisão favorável a tal ou qual ator processual.

Já para resolver o segundo problema, o direito positivo, e de estatura constitucional – ressalte-se –, cria o instituto da coisa julgada (material). Para que existe o discurso jurídico-jurisdicional? Para solucionar os conflitos intersubjetivos de maneira conforme ao direito – logo, segundo um parâmetro que chamo de *justiça jurídica*, que alguns designam como *justiça formal*, em contraposição a qualquer ideia regulatória de justiça extrajurídica, descolada do direito positivo. Sem uma decisão a respeito do conflito, este se pereniza, o que é rechaçado pelo próprio sistema jurídico.

O debate inerente ao discurso precisa ter um fim. E este acontece, em nosso ordenamento jurídico, no momento em que não cabe mais ação rescisória da decisão transitada materialmente em julgado. Conforme voltarei a abordar mais detalhadamente adiante, nosso sistema criou um mecanismo de encerramento da discussão jurisdicional bipartido em dois momentos sucessivos no tempo: (a) primeiramente, quando não couber mais nenhum recurso (meio endoprocessual de impugnação de protodecisões jurisdicionais)

contra a decisão (ainda provisória, antes de se tornar totalmente definitiva) que resolveu o mérito, há a coisa julgada material – mesmo que esta estabeleça uma fortíssima estabilização da decisão (ainda provisória), que não pode mais *prima facie* ser alterada; (b) ainda há a possibilidade do discurso jurídico prosseguir, e assim a decisão ser cancelada ou modificada, por meio da ação rescisória (meio exoprocessual de impugnação de decisões ainda não totalmente definitivas e, pois, ainda provisórias, no sentido de que se expõem à ação rescisória), de maneira que apenas quando não mais couber ação rescisória da decisão esta pode ser considerada definitiva.

A coisa julgada material, em regra, acarreta o fim do discurso jurídico; porém, em razão de especialíssimas hipóteses, previstas no direito positivo, poderá o discurso jurídico se estender ainda no bojo de ação rescisória tempestivamente suscitada para (re)discutir a questão. Portanto, o sistema implica uma *progressiva gradação da estabilização da decisão jurisdicional*, que só atinge o seu ápice ao final do prazo para a ação rescisória da decisão já transitada em julgado, momento em que surge a “coisa soberanamente julgada”.<sup>3</sup>

Após o prazo para a interposição de ação rescisória, não há mais qualquer possibilidade de se reiniciar o discurso jurídico-jurisdicional sobre a questão de mérito decidida. É importante ressaltar a diferença conceitual entre “coisa julgada” material e “coisa soberanamente julgada” (sempre material), sendo esta alcançada apenas quando não couber mais ação rescisória da decisão transitada em julgado. A possibilidade de ação rescisória sempre enseja uma extensão temporal do prazo para a real estabilização da substância da coisa julgada.

É possível, no entanto, que tenha havido um vício transrescisório, consistente em não ter sido anteriormente formado um discurso jurídico efetivo, tendo ocorrido apenas mera aparência de discurso jurídico. Se a decisão, proferida em desfavor do réu, foi formada em processo que se desenvolveu a sua revelia e (a) sem que tenha sido citado para comparecer ao debate – inexistência de citação; ou (b) a citação tenha sido feita de maneira defeituosa e por isso inválida – nulidade da citação, não chegou minimamente a haver um discurso jurisdicional. A citação é um pressuposto processual de existência do

---

<sup>3</sup> Nas palavras do Ministro Celso de Mello, conforme o seguinte extrato: “A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o esgotamento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.” (STF – RE 594350/RS – DJE de 11.06.2010).

processo e, por isso, se não foi feita, simplesmente não existe processo e, pois, não existe qualquer discurso.<sup>4</sup> Se a citação é eivada de vício que a torne nula, o processo é inválido de tal maneira que, pela ausência de participação do réu ou interessado, não chega a ocorrer um discurso jurisdicional. Em ambas as hipóteses é cabível ação judicial para impugnar a pseudodecisão formada. Digo “pseudo” na medida em que, não tendo sido formado o discurso jurídico-jurisdicional, há apenas uma aparência de decisão, produzida por um procedimento que nem mesmo cumpriu os requisitos formal-estruturais mínimos exigidos pelo direito posto. A ação cabível costuma ser designada de *querela nullitatis*, ainda que haja também dissenso sobre a melhor designação, tendo em vista a concepção que se tenha sobre a natureza do defeito atacado.

A obrigatoriedade de se decidir o caso *sub judice*, segundo as determinações de limitação temporal e da proibição do *non liquet*, revela que a estrutura do discurso jurídico-jurisdicional exige a estabilização da decisão-produto da discussão. *A decisão soberanamente julgada é completamente estabilizada, não podendo ser desconstituída ou modificada.* A possibilidade de interposição de *querela nullitatis* não infirma o que se disse, já que é cabível apenas contra pseudodecisões e não contra verdadeiras decisões. Não é contra o sistema a manutenção da possibilidade de detecção da existência de pseudodecisões.

Destarte, o direito fundamental constitucional de proteção à coisa julgada não é apenas uma *regra de processo*, bem como não visa apenas à proteção das posições jurídico-subjetivas ocupadas pelas pessoas e coletividades em sociedade. Como remata Luiz Guilherme Marinoni, “Trata-se de uma regra indispensável à existência do discurso jurídico e, por conseguinte, ao exercício da própria jurisdição.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Há posicionamento no sentido de que a existência de citação não é pressuposto processual de existência do processo, que já estaria formado e existiria mesmo sem a citação, apenas envolvendo o autor e o juiz (conforme Cândido Rangel Dinamarco, José Carlos Barbosa Moreira, Pontes de Miranda, Fredie Didier Jr., entre outros). Não adotamos tal posicionamento, na medida em que a existência de processo *stricto sensu* não prescinde do oferecimento de oportunidade ao estabelecimento do diálogo jurídico-jurisdicional. Havendo falta de citação, não chegou a haver processo; houve atividade judicial, por certo, mas não processo. Nessa linha caminham Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart, José Manuel Arruda Alvim, Tereza Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini, entre outros. De qualquer maneira, esse dissenso não impacta no tema que estamos abordando, na medida em que, mesmo considerando-se a falta de citação da hipótese de nulidade do processo (existente), ainda assim não ter-se-ia formado o discurso jurídico-jurisdicional, sendo o caso de vício transrescísório. Inclusive, na hipótese de nulidade de citação, é pacífico tratar-se de processo que existe, porém inválido, e também aqui cabe ação para impugnar a “decisão”.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.



Acerca do limite temporal que a coisa julgada impõe ao discurso e de sua definitividade, prossegue o autor:

A coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá sentido em falar em discurso jurídico nem muito menos em realizá-lo. Ora, um discurso jurídico incapaz de se estabilizar é uma contradição em termos, já que o poder, fundamento do discurso jurídico, impescinde do recrudescimento. É por isto que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico [*rectius*, jurídico-jurisdicional] ou um discurso do poder estatal, mas tão somente um discurso prático-geral.<sup>6</sup>

É indissociável da própria ideia de decisão sua definitividade. A decisão não pode ser modificada pela reabertura da discussão, o que levaria à eternização do debate. A consequência da eternização da discussão, obviamente, seria a atribuição ao pronunciamento anterior do caráter de não decisão, equivalente a uma mera “opinião”.

O fato de haver o sistema recursal endoprocessual não afasta essa conclusão. As decisões sujeitas a recurso não são definitivas e, assim, também podem ser equiparáveis a não decisões. E isso concerne à própria estrutura do processo. Assim como ele não pode se eternizar, também não pode prescindir do tempo para a cognição e amadurecimento da discussão. O discurso jurídico-jurisdicional acontece *no tempo* e despence-o, sendo natural que, dentro do tempo estruturalmente previsto para o travamento da discussão, haja decisões potencialmente definitivas, porém reversíveis e, assim, suscetíveis também de serem não decisões.

A questão é que o processo não pode consistir indefinidamente de decisões potencialmente reversíveis, e sua própria existência depende de que ele possa chegar ao fim. *Sem um termo final a partir do qual se estabilize perenemente a decisão não há processo, mas apenas uma “história sem fim” circular* – como o cachorro que corre atrás de seu próprio rabo, sem chegar a lugar algum – história que pode ser reescrita e recontada segundo a disposição e a possibilidade dos contendores, menoscabando diversos marcos imprescindíveis para a afirmação de um Estado Democrático de Direito e a própria existência da tutela dos direitos.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 56-57.

## 1.2 COISA JULGADA NECESSÁRIA À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA: A AFIRMAÇÃO DO PODER ESTATAL

A estabilização da coisa julgada é uma regra formal que estrutura o discurso jurídico, funcionando como condição de possibilidade da própria existência de uma tutela jurisdicional que seja efetiva e, assim, essencial à afirmação do poder do Estado (e da vigência do direito).

Marinoni assevera, de maneira incisiva, que:

Uma decisão judicial não seria propriamente uma afirmação da autoridade do poder jurisdicional caso pudesse ser modificada, depois do encerramento do processo em que foi proferida, por outro órgão judicial. Ora, se a decisão jurisdicional é protegida contra o Executivo e o Legislativo, não deveria ser sequer preciso dizer que ela deve ser absolutamente intocável pela própria esfera que a produziu. Um poder que pudesse eternamente rever a sua interpretação seria uma gritante aberração diante da teoria política. O poder, para se afirmar, deve gerar confiança, para o que é imprescindível a estabilidade das suas decisões<sup>7</sup>.

Essa afirmação do poder estatal é imprescindível para desestimular nas pessoas e nos grupos sociais seus impulsos de “fazer justiça com as próprias mãos”. A perda da confiança na efetividade do processo jurisdicional incentivaria a autotutela dos conflitos intersubjetivos e ao não cumprimento voluntário das decisões jurisdicionais – e estatais como um todo (por que não dizê-lo?), na medida em que as pessoas seriam encorajadas a acreditar que os pronunciamentos estatais – até mesmo os jurisdicionais – seriam sempre passíveis de revisão. Isto é, poderiam descumpri-los sob a argumentação (extrajurídica, mas real e concreta) de que confiam que o direito está a seu favor e que tal fato será demonstrado (no futuro) pela ulterior reversão da decisão (que nunca se estabiliza). Num cenário como este, fica claro que um número maior e crescente de pessoas – aquelas que se sentirem com (ou efetivamente detiverem os) poderes suficientes para impor sua visão – irão preferir a autorresolução dos conflitos, ainda que pelos meios da violência ou da imposição – a substituição da força do direito pelo direito da força (ou do mais forte).

Tal cenário é certamente indesejado não apenas em sede de teoria do direito, mas também em termos de direito positivo, que o repugna, de maneira que a estabilidade e definitividade da coisa julgada material se mostra indispensável para a própria existência da tutela efetiva dos direitos e para a afirmação do poder do Estado.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, 2010, p. 61.

Com percuciência, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam o seguinte:

28. Coisa julgada material e Estado Democrático de Direito. A doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como “elemento de existência” do Estado Democrático de Direito [...]. A supremacia da Constituição está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1º ‘caput’), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, como é o caso da sentença injusta, repelida como irrelevante [...] ou da sentença proferida contra a Constituição ou a lei, igualmente considerada pela doutrina [...], sendo que, nesta última hipótese, pode ser desconstituída pela ação rescisória (CPC, art. 485, V). [...] *O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (rectius: desconsideração) da coisa julgada*<sup>8</sup> (grifo nosso).

### 1.3 ASPECTOS FORMAL E MATERIAL DA COISA JULGADA

O Código de Processo Civil (CPC) dispõe em seu art. 467 que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. É claro que medra acentuada divergência a respeito do que seja efetivamente a coisa julgada material.

Inicialmente, cabe distinguir o que seriam coisa julgada formal e material.

A *coisa julgada formal* refere-se à indiscutibilidade e à imutabilidade da sentença (decisão) dentro do processo, sendo, pois, fenômeno endoprocessual. Trata-se da sentença considerada como ato jurídico processual. Quando não for mais possível interpor qualquer recurso contra a sentença, qualquer que seja o teor desta, haverá coisa julgada formal, de maneira que não mais poderá a sentença ser alterada neste processo específico, tendo ocorrido a última preclusão processual.

Já a *coisa julgada material* consiste na indiscutibilidade da sentença fora do processo, sendo, assim, fenômeno exoprocessual, consistente na estabilização da decisão produzida

---

<sup>8</sup> NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 715.

em relação a qualquer outro processo. A coisa julgada material subentende a formal, que lhe acompanha indissociavelmente (razão provável pela qual o CPC apenas alude à material).

Na feliz síntese de Pontes de Miranda, “A coisa julgada é formal quando. não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutra processo, o que se decidiu.”<sup>9</sup>

Cândido Rangel Dinamarco, professor da USP, traça as seguintes linhas sobre a distinção entre as mencionadas figuras:

Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação. [...] Quando porém já não se pensa nos efeitos imunizados da sentença, mas na sentença em si mesma como ato jurídico do processo, sua imutabilidade é conceituada como coisa julgada formal. A distinção entre coisa julgada material e formal consiste, portanto, em que (a) a primeira é a imunidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha negá-los; enquanto que (b) a coisa julgada formal é fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual.<sup>10</sup>

O destacado professor da USP ainda ressalta que não são as coisas julgadas formal e material institutos autônomos entre si, mas sim dois aspectos do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis por incutir segurança nas relações jurídicas, de maneira que a imutabilidade apresenta-se como uma “figura de duas faces”.<sup>11</sup>

#### 1.4 DEFININDO COISA JULGADA MATERIAL

É preciso determinar com maior precisão exatamente o que fica indiscutível e imodificável pela coisa julgada material; qual é o seu objeto protegido.

Pode-se divisar três correntes básicas que dominam o debate a respeito em nossa doutrina, ainda que outras propostas também existam (refugiando ao objeto do presente trabalho o aprofundamento nelas).

---

<sup>9</sup> PONTES, Miranda de. **Comentários ao CPC**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 5, p. 144.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 55/56, 2001, p. 30. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 29.

A coisa julgada material é considerada: a) como uma qualidade de todos os efeitos da sentença, em posição inaugurada por Enrico Tullio Liebman<sup>12</sup>; b) como uma situação jurídica do conteúdo da decisão, postura capitaneada por José Carlos Barbosa Moreira; e c) como uma qualidade exclusivamente dos efeitos declaratórios da decisão.

Enrico Tullio Liebman asseverava que a coisa julgada material não é efeito da sentença, mas sim uma qualidade. Mas qualidade de quê?

Liebman considerava que a coisa julgada material é uma *qualidade* que torna imutáveis todos os efeitos da sentença (como será detalhado mais adiante na análise da abrangência objetiva da coisa julgada material). São dele as seguintes palavras:

[...] esta expressão [coisa julgada], assaz abstrata, não pode e não é de referir-se a um efeito autônomo que possa estar de qualquer modo sozinho; indica pelo contrário a força, a maneira com que certos efeitos se produzem, isto é, uma qualidade ou modo de ser deles. O mesmo se pode dizer das diversas palavras por que se procura explicar a fórmula legislativa tradicional: imutabilidade, definitividade, intangibilidade, incontestabilidade, termos que exprimem todos eles uma propriedade, uma qualidade particular, um atributo do objeto a que se referem, porque são, por si sós, expressões vazias, privadas de conteúdo e de sentido.

[...] a linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias de sentenças.<sup>13</sup>

Já para Barbosa Moreira, coisa julgada material é uma *situação jurídica do conteúdo da decisão*, consistente na imutabilidade do conteúdo constante de seu dispositivo (norma jurídica concreta a regular o caso da espécie). Em outras palavras, uma qualidade que se agrega ao conteúdo da sentença, e não aos seus efeitos, tornando-o imutável.

A sutileza do raciocínio, aqui, diferencia o conteúdo da sentença, que é o aspecto interno da decisão; dos efeitos da sentença, que é a projeção desse conteúdo para fora do processo, atingindo as pessoas (dentro dos limites subjetivos da coisa julgada material e, no que couber, mesmo a terceiros). Assim, os efeitos em si não seriam propriamente imutáveis, já que podem ser modificados por fatos ou atos que sejam aptos a tal. Por exemplo, o perdão da dívida concedido pelo credor que lograra êxito na ação de conhecimento condenatória modifica os efeitos da sentença, já que não poderá o título executivo judicial formado ser executado, em razão do eficiente ato superveniente impeditivo da execução.

---

<sup>12</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 15-16.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 15-16.

Toda sentença, meramente declaratória ou não, contém a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação submetida à cognição judicial. [...] Em determinado instante, pois, a sentença experimenta notável modificação em sua condição jurídica: de mutável que era, faz-se imutável – e porque imutável, faz-se indiscutível, já que não teria sentido permitir-se nova discussão daquilo que não se pode mudar.

[...]

Ao nosso ver, porém, o que se coloca sob o pálio da incontrastabilidade, ‘com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada’, não são os efeitos, mas a própria sentença, ou, mais precisamente, a norma jurídica concreta nela contida.<sup>14</sup>

Barbosa Moreira ainda ressalta que o CPC dispõe expressamente, em seu art. 468,

[...] “a sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem a força de lei nos limites da lide e das questões decididas”, “a sentença”, reza o texto, não “a declaração contida na sentença”: a sentença, pois, na sua integridade enquanto ato decisório, com todos os elementos do *decisum*.<sup>15</sup>

Segundo outra concepção agasalhada por parte da doutrina, pode-se dizer que “a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requerer alguma prestação jurisdicional”.<sup>16</sup> Isto é, a coisa julgada material seria uma qualidade que tornaria imutável apenas o conteúdo e os efeitos declaratórios da sentença. Evidentemente, só se alcança a coisa julgada material se a sentença resolveu o *mérito* da ação, ou seja, que resolve o objeto sobre o qual se controverte. A decisão que extingue o processo sem resolução de mérito faz coisa julgada apenas formal.

Há declaração quando o juiz é capaz de certificar a existência ou não de um direito, em razão do grau de conhecimento aurido e segundo as regras estruturais do processo – que o obrigam a decidir –, de maneira que a decisão confere *certeza* (jurídica) ao direito declarado.

Por isso, se o juiz não tiver tido condições cognitivas suficientes para exaurir probatoriamente a matéria fática, proferirá uma declaração meramente “sumária”, que não é revestida da suficiente certeza jurídica apta a formar a coisa julgada material. “Se o juiz não tem condições de conhecer os fatos adequadamente (com cognição exauriente)

---

<sup>14</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Temas de direito processual**. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 107-110.

<sup>15</sup> *Id.* Coisa julgada e declaração. In: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 84-85.

<sup>16</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 648.

para fazer incidir sobre estes uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão judicial, derivada da coisa julgada material”.<sup>17</sup>

Pode-se partir, com Marinoni e Arenhart, das seguintes premissas: (a) *eficácia* é a potencialidade de a sentença produzir efeitos; (b) efeitos (b.1) internos, que se operam apenas no âmbito jurídico e automaticamente, independentemente de qualquer agente externo para a sua materialização – normalmente, os efeitos condenatório, constitutivo e declaratório; e (b.2) externos, que apenas se materializam por meio de agentes externos e, por isso, não são automáticos, podendo ou não vir a acontecer – efeitos executivo e mandamental. Os efeitos externos estão à livre disposição dos interessados para envidar esforços conducentes a sua efetividade. Os efeitos exclusivamente jurídicos, os internos, depreendem-se da própria sentença e, assim, não são modificáveis, já que não está na esfera de decisão ou de atuação do interessado ou de terceiros ensejar a concretização real desses efeitos.

A eficácia da sentença, que é mera possibilidade, não pode ser alcançada pela imutabilidade da coisa julgada. Os efeitos é que podem sê-lo. Porém, não todos: *apenas o efeito declaratório é que se torna indiscutível e imutável em decorrência da coisa julgada material*. É só a declaração contida na sentença, qualquer que seja a sua natureza (declaratória, constitutiva, condenatória, executiva ou mandamental), que se torna “lei do caso concreto”.

Os estreitos limites do objeto deste trabalho não permitem nem demandam que se tome partido nesta discussão, nem exigem maior aprofundamento.

Parece ser consenso, em todas as três vertentes enunciadas, que, em suma, os seguintes pressupostos são necessários para que haja a imunização conferida pela coisa julgada material: (a) haver decisão jurisdicional; (b) que decida o mérito do caso; (c) esteja em cognição exauriente; (d) tenha havido a preclusão última ou máxima (coisa julgada formal).

Vale a pena ainda ressaltar que a proteção da coisa julgada material não é exclusividade da *sentença*. Qualquer espécie de decisão judicial que atenda aos pressupostos elencados no parágrafo anterior é apta a produzir coisa julgada material, inclusive *decisão interlocutória* (por exemplo, a que julgar antecipadamente parte da demanda, art. 273, §6º, do CPC; ou a que julgar antecipadamente a demanda reconvenicional); *decisão monocrática de membro de tribunal e acórdão*.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 648.

<sup>18</sup> Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de processo civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2. p. 412.

## 1.5 AS FUNÇÕES NEGATIVA E POSITIVA DA COISA JULGADA MATERIAL

A coisa julgada material influencia o futuro sob dois aspectos distintos, ainda que sejam duas faces de um mesmo fenômeno, normalmente referenciados como *funções* ou *efeitos* da coisa julgada.

A função *negativa* impede que a mesma controvérsia seja renovada em outro processo; ou seja, impede-se que o objeto já decidido volte a ser debatido em nova ação, cabendo a exceção da coisa julgada para impedir a renovação e, se eventualmente vier a transitar em julgado novamente o objeto já revestido anteriormente da qualidade de coisa julgada material, cabe, então, ação rescisória, tão grave é o atentado à estabilidade das decisões do discurso jurídico-jurisdicional (CPC, art. 485, IV).

Já a função “positiva” refere-se à vinculação da situação jurídica das partes; cabe-lhes invocar a coisa julgada material, em eventual novo processo, para fundamentar nova pretensão, aproveitando-se da imodificabilidade do objeto já decidido para formular novas pretensões. Assim, os juízes ficam vinculados, em causas subsequentes, à declaração contida na decisão transitada em julgado anteriormente. “Naturalmente, sobre as novas pretensões não há indiscutibilidade, mas não caberia questionamento algum sobre o que se assentou sob o manto da *res iudicata* no processo anterior entre as mesmas partes.”<sup>19</sup> Portanto, se a questão retornar ao Judiciário como questão incidental, não poderá ser decidida de maneira diferente do que já foi sob o manto da coisa julgada.

A função positiva só opera *entre as mesmas partes* e enquanto *não forem alteradas as circunstâncias fáticas e/ou normativas* (por exemplo, superveniência de nova lei regulando uma relação jurídica continuativa).

“A imutabilidade, portanto, que protege a parte dispositiva da sentença (art. 469 do CPC, *a contrario sensu*) não é capaz de escudar a declaração ali constante contra qualquer espécie de declaração contrastante”, afirmam Marinoni e Arenhart, que então sumarizam: “Novas decisões, contrárias à declaração presente na sentença, somente serão proibidas se, e somente se, *refletirem litígio envolvendo as mesmas partes diante da mesma causa de pedir*.”<sup>20</sup>

A causa de pedir é composta pela (a) *causa próxima* ou *imediata* – o fundamento fático; e pela (b) *causa remota* ou *mediata* – o fundamento jurídico (normativo). Basta que um desses elementos se altere para que haja nova causa de pedir, de maneira que se estará diante de nova ação, não imunizada pela coisa julgada anterior.

---

<sup>19</sup> THEODORO JR., Humberto. Coisa julgada. Mandado de segurança. Relação jurídica continuativa. Contribuição social. Súmula nº 239 do STF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coord.). **Coisa julgada tributária**. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 169.

<sup>20</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento...** *Op. cit.*, p. 653.



## 1.6 LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

*Ab initio*, é importante destacar que o estudo dos limites subjetivos da coisa julgada material merece duas análises diferenciadas: (a) uma relacionada ao processo individual, plasmado no CPC e consolidado desde o Estado liberal-individualista; e (b) outra referente ao processo coletivo, com marco normativo estabelecido especialmente na nova Constituição Federal de 1988, na Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985), no Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), entre outros diplomas. Quando a doutrina expõe o tema sem extremar os dois tipos de processo, causa certa confusão didática indesejável. Em razão dos objetivos do presente trabalho, apresentar-se-ão apenas os limites subjetivos do processo individual, merecendo o processo coletivo análise específica a ser feita em outro lugar.

O art. 472 do CPC estabelece que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando e nem prejudicando terceiros, consagrando, assim, a regra geral de que a coisa julgada material opera *inter partes*, não abrangendo as pessoas que não participaram do processo.

A despeito da dicção do dispositivo, no sentido de que as pessoas que não foram partes – e são terceiros em relação à demanda – não serão atingidas pela coisa julgada, não é exatamente essa a sua correta interpretação. Os terceiros em relação à demanda poderão ser impactados em decorrência da decisão transitada em julgado.

Os terceiros devem ser diferenciados em (a) *terceiros juridicamente interessados*, que são aqueles que têm um interesse decorrente de alguma relação jurídica conexa ou dependente referente à relação jurídica posta em juízo; e (b) *terceiros desinteressados*, que são os indiferentes, no sentido de que não entretêm qualquer relação jurídica interdependente àquela em discussão no caso submetido à coisa julgada. Estes podem ter interesses econômicos, morais ou de outra espécie conectados com a causa, e podem certamente ter relações jurídicas que serão de alguma forma afetadas em decorrência da decisão transitada em julgado, mas estas não são inerentes àquela relação jurídica protegida sob o manto da coisa julgada.

Os terceiros desinteressados não têm qualquer legitimidade para deduzirem em juízo pretensões relacionadas à coisa anteriormente julgada. Por isso, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery asseveram que “Como a lide resolvida em juízo não respeita a eles, a coisa julgada não os atingirá”.<sup>21</sup> É o caso, por exemplo, do credor do réu que tem seu patrimônio

---

<sup>21</sup> NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 737.

reduzido em decorrência da demanda revestida de coisa julgada, ou dos familiares do réu que é despejado em ação de despejo. Não poderão intentar ação a respeito do objeto transitado em julgado por mera falta de legitimidade ativa, razão pela qual nem mesmo pode se falar em se lhes interpor (com precisão) a coisa julgada.

No entanto, os terceiros indiferentes serão atingidos pelos chamados *efeitos naturais* da coisa julgada, na medida em que a alteração no *status quo* lhes será impactante. O credor pode vir a não receber o pagamento e os familiares poderão vir a ter que habitar em outro lugar, de maneira que sob esse viés “natural” sentirão na pele os efeitos da coisa julgada e não poderão modificar a decisão.

Nas palavras sempre claras de Marinoni e Arenhart:

Em outros termos: a sentença produz, em relação aos terceiros que não têm interesse jurídico, efeitos denominados de “naturais”, os quais são inafastáveis e imutáveis. Os terceiros que não têm interesse jurídico não precisam do fenômeno da coisa julgada para que a decisão se torne imutável. Como eles não possuem legitimidade perante o litígio, tais efeitos são imutáveis naturalmente. Nesse sentido, a questão da imutabilidade, para os terceiros, pode ser resumida a um problema de legitimação diante do litígio, não tendo relação com a coisa julgada. Quando o terceiro possui interesse jurídico – e assim legitimidade –, ele pode opor-se aos efeitos da sentença. Quando não a possui, ele sofre naturalmente tais efeitos.<sup>22</sup>

Os terceiros juridicamente interessados serão atingidos indiretamente pela coisa julgada material. Pela precisão na exposição, transcrevo a lição de Marinoni e Arenhart:

A sentença judicial pode produzir efeitos em relação a todos esses sujeitos, sejam partes, sejam terceiros interessados, sejam ainda terceiros indiferentes. Esses efeitos, porém, serão sentidos e recepcionados de maneira distinta, conforme a condição do sujeito que os sofre. Traduzindo essa ideia através de um exemplo: a sentença que decreta o despejo de alguém opera efeitos, indubitavelmente, perante o inquilino (que deverá deixar o imóvel), mas também em relação à sua família (que o acompanhará), a seus amigos (que haverão de reconhecer que aquela pessoa não reside mais naquele determinado local), a seus credores (que, para cobrar dívidas quesíveis, deverão procurá-lo em seu novo endereço) etc. Da mesma forma, tal sentença atuará perante o sublocatário, que tenha, por hipótese, alugado um quarto no imóvel alugado. Todas essas pessoas, participantes ou não do processo que resultou no despejo, sofrem efeitos da decisão judicial, em maior ou menor intensidade. Haverá, porém, alguma diferença entre a qualidade dos efeitos que sofrem? Sem dúvida, sim. Aqueles sujeitos que têm algum interesse, qualificado como jurídico, em relação ao litígio, e à solução que recebeu, podem – porque têm legitimidade para tanto – opor-se, de algum modo, à afetação de sua esfera jurídica por tais efeitos.

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento...** *Op. cit.*, p. 657.

A parte (inquilino) pode opor-se à submissão aos efeitos da decisão por meio dos recursos cabíveis, rediscutindo a sentença e, conseqüentemente, impedindo que os efeitos desta o atinjam. Poderia, em tese, se não fosse o fenômeno da coisa julgada a impedi-lo, propor nova demanda, postulando sua manutenção no imóvel.

O sublocatário, mantendo relação com o locatário (legítima, pois autorizada pelo locador) dependente da relação de locação, é admitido como assistente simples no processo, no intuito de evitar a incidência dos efeitos de eventual despejo sobre seus interesses. Poderia, ainda, recorrer da sentença, como terceiro prejudicado, visando sua reformulação e a conseqüente cassação dos efeitos que lhe são prejudiciais. Da mesma forma, se não tivesse sido cientificado da ação (e em sendo legítima a sublocação, porque autorizada pelo locador), poderia, mesmo depois de proferida a sentença e precluso o processo, opor-se à realização de seus efeitos por meio de embargos de terceiro. Estes “terceiros”, portanto, somente se submetem aos efeitos da sentença se não quiserem, ou não puderem, valer-se dos meios idôneos para afastá-los. Resumindo: aqueles que não são partes do litígio, e assim não podem ser atingidos pela coisa julgada, mas nele têm interesse jurídico, apenas podem ser alcançados pelos efeitos reflexos da sentença, e por essa razão são considerados terceiros interessados (ou terceiros juridicamente interessados), os quais têm legitimidade para ingressar no processo na qualidade de assistente simples da parte (por exemplo: o sublocatário na condição de assistente simples do locatário) ou manifestar oposição aos efeitos da sentença.

O assistente simples não é propriamente abrangido pela preclusão da coisa julgada, mas aplica-se a ele o *efeito da intervenção*, conforme o art. 55 do CPC, segundo o qual, transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente (simples), este não poderá, em processo posterior, discutir a “justiça da decisão”, salvo se alegar e provar que houve má gestão do processo, demonstrando que: (a) pelo estado em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; ou que (b) desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu. *Justiça da decisão* são os fundamentos de fato e de direito da sentença que normalmente não são abrangidos pela autoridade da *res judicata*. Mas, se houver a intervenção do assistente simples – que não é parte, mas terceiro juridicamente interessado –, são abrangidos pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery arrematam:

Na prática, isto significa que o assistente não poderá, processo futuro, rediscutir os motivos de fato e de direito da sentença proferida entre assistido e parte contrária. Salvo, é claro, se alegar e provar a exceção de má gestão processual (*exceptio male gesti processus*), cujas hipóteses de incidência são apontadas nos incisos da norma ora comentada.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 289.

A parte final do art. 472 estabelece que nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros. Em verdade, se todos os interessados forem participar do processo – sejam as partes, sejam os terceiros juridicamente interessados –, os demais terceiros a que alude o dispositivo são simplesmente abrangidos pelos *efeitos naturais* da coisa julgada, não havendo necessidade de disposição expressa a respeito.

São abrangidos pela autoridade da coisa julgada os sucessores das partes do processo transitado em julgado e os substituídos nas hipóteses de substituição processual. Inclui-se nesta última hipótese a substituição processual ulterior decorrente de alienação da coisa litigiosa durante a litispendência, conforme o art. 42, §3º, do CPC, segundo o qual a sentença, proferida entre as partes originais, estende seus efeitos ao adquirente ou ao cessionário, ainda que estes não tenham participado do processo, por não ter sido aceita a sucessão pela parte contrária, nem ter intervindo no processo na qualidade de assistente (hipótese que configura assistência litisconsorcial, já que o sujeito será o titular da relação jurídica material controvertida).

## 1.7 LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

A imutabilidade da coisa julgada material abrange exclusivamente a *norma jurídica de decisão concreta* constante do *dispositivo* do ato jurisdicional que decide o pedido (mérito, objeto), seja sentença, acórdão ou até decisão interlocutória ou decisão monocrática de relator em tribunal. Tudo o que consta da fundamentação, inclusive a análise das provas, não fica imutável pela coisa julgada. Assim, as questões prejudiciais incidentalmente resolvidas no processo não são protegidas pela indiscutibilidade, exceto se compuserem uma ação declaratória incidental, hipótese em que passam a ser objeto principal de uma ação. Uma questão prejudicial também faz coisa julgada se for inserida *principaliter tantum* no pedido.

A esse respeito, o CPC dispõe expressamente, em seu art. 468, que “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem a força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. *Lide*, aí, deve ser entendida como o *mérito* ou *objeto* expresso no pedido.

Na lição de Barbosa Moreira:

X propõe contra Y ação de despejo, alegando que o locatário cometeu infração contratual grave, consistente em danificar o prédio alugado. O pedido é julgado procedente, por ter-se o juiz convencido da verdade do fato (danificação do prédio). Tampouco fica esse motivo – solução da *quaestio facti* – coberto pela autoridade da coisa julgada: em processo posterior, no qual X venha a pleitear de Y a indenização do

prejuízo sofrido, poderá o órgão judicial rejeitar o pedido, entendendo que não ficou provado o fato da danificação.<sup>24</sup>

O próprio CPC esclarece os lindes objetivos ao dissipar dúvidas por meio do art. 469, segundo o qual não fazem coisa julgada: (a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; (b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; e (c) a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Faz coisa julgada, todavia, conforme o art. 470, a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (por meio de ação declaratória incidental, arts. 5º e 325, ou ainda se for destacado como pedido principal), o juiz for competente para decidir em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Vale dizer que se, proposta uma ação por alguém que se supõe filho de outrem, para o fim de perceber alimentos, for julgada procedente a pretensão, a única certificação que se torna imutável é a do recebimento dos alimentos, não se atingindo a afirmação da condição de filho (que, no exemplo dado, constitui mero fundamento do pedido). Em ação subsequente, portanto, em que este suposto filho venha a habilitar-se a receber seu quinhão na herança do assim considerado pai (após seu falecimento), nada impede que o magistrado dessa ação entenda que aquele que se afirma filho não tenha direito à herança (por não ser filho). *Embora logicamente essas duas sentenças possam ser antagônicas – na medida em que uma reconhece como existente algo que a outra supõe não ocorrido –, juridicamente elas não têm defeito.* As premissas estabelecidas pela primeira sentença não transitam em julgado, não se tornando imutáveis, nem vinculam a apreciação de outros juízes em casos futuros.

Obviamente, se, no exemplo mencionado, a segunda ação tendesse novamente ao reconhecimento dos alimentos, aqui, sim, haveria incidência da coisa julgada, impedindo o reexame da questão (direito à percepção dos alimentos).<sup>25</sup>

## 1.8 EFICÁCIA PRECLUSIVA DA COISA JULGADA

Passada em julgado a sentença de mérito, se reputarão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido (CPC, art. 474). Eis o enunciado da regra que consagra a chamada *eficácia preclusiva da coisa julgada*.

---

<sup>24</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil. In: **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 93.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento...** *Op. cit.*, p. 659.

Com o trânsito em julgado da decisão de mérito, torna-se impossível às partes alegarem qualquer outra questão relacionada com o conflito deduzido em juízo, cuja decisão já está protegida pela coisa julgada material. Deve-se ter em tela que a eficácia preclusiva refere-se exclusivamente à renovação da mesma ação, ou seja, com identidade de partes, pedido e causa de pedir. Afasta-se, assim, a possibilidade de alegação de novos argumentos – alegações e defesas – sobre a mesma lide, o que não impede que se interponha nova ação com base em outro fundamento de fato (causa de pedir próxima) ou de direito (causa de pedir remota), hipóteses em que não há de se falar sequer em coisa julgada, quanto mais em sua eficácia preclusiva.

Portanto, a regra da eficácia preclusiva considera como se tivesse havido um “julgamento implícito” sobre os argumentos que poderiam ter sido arguidos relacionados exatamente à mesma ação e não o foram. É a regra do “deduzido e do dedutível”. A eficácia preclusiva alcança: (a) as questões de fato e as de direito que foram efetivamente alegadas, ainda que não tenham sido apreciadas pelo juiz na sentença; (b) as questões de fato e de direito que poderiam ter sido alegadas, mas não o foram; e (c) as questões de fato e de direito que o juiz deveria ter examinado de ofício, mas não o fez. E isso tudo independentemente das partes e interessados terem tido, ou não, conhecimento a respeito da possibilidade de alegação.

“Eficácia preclusiva é a aptidão, que a própria autoridade da coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela”<sup>26</sup>, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, para quem esta se expressa como um mecanismo de autodefesa da própria coisa julgada. Leciona ainda Dinamarco:

Fala a doutrina a respeito, não sem alguma impropriedade, em coisa julgada sobre o explícito e o implícito. O significado do art. 474 é impedir não só que o vencido volte à discussão de pontos já discutidos e resolvidos na motivação da sentença, como também que ele venha a suscitar pontos novos, não alegados nem apreciados, mas que sejam capazes de alterar a conclusão contida no decisório. São razões que a parte poderia opor ao acolhimento do pedido as defesas que o réu talvez pudesse levantar, mas omitiu. Inclusive a prescrição, que ele poderia ter alegado a qualquer tempo e em qualquer instância ordinária do processo (CC, art. 193 – supra, nº 426), se não alegou não poderá alegar mais, depois de passada em julgado a sentença de mérito. As razões que poderiam ser opostas à rejeição do pedido são aquelas que o autor houver omitido. Não se trata de causas de pedir omitidas, porque a coisa julgada material não vai além dos limites da demanda proposta e, se houver outra causa petendi a alegar, a demanda será outra e não ficará impedida de julgamento (supra, nº 962); mas novos argumentos, novas

---

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III, p. 321.

circunstâncias de fato, interpretação da lei de outro modo, atualidades da jurisprudência etc., que talvez pudessem ser úteis quando trazidos antes do julgamento da causa, agora já não poderão ser utilizados.<sup>27</sup>

Por tudo isso, a eficácia preclusiva da coisa julgada determina que as partes aleguem os fatos e os argumentos até o último momento útil para alegá-los, após o qual opera a preclusão. Tércio Sampaio Ferraz Jr., com esteio em Niklas Luhmann, assevera que “As decisões judiciais, uma vez tomadas, isolam-se dos motivos e do grau de participação dos interessados e imunizam-se contra novas razões ou resistências que se pensasse em opor-lhes”<sup>28</sup>. Dentro da estrutura da coisa julgada, a eficácia preclusiva visa (tem como função) justamente determinar essa impossibilidade de revisitação do caso pela via de novas argumentações (desde que estas permaneçam no quadro da identidade de ações – mesmas partes, pedido e causa de pedir).

## 2 A TESE DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A tese que propugna pela *relativização* ou *flexibilização* da coisa julgada tem ganhado força em nossa doutrina, tendo sido inicialmente propulsada especialmente pelo surgimento de exames de DNA, aptos a comprovar a paternidade com probabilidade de acerto muito superior aos métodos anteriormente existentes; sendo também muito discutida no âmbito da fixação de indenizações por desapropriação, direta ou indireta, em que os valores originalmente fixados seriam “injustos” em razão de extrapolarem os valores considerados, pelos seus proponentes, “justos”; e, é claro, na seara do direito tributário, em função maiormente das questões envolvendo a chamada *coisa julgada inconstitucional*, que é o objeto específico do presente trabalho.

A coisa julgada inconstitucional se insere, pois, no contexto das discussões sobre a relativização da coisa julgada, sendo um aspecto específico desta. Por essa razão, apresento, no presente tópico, os principais argumentos favoráveis à flexibilização da coisa julgada para permitir a sua superação.

Identifico duas linhas paralelas de argumentação a favor da flexibilização: (a) a corrente que propugna por uma relativização “fraca”, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco; e (b) aquela que caminha na direção de uma relativização “forte”, esposada por José Augusto Delgado.

---

<sup>27</sup> *Id. Instituições de direito processual civil... Op. Cit.*, p. 323.

<sup>28</sup> Na apresentação da edição brasileira de LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UnB, 1980, p. 13.

Dinamarco<sup>29</sup> considera que a garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem sua legitimidade política e social da capacidade que têm de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença. A síntese necessária do indispensável equilíbrio que deve existir entre celeridade processual (que favorece o princípio da certeza do direito) e ponderação (no sentido de produção de resultados mais justos, de aprofundamento na cognição e argumentação/justificação) é um indispensável equilíbrio entre essas exigências conflitantes, de maneira que “o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que com isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá”.<sup>30</sup>

Trabalha-se, assim, com base nas seguintes premissas: (a) a garantia da coisa julgada não pode ir além dos efeitos a serem imunizados; e (b) ela deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil.

O valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é, portanto, a garantia da coisa julgada, devendo ambos conviver com outros valores, especialmente com o valor da justiça das decisões judiciais (constitucionalmente garantido pelo direito de acesso à justiça, art. 5º, XXXV).

Sua frase emblemática, que focaliza o cerne de sua argumentação, diz o seguinte: “[...] não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas”.<sup>31</sup>

Não se deve levar longe demais a autoridade da coisa julgada, de maneira que a delimitação do âmbito de sua incidência deve deixar de fora dos seus limites objetivos toda e qualquer demanda que não coincida rigorosamente com a que já houver sido proposta e julgada. Sob a perspectiva de Dinamarco, o sistema constitucional consagra a relatividade da coisa julgada como seu valor inerente, dado o convívio com outros valores de igual ou maior grandeza e, pois, a necessidade de harmonizá-los.

Com base nas premissas supra-aventadas, Dinamarco propõe uma sistematização para a relativização da coisa julgada, fundada no que designa de *conceito técnico-jurídico* de “impossibilidade jurídica dos efeitos da sentença”.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Em seu famoso artigo “Relativizar a coisa julgada material”, de onde se extraem os comentários seguintes. DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 55/56, p. 31-77, jan./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

<sup>30</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil...** Op. Cit., p. 26-27.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil...** Op. Cit., p. 50.



Incidindo a autoridade da coisa julgada sobre os efeitos substanciais da sentença, onde esses efeitos inexistam, inexistirá também coisa julgada material. É o que acontece quando a sentença de mérito contém preceito juridicamente impossível; como a coisa julgada não é um efeito, mas uma qualidade dos efeitos substanciais da sentença, onde estes não tiverem condições de se impor, por impossibilidade jurídica, a coisa julgada também não se reveste da autoridade que lhe é habitual.

A impossibilidade pode ser cognoscitiva, lógica ou jurídica, sendo essa a que de perto fere a questão da relativização da coisa julgada. Em princípio, não deve ser nem mesmo admitido uma ação cujo pedido é juridicamente impossível. Se vier a ser prolatada sentença, no entanto, com conteúdo substancial juridicamente impossível, tal não poderá estar protegido. Considera o autor que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada como sendo “algo absoluto” capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo.

Alerta Dinamarco que não se está a postular a sistemática desvalorização da coisa julgada, mas apenas o cuidado para situações extraordinárias e raras – razão pela qual consideramos sua posição, ao menos ideológica ou declaradamente, como sendo partidária de uma relativização “fraca”. O arsenal do sistema processual, com as técnicas dos recursos, das ações rescisórias, das reclamações aos tribunais superiores etc., seria suficiente para coibir exageros; e toda flexibilização de regras traz consigo riscos.

Os remédios processuais adequados para realizar a flexibilização seriam: (a) a propositura de uma nova demanda igual à primeira; (b) a resistência à execução, por meio de embargos ou mediante alegações incidentes no próprio processo executivo; e (c) a alegação incidental em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

José Augusto Delgado<sup>33</sup> professa uma doutrina que defende uma relativização “forte” da coisa julgada, na medida em que considera que a coisa julgada não deve prevalecer diante de decisões (a) injustas; (b) contrárias à moralidade; (c) contrárias à Constituição; e (d) contrárias à realidade dos fatos, de maneira que a estabilidade das decisões restaria ainda mais amplamente comprometida (*rectius*: mitigada, flexibilizada ou relativizada) do que nas propostas de Dinamarco.

Segundo Delgado, “os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica”, sendo este “valor infraconstitucional oriundo do regramento processual”; e “a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a

---

<sup>33</sup> Conforme seu artigo “Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 235-270.

transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado”.<sup>34</sup> A coisa julgada apenas deve prevalecer “quando esta for determinada em decorrência de caminhos percorridos com absoluta normalidade na aplicação do direito material e do direito formal”.<sup>35</sup>

Enquanto Dinamarco equilibra os valores *segurança* e *justiça* como hierarquicamente iguais, a serem ponderados no caso concreto; Delgado francamente eleva a *justiça* a um patamar definitivamente superior ao da *segurança*, de maneira que esta só existe se, e somente se, for segurança de uma decisão justa. Decisão injusta não tem segurança e, ao contrário, deve sempre poder ser desconstituída.

### 3 O CARÁTER JUSNATURALISTA DAS TESES DE RELATIVIZAÇÃO – OU DE COMO SÍSIFO VOLTA SEMPRE A CARREGAR A PEDRA MONTANHA ACIMA

As teses que propugnam pela relativização da coisa julgada revestem-se de um indisfarçável caráter jusnaturalista – forte, naqueles que acompanham a linha exemplificada pela doutrina de José Augusto Delgado; e moderado, mas não menos jusnaturalista, na vertente de Dinamarco.

A própria concepção de que a ordem jurídica é uma ordem de “valores”, captáveis pelos sentidos do intérprete/operator do direito, já é um indício de que se está a pensar o direito desde uma perspectiva independente – ou “vinda de fora” – do direito positivado pela e na sociedade.

Ao dizer “pela e na sociedade”, fujo de qualquer tentativa de reduzir a noção de direito positivo à de direito estatal, ou ainda das concepções positivistas formalistas, supostamente legalistas. Penso que a ciência do direito já amadureceu o bastante para permanecer estacada na vetusta dicotomia jusnaturalismo vs. juspositivismo; e que o pós-positivismo científico contemporâneo deve representar uma evolução em relação às concepções positivistas já superadas. Isto é, o pós-positivismo não é e nem deve ser um retorno ao jusnaturalismo, que é tão ou mais incontrolável do que o positivismo voluntarista.

---

<sup>34</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: MP Editora, 2005, p. 250.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 250.

Não é este trabalho o lugar para o aprofundamento nessa questão. No entanto, considero imprescindível refutar de modo veemente os argumentos jusnaturalistas, especialmente os mais “moderados” e que, na linha de Ronald Dworkin e de Robert Alexy, tanto têm seduzido o imaginário e o discurso jurídico nacionais – aqui representado pela linha de Dinamarco –, a ponto de se imaginar, no lugar-comum dos manuais universitários, que pós-positivismo e neoconstitucionalismo é (só) essa visão neojusnaturalista dworkiniana, além de repelir o jusnaturalismo explícito da corrente defendida por Delgado.

Se a justiça é um valor superior à segurança jurídica, como propugna a doutrina “forte” da flexibilização, e, pois, deve prevalecer sempre sobre qualquer estabilização da decisão, evidentemente *não existe qualquer estabilização de qualquer decisão jurisdicional*. Se formos tomar a sério a proposição de que “a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado<sup>36</sup>”, simplesmente jamais qualquer decisão jurisdicional será revestida da coisa julgada material, ou, em outros termos, jamais a decisão ficará indiscutível.

Tal posicionamento evoca para dentro do discurso jurídico não apenas a possibilidade de hermenêuticas cambiantes sobre a constitucionalidade de normas, mas também os completamente incontroláveis pseudocritérios da “justiça” e da “moralidade”, escancarando as portas à perpétua contestação do que foi decidido. Afinal, não se pode pensar que o direito é uma questão de “bom senso”, especialmente quando se está a fazer teoria jurídica.

Ainda seriam revisitáveis as decisões que estivessem divorciadas da realidade, de maneira que a matéria de fato também poderia sempre ser reanalisada, simplesmente pela alegação de desconformidade entre o fato real e o fato processualmente construído e aceito. Aqui, fora a já conhecida noção de que é impossível atingir uma “verdade real” dentro da visão retrospectiva e exógena do processo, se aceitaria a reabertura da discussão apenas pela alegação de existência de material probatório novo, *ad perpetuam*.

Percebe-se que adotar tal posição jusnaturalista forte implica recusar que qualquer decisão jurisdicional possa ficar definitiva. Transcrevo, a respeito, a pertinente crítica de Sérgio Nojiri:

Não é novidade o fato de que os jusnaturalistas sempre encararam o ordenamento jurídico como algo que vai além da mera validade das leis. Para eles, as normas devem ser valoradas em conformidade com algum ideal de justiça. Dizendo o mesmo com outras palavras, a

---

<sup>36</sup> DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada...*Op. cit.*, p. 250.

norma só é válida se for justa. Eis aí a tese que se esconde por detrás da argumentação tecida pelos adeptos da relativização da coisa julgada. Se a decisão é injusta, ela não pode transitar em julgado. O problema está em se relacionar a validade de uma norma com algum padrão de justiça (qual padrão?). Não se pode confundir juízo de validade com juízo de justiça. No primeiro, a norma é válida se produzida pelo órgão legitimado, pelo sistema, para tanto. No segundo, trata-se de um juízo de valor (com todas as dificuldades que isso possa criar) a respeito de uma dada situação prevista em lei. Alfredo Augusto Becker, em obra clássica, já advertia que “o jurista deve cuidar para não confundir o problema da Justiça da regra jurídica (sua conformidade, moral ou o direito natural) com o problema da validade da regra jurídica, isto é, sua juridicidade e o conseqüente poder de incidir infalivelmente sobre a hipótese de incidência, juridicizando-a, e a conseqüente irradiação dos efeitos jurídicos”.

A validade de uma norma, seja ela geral e abstrata ou individual e concreta, nesses termos, não passa por um juízo de valor próprio das questões éticas ou morais, vale dizer, uma sentença não pode ser anulada, máxime se transitada em julgado, pelo fato de alguém, não legitimado [porque o direito não lhe conferiu poderes para reanalisar a questão já revestida de coisa julgada material], considerá-la injusta. Conforme já dito, segundo o atual sistema normativo, é o juiz o órgão responsável pela proteção da Constituição. É ele que diz, de forma definitiva, se uma norma está de acordo com o texto constitucional. Fora disso, ingressa-se num campo de subjetividade e incertezas acerca do justo, por não haver no mundo um único critério seguro para se identificar a decisão mais justa, moral ou ética. Basta olharmos ao nosso redor para percebermos o alto grau de complexidade social que vivemos e percebermos que as opiniões a respeito do senso de justiça variam de grupos sociais para grupos sociais ou, em alguns casos, até mesmo de pessoa para pessoa. Não há uma uniformidade de pensamento a respeito de questões de justiça, de ética e de moral. Gustavo S. Valverde, atento a essa problemática nota, com auxílio do magistério de Paulo de Barros Carvalho, que o princípio da justiça penetra de tal modo as unidades normativas do ordenamento que todos a proclamam, fazendo dele um lugar-comum, que se presta a justificar interesses antagônicos e até desconcertantes, sendo por isso que o autor sempre pede em nome da “justiça”, o réu sempre contesta em nome da “justiça”, o juiz sempre decide em nome da “justiça” e o tribunal sempre reforma em nome da “justiça” [e isso tudo só dentro de um discurso jurídico-jurisdicional]. Decorre daí que não se pode, a título de algo que pode vir a se tornar algo extremamente subjetivo, restringir o alcance de uma norma de hierarquia constitucional que traz segurança às relações sociais regidas pelo ordenamento jurídico. Nessa linha de argumentação, entendo que o conceito de justiça, se admitido, deve ser encarado apenas dentro do próprio contexto normativo em que é discutido. Com isso quero defender aqui a tese de que a única justiça que se pode aferir com alguma dose de certeza e confiança, válida para o sistema jurídico-normativo, é a da justiça formal (ou instrumental), que é aquela que se extrai do complexo de regras do ordenamento e que resulta numa decisão final não mais passível de recurso, ordinário ou extraordinário. Para essa justiça, o fundamental não é a busca por uma satisfação moral, ética ou política, difícil de ser encontrada em termos objetivos, mas uma resposta final para que os conflitos não se perpetuem no tempo e que sejam resolvidos de acordo com as regras instrumentais previstas na Constituição Federal e demais normas previstas no sistema. Nesse sentido, o instituto da coisa julgada não pode ser encarado como algo incompatível com a realização da justiça, pelo menos da justiça formal a que me referi acima. Como já foi observado, a

coisa julgada coloca um ponto final nas discussões jurídicas criadas pelas partes processuais, proporcionando um fim às relações interpessoais conflituosas que lhe são inerentes. Para o Direito, visto com o sistema, é justamente esse sentimento de pacificação social que a decisão judicial proporciona é que importa. Esse pensamento também é compartilhado por Eurico de Santi e Paulo César Conrado quando advertem: “a coisa julgada não serve para fazer justiça material, serve para outorgar segurança ao direito, segurança às partes da contenda, segurança a terceiros que encontram na coisa julgada um porto seguro para a realização de outros negócios jurídicos. A segurança jurídica, realizadora da justiça formal, se sobrepõe à ideia de justiça material”.<sup>37</sup>

A segurança jurídica jamais pode ser considerada um direito/princípio/valor<sup>38</sup> hierarquicamente inferior aos demais, e, ao contrário do que alguns defensores da relativização da coisa julgada propugnam, ela tem inequivocamente estatura constitucional, expressa no art. 5º, *caput*, e em seu inciso XXXVI, além de ser indispensável para a existência de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual a segurança é também implícita e estruturalmente conformadora desse tipo de organização social.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. também compartilha da crítica aqui esboçada, sendo suas as seguintes preciosas reflexões:

Segurança tem a ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normatizada), de repente, torne-se algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito um mero tempo cronológico, uma colação de surpresas desestabilizadoras da vida. Afinal, se o sentido de um evento passado pudesse ser alterado ou o sentido de um evento planejado pudesse ser modificado ao arbítrio de um ato presente, a validade dos atos humanos estaria sujeita a uma insegurança e uma incerteza insuportáveis. A própria vida humana perderia sentido. Nesse quadro, o passado conserva, para o ser humano, um sentido, conferindo à memória a segurança necessária à conformação da integridade psicossocial do indivíduo. Por isso, desde a primeira constituição francesa, a segurança foi reconhecida como um direito fundamental. Note-se, um direito, fruto da razão humana (cultura) contra a inexorabilidade da morte de todas as coisas na natureza (tempo cronológico). A não retroatividade da lei tem a ver com esse problema. Trata-se de respeitar o passado em face das alterações legais, precavendo-se de tornar ilusórias, retrospectivamente, as expectativas legítimas (boa-fé, promessas, acordos, decisões) contidas no evento acontecido, por força do poder de revogação. O princípio da irretroatividade resgata e sustenta um passado em face do futuro, garantindo essas expectativas legítimas em face da lei nova. O sentido de um evento passado adquire, assim, um contorno próprio, conforme legislação então vigente, tornando-se imune ao sentido que lhe atribua lei posterior.

---

<sup>37</sup> NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: CAMARA, Alexandre Freitas, (Coord.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 323-325.

<sup>38</sup> Abarcando aqui suas dimensões normativas e axiológicas.

O princípio da irretroatividade garante o direito à segurança. Nesse quadro entende-se a coisa julgada.

Ela tem a ver com a incidência normativa, entendida como configuração atual de situações subjetivas e objetivas por força da aplicação da lei eficaz (eficácia enquanto possibilidade de incidência).

Como a lei nova pode ter eficácia, desde logo, tanto para o futuro quanto para o passado (isto é, desde o presente, ela pode alterar efeitos ocorridos pela incidência das normas, no passado), o instituto da coisa julgada confere à dinamicidade do sistema um instrumento importante para lidar com as contradições que poderiam surgir entre a incidência passada e a incidência futura.

Se o tempo cronológico tudo corrói, o instituto da coisa julgada é um instrumento capaz de resgatar o passado em nome de um futuro incerto e cambiante, pela prevalência de uma incidência jurisdicional ocorrida sobre a efetividade de uma nova incidência sobre o mesmo objeto. [...] Por essa razão, a coisa julgada é um dos institutos que, ao configurar segurança, está inserido no rol dos direitos fundamentais. [...]

Com feito, Chiovenda aponta que a concepção da res judicata no direito romano atribui à sentença uma função pragmática de garantia da segurança jurídica. A sentença, para os romanos, não trazia a “resoluções de questões”, ou seja, não havia a pretensão de se descobrir a solução do conflito por meio da “afirmação da verdade” pelo juiz.

A busca do processo consistia em colocar um termo final na controvérsia, interromper a contestabilidade, a partir da prevalência de uma vontade individual que concretizava a lei geral (daí o verbo *decidere*, de onde provém o nome decisão, significar cortar de cima pra baixo). Nisso consistia a busca pelo verdadeiro, pelo justo. [...]

Dessa forma, percebe-se que “decisão” é termo correlato à própria noção de conflito. O conflito expressa-se pelas alternativas que surgem da diversidade de interesses e enfoques das partes, e pressupõe que inexistente a situação ideal do sujeito que delibera após ter todos os dados relevantes.

Mais ou menos próximo da situação ideal, há sempre a necessidade de se exercer uma escolha entre as alternativas possíveis que caracterizam a situação de insegurança.

Por isso mesmo a escolha, manifestada por uma vontade institucionalizada, tem por fim a absorção da insegurança gerada pelo conflito, isto é, a decisão não elimina a insegurança, a absorve e, assim, confere segurança porque confere estabilidade à relação jurídica, impedindo a continuidade de sua discussão. [...] Nessa perspectiva pragmática, resgatada dos romanos por Chiovenda, revela-se o caráter eminentemente prescritivo da sentença. Assim, no lugar de uma pretensa (e interminável) busca pela apreensão do justo e do verdadeiro, como conceitos isolados e por isso de difícil controle intersubjetivo, a sentença revela-se como resultado de procedimento regrado de formulação de uma vontade individual com base na lei, vale dizer, “limita-se a afirmar que a vontade da lei no caso concreto é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei”.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 125, 2006, p. 73-76.

O pós-positivismo não jusnaturalista (ou simplesmente “pós-positivismo”) justamente enfatiza que a possibilidade de correção e controlabilidade da decisão judicial repousa na intersubjetividade da discussão, promovida sob condições estruturalmente adequadas – entre as quais se encontra a coisa julgada material como limite temporal da discussão, que precisa ter uma resposta, uma decisão, a partir da compreensão de que a eternização do conflito não apenas impede a segurança, mas também nega a própria existência do discurso jurídico-jurisdicional, como analisado na primeira parte deste trabalho.

A versão mais “forte” da relativização é explícita em subverter todo o sistema em prol de um jusnaturalismo incontrolável, o qual nega a própria possibilidade de existência de um discurso jurídico. Já a versão mais “moderada”, ou “fraca”, tenta se inserir no debate usando a linguagem do *neoconstitucionalismo jusnaturalista*, de viés dworkiniano, que medra em nosso ambiente acadêmico e jurisprudencial neste início de século. Utiliza-se de conceitos como *ponderação* de princípios de igual hierarquia, por meio de parâmetros de proporcionalidade e/ou razoabilidade, por meio dos quais o ideal de justiça ou de moral penetra no direito e conforma as decisões jurisdicionais. A par da crítica mais geral que se pode (e se deve) fazer a esse *approach* – mas que aqui não encontra espaço em razão dos limites do objeto deste trabalho –, o único alento que se poderia ter, ou a única distinção que se pode fazer, diante de tal teoria “fraca” em relação à “forte”, repousa em que seus arautos professam uma *ideologia de moderação* na relativização, enquanto os defensores da teoria forte são explícitos em manifestar uma ideologia de permanente manutenção dos conflitos, em prol da busca da justiça (que só pode ser uma busca sem fim, recorrentemente reaberta de acordo com o poder daqueles que têm interesse em fazer prevalecer a sua visão de justiça).

Em outras palavras, em termos de teoria do direito, cientificamente, a teoria “fraca” esbarra nas mesmas deficiências da teoria “forte”, não se afastando do jusnaturalismo que as caracteriza. Sua distinção recai apenas na maneira retórica e ideológica de apresentação da sua tese, apresentada de maneira mais moderada e suave, de modo a transparecer que, sob a tutela de pessoas razoáveis, tal teoria causaria mais benefícios do que prejuízos.

É claro que tal posicionamento retórico-ideológico não pode ser aceito sem que se fragilize todo o arcabouço estrutural do discurso jurídico e, concomitantemente, do próprio Estado Democrático de Direito.

A teoria fraca propugna que somente haveria relativização diante de uma injustiça grave, mas não diante de uma injustiça não grave (e, pois, leve ou de gravidade mediana). Mas por que uma injustiça detectada, ainda que não tão grave, mas sendo igualmente uma injustiça, deveria ser preservada? Afinal, parece que deve ser consensual que deverá haver um meio de se reabrir a discussão para se analisar, preambularmente, se, afinal,

aquela decisão já transitada em julgado era, ou não, uma decisão gravemente injusta. E, se dessa reabertura do discurso jurídico se concluir que havia sim uma injustiça de gravidade mediana, então, o que justificaria a manutenção da decisão injusta, após já ter sido reaberta a discussão? É claro que não se poderia aceitar o máximo voluntarismo de se determinar se a decisão foi justa, levemente injusta ou gravemente injusta sem que haja um procedimento cognitivo a respeito; sem que as pessoas interessadas pudessem participar desse discurso. Isso demonstra já que a teoria fraca acaba retornando ao mesmo teor da teoria forte, pois abre as mesmas portas para o sepultamento total da estabilidade das decisões judiciais – e, pois, para a morte do próprio processo, que não poderia mais ser considerado como efetivamente um discurso jurídico-jurisdicional.

Além disso, a teoria fraca mimetiza a distinção feita por Dworkin entre casos *fáceis* e casos *difíceis*, em que aqueles são resolvidos pela subsunção formal e estes pela ponderação jusnaturalista. Assim, as decisões “levemente injustas” manteriam a autoridade da coisa julgada, que apenas seria flexibilizada no caso de decisões “gravemente injustas”. Porém, como é possível determinar se uma decisão é levemente ou gravemente injusta *ex ante*, isto é, antes de se reabrir a discussão? Impossível; exceto se aceitarmos o subjetivismo voluntarista completo de um intérprete-Hércules capaz de feitos sobre-humanos – e certamente desprezadores do intersubjetivismo.

Dinamarco afirma que “os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual.”<sup>40</sup> Por mais sedutora que seja tal afirmação, ela esconde que o tal “fetiche” constitui em verdade uma regra estrutural interna de como se forma o próprio discurso jurídico-jurisdicional, sem a qual não é nem mesmo possível existir: (a) o discurso, isto é, o processo jurisdicional, (b) a afirmação do Estado Democrático de Direito e, assim, (c) o próprio sistema jurídico fundamentado na Constituição Federal e no império da lei.

Outrossim, há outra questão fundamental jamais respondida pelas teses da relativização: o que garante que a nova decisão será efetivamente mais justa do que a decisão anterior, transitada em julgado? Claro, não podemos confiar que algum juiz ou tribunal é um semideus capaz de estar acima dos limites da ação humana. Todos somos humanos, e, pois, é obviamente possível que a nova decisão seja pior do que a anterior.

E, é claro, toda a carga de dúvida sobre a justiça da decisão, que recaía originalmente sobre a primeira decisão transitada em julgado, será obviamente transmitida para a nova decisão (a despeito dos arautos da flexibilização subentenderem que esta, sim, será justa).

---

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil...** *Op. cit.*, p. 27.



O mínimo de consistência que se poderia exigir das teorias da relativização é que elas aceitassem que as novas decisões serão também questionáveis, tão questionáveis quanto as decisões por elas revertidas. Em termos lógicos, o conflito será sempre novamente renovável e a decisão jamais se estabilizará. Será como a lenda de Sísifo, que foi condenado a viver a vida eterna (após a morte) carregando uma pesada pedra para o alto da montanha: para sempre a pedra cairia novamente, tendo que eternamente reiniciar sua tarefa, num moto perpétuo infernal. E, como também já foi demonstrado no início deste trabalho, o pronunciamento que sempre pode ser discutido não é verdadeiramente uma decisão, é apenas uma pseudodecisão.

Politicamente, a prevalência das teorias da relativização certamente encorajaria as pessoas a não acreditarem mais no aparelho jurisdicional e a resolverem seus problemas por si mesmas (resultando em dispersão da coesão social), assim como aqueles que forem submetidos ao aparelho judicial buscarão não cumprir suas determinações, na medida em que podem (legitimamente, para a teoria relativizadora) esperar que as decisões desfavoráveis venham a ser desconstituídas no futuro.

Barbosa Moreira tece precisas críticas diretamente voltadas às afirmações de Dinamarco, sendo relevante destacar o seguinte excerto:

O interesse na preservação da res judicata ultrapassa, contudo, o círculo de pessoas diretamente envolvidas. A estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial. Todos precisam saber que, se um dia tiverem que recorrer a ela, seu pronunciamento terá algo mais que o fugidio perfil das nuvens. Sem essa confiança, crescerá fatalmente nos que se julguem lesados a tentação de reagir pelos seus próprios meios, à margem dos canais oficiais. Escusado sublinhar o dano que isso causará à tranquilidade social. Last but not least, ao próprio Estado interessa que suas decisões jurisdicionais se armem de solidez. Corre-lhe o dever de prestar a jurisdição; se já cumpriu, solutus est: seria peso intolerável a necessidade de repetir a prestação quantas vezes lho vier a solicitar o inconformismo de alguém insatisfeito com o teor da decisão. De resto, já ninguém hoje concebe o direito de ação como o direito a uma sentença favorável; nem, por conseguinte, se há de conceber o dever de prestar a jurisdição como o dever de dar ganho de causa a quem a requeira. Exercitado o direito de ação (ou o correlato direito de defesa), entregue a prestação jurisdicional, não se descobre com que fundamento será possível exigir a renovação da atividade estatal. Em relação àquela lide já não subsiste direito de ação, nem dever de prestar jurisdição: toda reiteração não prevista em lei carecerá de base jurídica, será juridicamente ilegítima. [...]

À vista de tudo isso, deixa de produzir impressão mais profunda a proclamação de que é absurdo “eternizar injustiças para evitar a eternização de incertezas”. Tal formulação, aliás, não espelha com fidelidade a clara opção do ordenamento: o que ele faz, para evitar a eternização de incertezas, é preexcluir, de certo momento em diante, e com as ressalvas expressas a seu ver aceitáveis, que se volte a cogitar o dilema “justo ou injusto” no concernente ao teor da sentença. Se assim, num caso ou outro, se leva à eternização

de alguma injustiça, esse é o preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores. [...] Logo de começo, porém, cabe um reparo de ordem genérica. Mesmo a doutrina favorável, em maior ou menor medida, à proposta “relativizadora” não pode deixar de advertir-se da insuficiência, para justificá-la, da mera invocação de eventual “injustiça” contida na sentença passada em julgado. Condicionar a prevalência da coisa julgada, pura e simplesmente, à verificação da justiça da sentença redundaria em golpear de morte o próprio instituto. Poucas vezes a parte vencida se convence de que sua derrota foi justa. Se quisermos abrir-lhe sempre a possibilidade de obter novo julgamento da causa, com o exclusivo fundamento de que o anterior foi injusto, teremos que suportar uma série indefinida de processos com idêntico objeto: mal comparando, algo como uma sinfonia não apenas inacabada, como a de Schubert, mas inacabável – e bem menos bela. Nem adianta muito restringir o alcance do substantivo “injustiça” apondo-lhe o adjetivo “grave” ou equivalente (“flagrante”, “abusiva”, “absurda” e por aí além). Distinguir o que é e o que não é “grave” tem sido fonte constante de incômodas dificuldades práticas, ao longo do tempo. [...] Seria lamentável se tivéssemos que desperdiçar mais tempo e mais energias no trato de questão análoga, a fim de discernir as hipóteses de “injustiça grave” e de “injustiça leve”, aquelas suscetíveis, estas não (por quê?), de fundamentar a revisão do julgado – com o risco de nos enlarmos num casuísmo exacerbado... e exacerbante.<sup>41</sup>

Por tudo o que foi exposto, resta claro que não compartilhamos da opinião de que é juridicamente admissível haver “desconsideração” da coisa julgada material por meio das teses jusnaturalistas que têm dominado as propostas de superação da estabilização das decisões jurisdicionais. A expressão “relativização” não é adequada, na medida em que toda coisa julgada material é evidentemente relativa à causa já decidida, em todos os seus elementos – partes, pedido e causa de pedir –, de maneira que o direito positivo já estrutura a coisa julgada como sendo intrinsecamente um instituto extremamente relativo, no sentido de se determinar de maneira precisa – e restrita, diga-se de passagem – o âmbito da estabilização da decisão.

A partir de agora, vamos entrar no âmbito específico da designada *coisa julgada inconstitucional*, que costuma ser apontado como uma das vertentes da *flexibilização*, para analisar se e em que medida tal instituto efetivamente existe e pode ser aceito pelo direito brasileiro.

---

<sup>41</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 101, n. 377, jan./fev. 2005, p. 49-50.

## 4 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

### 4.1 ACEPÇÕES DA EXPRESSÃO “COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”

A expressão *coisa julgada inconstitucional* pode se referir a dois objetos bastante distintos entre si e que, portanto, devem ser devidamente apartados logo de início. Pode-se considerar coisa julgada inconstitucional (a) a decisão jurisdicional que aplicou<sup>42</sup> ao caso lei que posteriormente foi considerada inconstitucional pelo STF ou, ao inverso, que deixou de aplicar lei que posteriormente foi declarada constitucional pelo STF; ou (b) a decisão jurisdicional que afronta ela mesma, pelo seu conteúdo, diretamente, a Constituição Federal.

Tal distinção não escapou da observação de Paulo Otero, jurista português autor de célebre doutrina em favor da *flexibilização*. Para o autor, existem três hipóteses de coisa julgada inconstitucional: (a) a decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio constitucional; (b) a decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional; e (c) a decisão judicial que recusa a aplicação de uma norma com o fundamento de que é inconstitucional, sem que se verifique qualquer inconstitucionalidade na norma.<sup>43</sup>

Nos ocuparemos em investigar as possibilidades de ocorrência da coisa julgada inconstitucional na primeira hipótese a que nos referimos (equivalente as duas finais de Paulo Otero), já que a hipótese em que a decisão jurisdicional afronta diretamente a Constituição, sem que esteja a descoberta de tal afronta relacionada a ulterior controle de constitucionalidade realizado pelo mais alto tribunal do país, retorna à questão mais ampla sobre a flexibilização da coisa julgada, já refutada, em suas linhas gerais, nos itens precedentes deste trabalho.

Nossa classificação reúne as duas letras (b) e (c) de Paulo Otero em uma só letra, que corresponde à nossa letra (a), porque as consideramos como sendo apenas duas faces do mesmo fenômeno, devendo ser estudadas em conjunto.

### 4.2 O INTÉRPRETE-DECIDIDOR PARTICIPA DA CRIAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Já predomina na ciência jurídica, em quaisquer de suas vertentes ainda que antagônicas, a concepção de que o intérprete obrigatoriamente participa com algum aporte pessoal criativo na construção da norma jurídica individual que resolve o caso – concreto ou

---

<sup>42</sup> Utiliza-se o verbo *aplicar* aqui por simplicidade, sem conotar a utilização de algum método de subsunção; ou seja, a atividade jurisdicional não é a de mera aplicação de hipóteses previamente estabelecidas na lei, nem de mera atuação da vontade concreta da lei, pronta *a priori*.

<sup>43</sup> OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 65.

abstrato. Isto é, não apenas nos conflitos de interesses interindividuais (modelo liberal-clássico), mas também nas demandas coletivas, de todos os matizes (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais indisponíveis), e nos processos abstratos de controle de constitucionalidade, em que não há partes nem um caso concreto específico a ser resolvido, mas em que há um caso abstrato que não prescinde do contexto fático e da postura construtiva do intérprete. Em todos os casos, concretos ou abstratos, o intérprete trabalha com os fatos não apenas como premissa menor em um silogismo e nem mesmo apenas como âmbito fenomênico de incidência de uma norma abstrata preestabelecida. Os fatos fornecem elementos coconstitutivos da norma jurídica individual que é criada e que, nos casos concretos, é aplicável a quaisquer casos “como o da espécie”, isto é, a qualquer caso que reúna as características relevantes do caso decidido; e com base nessa norma jurídica individual (mas ainda generalizável) produz-se a norma de decisão do caso concreto; nos casos abstratos, a norma de decisão já é uma norma geral a ser aplicada a todos os casos concretos pertinentes.<sup>44</sup>

Esta concepção acima exposta é pós-positivista de viés não jusnaturalista, ou seja, pós-positivista *stricto sensu*<sup>45</sup>; mas também as concepções dworkinianas concordam com a existência inexorável de contribuição criativa do intérprete, mormente naqueles que são por eles chamados de *casos difíceis*.

#### 4.3 O CARÁTER CONSTITUTIVO DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO ALEMÃO

Sendo a atividade de decisão jurisdicional uma atividade criativa<sup>46</sup>, caem por terra as concepções de Chiovenda no sentido de que a atividade do juiz é a de *aplicar* concretamente a *vontade* da lei.

---

<sup>44</sup> Esta concepção pós-positivista é inspirada da Teoria Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, e é exposta na minha dissertação de mestrado “Hermêutica constitucional estruturante”, que pode ser encontrada no *site* da PUCPR.

<sup>45</sup> O termo *pós-positivismo* tem sido utilizado como um gênero a albergar diversas concepções teóricas cujos fundamentos podem ser radicalmente distintos entre si, sendo, no Brasil, normalmente associado à teoria de viés jusnaturalista de Dworkin, baseada na fundamentação moral última do direito, na normatividade dos princípios e na ponderação. O termo foi inicialmente empregado, no entanto, por Friedrich Müller, em 1971, em *Strukturierende Rechtslehre*, para significar uma evolução para além do positivismo, que corresponde à evolução da gnoseologia e da epistemologia geral das ciências, com o aporte da teoria da linguagem, ou seja, para uma superação do positivismo no rumo a uma maior precisão científica na descrição do fenômeno jurídico, sem apelar para regressões a concepções total ou parcialmente jusnaturalistas.

<sup>46</sup> Não se irá aprofundar aqui, porque não é o objeto do presente trabalho, mas é claro que a criatividade do intérprete não pode ser incontrolável ou livre em um Estado Democrático de Direito; ou seja, ela é também criativa (e não apenas criativa).

De igual modo, também é cientificamente errado dizer que a decisão judicial pode ser puramente “declaratória” ou de que qualquer decisão judicial que se pronuncia sobre o mérito contém uma carga “declaratória”. E isso porque o juiz não apenas declara o direito preestabelecido, ele não é boca que fala as palavras da lei.<sup>47</sup> Assim, quando neste trabalho se fala sobre a eficácia “declaratória” da sentença judicial, leia-se nos seus devidos termos, não num sentido de teoria da norma jurídica, mas sim no sentido da linguagem clássica do direito processual.<sup>48</sup>

Abandona-se, assim, a noção de que a decisão em controle de constitucionalidade possa ser meramente declaratória. Ela é sempre constitutiva, ainda que o direito possa legitimamente afirmar que, como regra, a decisão de inconstitucionalidade seja retroativa ao surgimento da lei. Friedrich Müller é incisivo sobre o tema:

Na tradição alemã – e não apenas nela – essa pergunta quase sempre é formulada da seguinte maneira: será que a declaração de inconstitucionalidade é um ato jurídico constitutivo ou apenas um ato jurídico declaratório? Ou, perguntando em outros termos: será que a lei, qualificada por assim dizer ontologicamente, foi inconstitucional desde sempre ou será que ela, vista por assim dizer em perspectiva jurídico-pragmática, só se torna inconstitucional agora, por força da decisão?

Na Alemanha, a doutrina dominante afirma que a sentença é declaratória; ela somente enunciaria o que a lei teria sido desde sempre. Tal entendimento é puramente tradicional, *não resulta do direito positivo*. A doutrina declaratória das decisões judiciais foi desenvolvida na Inglaterra seiscentista e setecentista por Hale e Blackstone. Não logrou afirmar-se nem na Inglaterra, onde hoje predomina o entendimento de que decisões judiciais são constitutivas.

Por conseguinte, o mainstream alemão está aqui inequivocamente obsoleto; e isso, de resto, também com referência à teoria e metódica jurídica modernas, pois elas puderam mostrar que nenhuma decisão de um tribunal é apenas declaratória. Mas esse não é nosso tema aqui<sup>49</sup> (grifo nosso).

Em última instância – e deveria ser também e especialmente em primeira instância – o que define o caráter da decisão de inconstitucionalidade é o direito positivo do Estado Democrático de Direito. E no Brasil, tal qual na Alemanha, o direito

---

<sup>47</sup> Assim como o Direito não é – ou não deve ser em um Estado Democrático de Direito – aquilo que os juízes dizem que ele é, sob pena de se aviltar tanto a supremacia da Constituição quanto o regime democrático.

<sup>48</sup> Reputo que é cientificamente adequado o aprofundamento em estudos específicos na área processual civil para expelir a ideia de uma decisão estritamente declaratória, porém, no presente trabalho, ainda se utiliza o termo com a presente ressalva, para que seja correto o seu entendimento.

<sup>49</sup> MÜLLER, Friedrich. **O significado teórico de “constitucionalidade/inconstitucionalidade” e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão** (conferência). Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: < <http://goo.gl/8yZeKb>>. Acesso em: 8 nov. 2011, p. 7-8.

posto inequivocamente determina que a declaração de inconstitucionalidade não pode prejudicar a coisa julgada, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade da lei não pode retroagir para afetar a coisa julgada.

#### 4.4 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E DECISÃO JURISDICIONAL LEGÍTIMA

No Brasil, todos os juízes e tribunais exercem jurisdição constitucional em todos os casos que lhes são apresentados para processamento e julgamento – por meio do controle difuso de constitucionalidade, que funciona paralelamente ao controle concentrado perante o STF.<sup>50</sup> A progressiva valorização do controle concentrado no STF não suprimiu (e nem reduziu qualitativamente) o controle difuso, que permanece em sua íntegra como responsabilidade (dever-poder) de todos os juízes, de maneira que é acertado dizer que, no Brasil, *todo ato de jurisdição é ato de jurisdição constitucional*.

Conferir esse poder a todo o amplo espectro do Judiciário esse poder, na esteira da tradição estadunidense, significa estabelecer um determinado tipo de separação de poderes, em face dos Poderes Executivo, Legislativo e do Ministério Público e de relação interna entre os membros do Poder Judiciário, entre os diversos graus de jurisdição.

O exercício da jurisdição constitucional torna mais evidente e incontestável que o juiz deve proceder à filtragem constitucional na concretização normativa para o caso *sub judice*, “fazendo surgir uma norma jurídica para o caso concreto (decisão), completamente autônoma em relação à norma abstrata”.<sup>52</sup>

O juiz sempre exerce jurisdição constitucional, ainda que: (a) nenhuma parte e nem terceiro haja invocado uma questão de constitucionalidade; e (b) não tenha o juiz explicitamente decidido uma questão de constitucionalidade (por exemplo, não tenha declarado *ex officio* a inconstitucionalidade de ato normativo). Se o juiz aplica o ato normativo ao caso é porque o considera constitucional. A questão constitucional certamente fica coberta pela eficácia preclusiva da coisa julgada material, ao final do processo.

Todo juiz detém poder político e o exerce ao julgar. Por isso, como veremos no item seguinte, mesmo nos países em que a jurisdição constitucional é exclusivamente

---

<sup>50</sup> Estamos aqui enfocando o controle em defesa da Constituição Federal, e o entendimento exposto aplica-se, *mutatis mutandis*, em defesa das constituições estaduais.

<sup>51</sup> A regra de reserva de plenário, art. 97 da Constituição Federal, não afasta esse entendimento, encontrando-se nele subentendido.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional...** *Op. cit.*, p. 19.

concentrada, o poder político de decidir os conflitos intersubjetivos determinará, obrigatoriamente, a manutenção da estabilidade da coisa julgada material. Inclusive, as partes e terceiros também podem suscitar as questões de constitucionalidade e ao juiz cabe a sua análise e, se for o caso, promover a suspensão do processo e encaminhar a questão constitucional ao órgão competente para a análise. Mas é inegável que, nos países em que vige o controle difuso de constitucionalidade, esse poder político é reforçado e qualificado por uma especial interferência criativa individual de cada órgão jurisdicional – o que contribui, ao menos em tese, para a democratização da própria discussão constitucional.

Destarte, *ter poder para* aplicar e interpretar a questão constitucional e para aplicar um ato normativo, ainda que este depois venha a ser declarado inconstitucional, é evidentemente diferente do que *não ter poder para* interpretar a questão constitucional e aplicar um ato normativo que depois venha a ser declarado inconstitucional.<sup>53</sup>

Trago à colação a lição de Marinoni:

No sistema concentrado, a sentença que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional, quando sustentada apenas na lei assim declarada pelo Tribunal Constitucional, faz surgir uma coisa julgada inconstitucional. Mas o mesmo evidentemente não ocorre no Brasil, em que o juiz de primeiro grau tem o dever de tratar da questão constitucional. No sistema em que todo e qualquer juiz tem o dever-poder de controlar a inconstitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal significa retirar do juiz ordinário o próprio poder de realizar o controle difuso de constitucionalidade. A tese da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível com o sistema difuso de controle da constitucionalidade.<sup>54</sup>

Se o juiz tem o dever-poder de declarar a inconstitucionalidade de uma lei inconstitucional, no caso concreto, e se ele exerceu esse poder de forma legítima – isto é, sem que houvesse, no momento da sua decisão, decisão do STF, que o vinculasse, declarando àquela lei inconstitucional – a posterior declaração de constitucionalidade da lei pelo STF não torna a decisão desse juiz inconstitucional. E isso porque o juiz exerceu sua competência nos limites estabelecidos pelo direito, à época da prolação da decisão.

A superveniência de declaração de inconstitucionalidade pelo STF representa a *constituição de uma nova situação normativa*, semelhante à que aconteceria se houvesse um ato legislativo típico – pois a atividade de jurisdição constitucional justamente constitui (também) o exercício de função legislativa. E tal qual uma lei nova – e mesmo uma emenda

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 21-22.

constitucional nova – não pode retroagir para aviltar a coisa julgada material, também a declaração de inconstitucionalidade superveniente, pelo STF, não pode, salvo por meio do exercício tempestivo de ação rescisória.

#### 4.5 EFICÁCIA TEMPORAL DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E SEU CARÁTER NECESSARIAMENTE CONSTITUTIVO

Resta superada a (clássica) visão meramente dicotômica entre nulidade e anulabilidade da lei eivada de inconstitucionalidade.

Como se sabe, durante muito tempo reinou a divergência entre duas correntes a respeito da natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade de uma lei.

Por um lado, no direito estadunidense predominou a ideia de que *the unconstitutional law is not law at all* (a lei inconstitucional não é lei ou não é direito), de maneira que a decisão jurisdicional seria meramente declaratória de um estado de nulidade congênito à edição da lei. Assim, a lei declarada inconstitucional não deveria ter produzido efeitos desde o início de sua vigência, devendo a decisão jurisdicional retroagir para “apagar” os efeitos concretos dela emanados – na medida do possível. Obviamente, haverá situações concretas que não poderão mais ser revertidas em razão da impossibilidade física-fenômeno de desfazimento, além daquelas situações de proteção jurídica a determinados efeitos concretos – em que se insere a coisa julgada material.

De outra perspectiva, Hans Kelsen assegurava que a expressão *lei inconstitucional* era uma contradição em termos, revelando uma inconsistência lógica insuperável. Seu raciocínio pode ser resumido da seguinte maneira: a constituição é a norma suprema, hierarquicamente superior e fundamento de validade das demais normas jurídicas (*norma normarum*), de maneira que: (a) ela estabelece as regras formais e materiais sobre a criação das demais normas e (b) não é logicamente admissível a existência de normas que a contrariem. Se uma norma é produzida pelo poder competente para tal e devidamente publicada, tendo entrado em vigor e produzido efeitos, não é logicamente possível que essa lei tenha existido e produzido efeitos, eficazmente, contra a constituição. É a própria constituição – e o direito constitucional – que permite que essa norma produza efeitos até que o sistema de controle de constitucionalidade detecte a desarmonia e a fulmine de inconstitucionalidade. Portanto, a decisão que declara a inconstitucionalidade de lei é, em Kelsen, necessariamente (des)constitutiva. Defendia o mestre de Viena, ainda, em decorrência dessa conclusão, que a desconstituição deveria operar *ex nunc*, como afinal restou consagrado no modelo austríaco de controle jurisdicional de constitucionalidade. Os efeitos passados da lei deveriam ser preservados.



A partir do desenvolvimento paradigmático da frutífera jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG), a segunda metade do século XX viu a dicotomia apresentada anteriormente ruir diante da constatação de que a decisão de inconstitucionalidade deve revestir-se de uma plasticidade tal de modo a albergar em si as diversas possibilidades hermenêutico-concretizadoras necessárias diante da constituição.

O BVerfG desenvolveu diversas técnicas de declaração de inconstitucionalidade que refogem ao modelo de encaixe meramente dualista tradicional. Passou progressivamente a operar com as categorias da interpretação conforme a constituição; da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; da lei “ainda constitucional” (ou “apenas inconstitucional”), sem declaração de nulidade (ou de qualquer invalidade); da lei em processo de inconstitucionalização (com o estabelecimento de prazos de transição do *status* de constitucional para o de inconstitucional); do apelo ao legislador para que torne constitucional uma situação jurídica inconstitucional ou em processo de inconstitucionalização.

Sob as perspectivas de tais técnicas, usadas com habitualidade indisfarçável como rotina do processo de controle de constitucionalidade, o tribunal constitucional tem autoridade para fixar o momento a partir do qual a decisão de inconstitucionalidade produzirá efeitos; e não necessariamente em bloco, ou seja, é possível que determinados efeitos sejam preservados a partir de uma data (por exemplo, *ex tunc*) e outros a partir de outra data (por exemplo, *ex nunc* ou a partir de uma data futura, prefixada ou até mesmo ainda não fixada pelo tribunal); e, ainda, é possível que o tribunal restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Percebe-se claramente que não é possível, pois, reduzir-se o fenômeno à dicotomia “declaração-nulidade vs. desconstituição-anulabilidade”, pois a gama de variações é muito mais ampla. Avançando-se um passo a mais na análise, nota-se que, se o órgão jurisdicional incumbido do controle tem a sua disposição todo um cardápio técnico-operacional de possibilidades distintas de plasticidade da sua decisão, sua decisão pela inconstitucionalidade é evidentemente constitutiva (ou desconstitutiva). Ainda quando opta por fazer retroagir ao nascimento da lei os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, a decisão é desconstitutiva retroativa.

Neste mesmo sentido é dada a lição de Friedrich Müller, *in verbis*:

O mainstream alemão afirma, portanto, que a dimensão temporal de uma declaração de inconstitucionalidade produz necessariamente efeitos no passado. O argumento principal contra esse entendimento resulta do direito vigente: antes da decisão do Tribunal Constitucional Federal ninguém pode invocar o argumento de que uma lei viola a constituição. Nenhum indivíduo, nenhuma associação ou partido ou empresa

pode fazer isso. Nem mesmo um tribunal pode fazê-lo: “Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei [...], deverá suspender o processo e pedir [...] a apreciação do Tribunal Constitucional Federal [...]”, conforme está determinado até no plano da constituição (Lei Fundamental, Art. 100 I 1). Em perspectiva jurídica, a decisão é, portanto, constitutiva; somente a partir dela uma norma é considerada inconstitucional e podem ser extraídas consequências a partir dela.<sup>55</sup>

O STF brasileiro tem francamente adotado as técnicas mencionadas, de inspiração tedesca, a ponto de o art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, ter expressamente incorporado a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em disposição cujo teor é repetida na Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, qual seja:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A par da inovação legislativa, antes mesmo dela e sobremaneira depois dela, o STF tem sido conspícuo em modular de diversas maneiras os efeitos das suas decisões em jurisdição constitucional, abstrata ou concreta (cada vez mais aproximadas, mas ainda não igualadas).

Destaco, ainda, o seguinte trecho de Friedrich Müller:

Nada a ver com isso tem a outra pergunta pelas consequências que deverão resultar da declaração de nulidade. A resposta – na Alemanha, como já mencionei (§§ 78, 79 do BVerfGG), produz um quadro misto, e isso é muito esclarecedor. Conforme a matéria jurídica e o estado do processo, são determinadas diversas consequências. Já falei delas: nenhuma retroatividade nos Direitos Civil, Administrativo e Constitucional em ações julgadas; regulamentações diferenciadas de áreas individuais e.g. no Código Civil ou no Código de Processo Civil. Em contrapartida, retroatividade no Direito Penal – mas também aqui a sentença transitada em julgado não se torna automaticamente nula, como seria, no fundo, lógico para uma decisão “meramente declaratória”. A velha ação também não precisa ser retomada; apenas é “admissível a retomada do processo segundo as prescrições do Código de Processo Penal” (§ 79 I do BVerfGG). Por conseguinte, a questão “retroatividade ou não?” está até à disposição dos participantes do processo, anteriormente condenados.

Não pode ser plausível que a sentença do Tribunal Constitucional Federal é uma vez “constitutiva” e outra vez “apenas declaratória”, pois a tradição formula a pergunta de forma tão abstrata: ou uma, ou outra coisa. O mainstream simplesmente fracassa com a sua posição diante do direito vigente.

---

<sup>55</sup> MÜLLER, Friedrich. **O significado teórico de “constitucionalidade/inconstitucionalidade”...** *Op. cit.*, p. 8.

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. O erro de raciocínio da escola conservadora consiste no fato dela não distinguir as duas perguntas, pois agora depende da liberdade e responsabilidade políticas do Poder Legislativo enfrentar os seguintes problemas: prognosticar e avaliar que consequências a sentença pode produzir e produzirá na realidade social; e depois decidir quais dessas consequências podem ser toleradas e quais devem ser evitadas.

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.

Como sempre em questionamentos de natureza pragmática, o Legislativo faz uso da sua liberdade de configuração, resultando disso um quadro misto. Só problemas (pseudo) metafísicos tendem a alternativas mutuamente excludentes.

De resto, a Corte das Comunidades Europeias (EuGH) trata também no direito supranacional das Comunidades Europeias a sua própria jurisprudência como constitutiva. Digo mais uma vez brevemente o que isso significa: a decisão sobre a inconstitucionalidade de leis produz um novo suporte fático para o presente e o futuro; as consequências atinentes aos pormenores podem ser regulamentadas pragmaticamente de um determinado modo ou também diferentemente, é claro que também com vistas ao passado.<sup>56</sup>

Também segundo o direito positivo brasileiro, e não sob um ponto de vista descolado do tempo e do espaço, a decisão em jurisdição constitucional é sempre constitutiva, aplicando-se inteiramente as lições do mestre alemão.

#### 4.6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS JURISDICIONAIS É ESPECÍFICO

A visão (errônea) de que os juízes apenas “aplicam” a lei por subsunção leva alguns setores da doutrina a não perceberem uma distinção que deveria ser mais nítida – e é efetivamente bem nítida. Todos os atos estatais – assim como os atos privados (aqui conforme a eficácia da constituição nas relações privadas, *Drittwirkung*) – devem estar conformes à Constituição, tanto os atos legislativos quanto os administrativos e os jurisdicionais. A decisão jurisdicional que declara inconstitucional a lei posteriormente

---

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 8-9.

declarada constitucional pelo STF, ou que aplica lei (considerando-a constitucional) posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, *é um ato jurisdicional plenamente constitucional*. Ele foi produzido de acordo com as competências do juiz e o direito então em vigor – já que inexistia decisão do STF que o vinculasse. A visão que considera que, nas hipóteses aventadas, a decisão do STF deveria retroagir para desconstituir as sentenças, além de ignorar o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, simplesmente torna inexistente o controle de constitucionalidade sobre os atos jurisdicionais. Em outras palavras, para essa linha de “relativização”, o controle de constitucionalidade das leis *passaria por cima* do controle de constitucionalidade das decisões jurisdicionais, como se houvesse uma hierarquia que posicionasse a lei em *status superior* à decisão jurisdicional.

Na atual quadra política e de teoria jurídica, não é mais defensável a visão de supremacia da lei sobre a ação do Poder Judiciário – tema que não aprofundaremos aqui, mas que resta suficientemente assentado na teoria do direito. Superou-se a visão liberal de supremacia da lei e, pois, do Parlamento. Toda decisão jurisdicional tem caráter constitutivo da norma jurídica a ser aplicada ao caso e, pois, não pode esta atividade, a jurisdicional, ser considerada uma atividade mecânica e inferior ou subordinada à atividade de produção legislativa. É certo, e aqui não se está a duvidar disso, que, em um Estado Democrático de Direito, a atividade do juiz deve ser vinculada ao direito posto e, desse modo, deve ser vinculada às leis e aos demais atos normativos legitimamente emanados das autoridades competentes – e, acima disso, vinculada à constituição. Acontece que, justamente nas hipóteses que aqui estamos abordando, *o juiz agiu vinculado à Constituição – que o ordena que faça o controle de constitucionalidade (difuso) – e à lei*, ainda que sua interpretação tenha, ao final, sido diferente da interpretação que o STF fez da mesma lei.

*O conflito que existe não é entre a decisão do juiz e o Poder Legislativo; o conflito é entre o juiz e o STF! E, em verdade, o prolator da decisão que transitou originalmente em julgado pode ter sido até o próprio STF, de maneira que haveria conflito entre duas decisões emanadas do mesmo órgão, o STF. O juiz da decisão que transitou inicialmente em julgado não terá efetivamente agido contra o que foi feito pelo Poder Legislativo, mas sim contra o que viria a ser posteriormente feito pelo STF.*

Acontece que não se pode dizer que houve qualquer afronta, pelo órgão jurisdicional que proferiu a decisão anterior, à autoridade do STF. Isso porque o juiz terá agido no âmbito de sua competência de exercício do controle difuso de constitucionalidade, sem que houvesse contemporaneamente uma decisão do STF que o vinculasse em sentido diverso. A decisão do STF só surgiu depois, quando o juiz já havia completado inteiramente sua atuação e, mais, a decisão já havia transitado em julgado.

A decisão posterior do STF não tem o condão de simplesmente desfazer a decisão anterior (que, no limite extremo, poderia muito bem ter sido até mesmo proferida pelo próprio STF).<sup>57</sup>

Destarte, o controle de constitucionalidade das leis não efetua, *per se*, o controle de constitucionalidade das decisões jurisdicionais. Este é feito pelas vias impugnatórias dispostas pelo direito positivo, quais sejam, os *recursos* (endoprocessuais), a *reclamação ao STF* e a *ação rescisória*.

É preciso distinguir nitidamente o controle de constitucionalidade das leis do controle de constitucionalidade das decisões jurisdicionais. Este não é mera decorrência daquele. A decisão jurisdicional é fruto do dever-poder de efetuar o controle difuso, o qual gera uma interpretação judicial legítima, que deve ser preservada, desde que não afronte precedente vinculante do STF.

Marinoni constata que

Isto não quer dizer, obviamente, que a decisão judicial esteja isenta de controle da sua constitucionalidade. Esse controle pode ser feito mediante ação rescisória (art. 485, V, CPC), em caso de aplicação de lei flagrantemente inconstitucional e de adoção de lei ou interpretação já declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, e, através de impugnação (art. 475-L, §1º, CPC) e de embargos à execução (art. 741, parágrafo único, CPC), quando a sentença se fundou em lei ou em interpretação que, no momento da sua prolação, já tinha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>58</sup>

Por isso, discordamos do magistério de Marinoni nesse ponto específico, pois consideramos, seguindo inclusive a jurisprudência pacífica do próprio STF, que a ação rescisória é instrumento apto a desconstituir a coisa que transitou em julgado materialmente, para fazer retroagir a decisão do STF posterior em contrário, com base no teor do art. 485, V, do CPC.

Há de ser distinguida, aí, a coisa julgada material – a decisão jurisdicional que decide o mérito alcançado pela preclusão máxima, não sendo mais impugnável no âmbito do processo em que proferida – da *coisa soberanamente julgada*, como designa o STF a decisão transitada em julgado após ter se esgotado o prazo para a interposição de ação rescisória.

---

<sup>57</sup> Conquanto, a partir da consolidação do novo perfil do recurso extraordinário, submetido à repercussão geral, esse tipo de caso, muito comum até há pouco, tenda a rarear.

<sup>58</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional...** *Op. cit.*, 2010, p. 41.

#### 4.7 A COISA SOBERANAMENTE JULGADA (MATERIAL)

Consideramos plenamente acertada a jurisprudência do STF que distingue a coisa julgada material da coisa soberanamente julgada, que também é, certamente, material.

Para ilustrar o posicionamento do Pretório Excelso, trazemos à colação o seguinte excerto:

A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “*extunc*”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emana, “*in abstracto*”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.<sup>59</sup>

Marinoni, conforme o trecho supracitado, considera que a ação rescisória é *prima facie* incabível para alterar a coisa julgada material. Só seria cabível a rescisória excepcionalmente quando houvesse (a) a aplicação de lei flagrantemente inconstitucional ou quando houvesse (b) a adoção de lei ou interpretação já declarada inconstitucional pelo STF.

Não há dúvida alguma quanto ao cabimento da ação rescisória na hipótese em que o juiz aplicasse a lei ou interpretação que já era considerada, à época da decisão, inconstitucional por decisão vinculante do STF. Quanto a isso não se discute.

O cerne da questão repousa justamente na outra exceção aventada, qual seja, a aplicação de lei “flagrantemente” inconstitucional. Essa asserção parte do pressuposto de que haveria também lei “não flagrantemente” inconstitucional, porém inconstitucional.

Não há aqui espaço para aprofundamento na questão, porém, a partir de um ponto de vista pós-positivista não jusnaturalista, não é possível diferenciar a lei meramente inconstitucional da lei flagrantemente inconstitucional. A maior ou menor evidência quanto à inconstitucionalidade da norma depende da pré-compreensão que se tenha a respeito

---

<sup>59</sup> STF – RE 594350/RS, Relator Min. Celso de Mello, publicada no **Diário da Justiça Eletrônico** de 11 de junho de 2010.

dos diversos fatores envolvidos na análise específica – assim como a própria interpretação, no sentido de concretização, também está conectada com essa pré-compreensão. Como a norma jurídica resulta do trabalho jurídico de decisão, não há como *ex ante* se aferir se o texto legislado é ou não inconstitucional, de maneira que é ainda mais errado tentar divisar *ex ante* a flagrância de determinada inconstitucionalidade. Apenas após ter sido desenvolvido o trabalho jurídico é que se pode dizer se determinado produto legislado é, ou não, inconstitucional – afinal, jamais a lei é clara em si mesma; ou, em outras palavras, a hermenêutica atual não admite mais a possibilidade de *in claris cessatio interpretatio*.

Reproduz-se aqui a mesma crítica que se faz à artificial – e não sustentável, sob um ponto de vista não jusnaturalista – distinção entre os casos fáceis e os casos difíceis, propugnada por Dworkin e admitida como óbvia pelo discurso predominante hoje no Brasil. Só é possível dizer se um caso é difícil ou fácil após o trabalho ter sido realizado – e não durante – e, ainda assim, a dificuldade ou facilidade dependerá da subjetividade de cada intérprete.

Isso quer dizer, em rápida síntese, que *todo caso exige um trabalho igualmente estruturado de concretização jurídica*, de maneira que não se pode admitir uma aplicação por subsunção nos casos fáceis e uma aplicação por ponderação de princípios nos casos difíceis.<sup>60</sup>

No mesmo sentido, não é possível predeterminar se uma lei é flagrantemente inconstitucional ou apenas inconstitucional sem tal flagrância. Eu posso considerar que é óbvia (e “chapada”) a inconstitucionalidade de uma norma que outro considere de constitucionalidade duvidosa, mas não esteja assim tão certo a respeito, enquanto outro ainda a considere constitucional, quiçá flagrantemente constitucional! Estamos falando em pessoas igualmente habilitadas tecnicamente a interpretar juridicamente. E é importante que se diga: é exatamente o que se passa no ponto em que discutimos. Se um juiz considerou que a lei era constitucional, e a aplicou, como, após a decisão definitiva do STF declarando-a inconstitucional com efeitos vinculantes, admitir a ação rescisória em alguns casos (nos quais a inconstitucionalidade seria flagrante) e não admiti-la em outros (nos quais a inconstitucionalidade não seria flagrante)? Estamos falando de um juiz, portanto, alguém autorizado pela Constituição Federal a exercer, ele mesmo, o controle de constitucionalidade (difuso). A ele não era nada flagrante a inconstitucionalidade da lei, aliás, para ele, a lei era o contrário: era constitucional. Eventual critério intersubjetivo

---

<sup>60</sup> Para um aprofundamento, ver MÜLLER, Friedrich. **Discours sur la méthode juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996; STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ligado ao consenso não resolve a questão, afinal, o próprio juiz prolator da decisão supervenientemente questionada também é um interlocutor na discussão, e, para que estejamos inseridos no âmbito do problema, ele já divergiu.

Em verdade, não se pode admitir tal distinção. No entanto, ao refutar a possibilidade de se fazer tal distinção, não caminhamos no sentido de concluir incabível a ação rescisória. Ao contrário, parece evidente que a conclusão correta é exatamente a posição que atualmente é esposada pelo STF: sempre cabe ação rescisória quando o STF declara supervenientemente a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei, em divergência em relação à decisão já transitada em julgado, independentemente de maior ou menor flagrância – do maior ou menor consenso no próprio tribunal ou na comunidade jurídica – a respeito do caráter (in)constitucional da norma, *desde que dentro do prazo legal deferido à interposição de ação rescisória*, que atualmente é de dois anos.

Além de ser esse o entendimento pacífico no STF, também é a posição de expressiva parcela da doutrina, destacando-se, aqui, trecho de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

30. Controle de constitucionalidade da sentença. Coisa julgada inconstitucional. Os atos jurisdicionais do Poder Judiciário ficam sujeitos ao controle de sua constitucionalidade, como todos os atos de todos os poderes. Para tanto, o “due process of law” desse controle tem de ser observado. Há três formas para fazer-se o controle interno, jurisdicional, da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário: a) por recurso ordinário; b) por recurso extraordinário; c) por ações autônomas de impugnação. Na primeira hipótese, tendo sido proferida decisão contra a CF, pode ser impugnada por recurso ordinário (agravo, apelação, recurso ordinário constitucional etc.) no qual se pedirá a anulação ou a reforma da decisão inconstitucional. O segundo caso é de decisão de única ou última instância que ofenda a CF, que poderá ser impugnada por RE para o STF (CF 102 III ‘a’). A terceira e última oportunidade para controlar-se a constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário ocorre quando a decisão de mérito já tiver transitado em julgado, situação em que poderá ser impugnada por ação rescisória (CPC 485 V) ou revisão criminal (CPP 621). *Passado o prazo de dois anos que a lei estipula (CPC 495) para exercer-se o direito de rescisão de decisão de mérito transitada em julgado (CPC 485), não é mais possível fazer-se o controle judicial da constitucionalidade de sentença transitada em julgado [salvo na seara criminal]. No século XXI não mais se justifica prestigiar e dar-se aplicação a institutos como os da “querela nullitatis insanabilis” e da “praescriptio immemorialis”. Não se permite a reabertura, a qualquer tempo, da discussão de lide acobertada por sentença transitada em julgado, ainda que sob pretexto de que a sentença seria inconstitucional. O controle da constitucionalidade dos atos jurisdicionais do Poder Judiciário existe, mas deve ser feito de acordo com o devido processo legal<sup>61</sup> (grifo nosso).*

---

<sup>61</sup> NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 716.



Destaca-se que, em sede de direito penal, em razão da característica intrínseca a este, e também *de lege lata*, a revisão criminal não tem prazo para sua interposição, com o que estamos plenamente de acordo. A possibilidade de reabertura do debate por meio de revisão criminal em virtude de superveniência de direito novo benéfico ao indivíduo é expressamente prevista na Constituição Federal, art. 5º, XL, sem qualquer limite temporal.

#### 4.8 IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E EMBARGOS À EXECUÇÃO

A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, acrescentou os seguintes dispositivos ao CPC:

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

[...]

II – inexigibilidade do título;

[...]

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

[...]

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

[...]

II – inexigibilidade do título;

[...]

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

Tais mudanças, notadamente, pretenderam introduzir uma expressa possibilidade de desconstituição da coisa julgada com base na declaração superveniente de inconstitucionalidade, posterior à formação da coisa julgada, por meio dos instrumentos de defesa do executando – a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos à execução.

O STF considera que apenas a ação rescisória é hábil a desconstituir a coisa julgada material – além da *querela nullitatis* em caso de vícios transrescisórios (inexistência ou nulidade da citação), de maneira que a impugnação e os embargos à execução não seriam lícitos a afastar a execução fundada em título executivo judicial, ainda que

tenha havido a declaração de (in)constitucionalidade pelo STF, com efeitos vinculantes, supervenientemente. Paradigmático nesse sentido é o RE nº 593.350/RS, de relatoria do Min. Celso de Mello, que expressamente considera inconstitucionais os arts. 475-L, parágrafo 1º, e 741, parágrafo único, do CPC.

*Absolutamente correto, pois, o magistério de autores – como José Carlos Barbosa Moreira (“Considerações sobre a chamada “Relativização” da coisa julgada material” “in” Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 62/43-69); ROSEMIRO PEREIRA LEAL (“Relativização inconstitucional da coisa julgada – Temática processual e reflexões jurídicas”, p. 3/22, 2005, Del Rey); SÉRGIO GILBERTO PORTO (“Cidadania processual e relativização da coisa julgada” “in” Revista jurídica nº 304/23-31) e LUIZ GUILHERME MARINONI E DANIEL MITIDIERO (“Código de Processo Civil”, p. 716/717, item nº 9, 2ª ed., 2010, RT) – que repudiam a tese segundo a qual mostrar-se-ia viável a “relativização” da coisa julgada, independentemente da utilização ordinária da ação rescisória, valendo lembrar, no ponto, a advertência de LEONARDO GRECO (“Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior” “in” “Relativização da coisa julgada”, p. 251/261, 2ª ed./2ª tiragem, 2008, Juspodivm), para quem se revelam conflitantes, com a garantia constitucional da “res judicata”, as regras legais que autorizam a desconsideração da coisa julgada material em face de declaração de inconstitucionalidade (ou de uma nova interpretação constitucional) emanada do Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que prescrevem, p.ex., o art. 475-L, §1º, e o art. 741, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil<sup>62</sup> (grifo nosso).*

Da lição de Leonardo Greco, referido pelo Min. Celso de Mello, acima, convém destacar o seguinte:

Uma última palavra deve ser reservada à disposição constante da Medida Provisória 2.180/01, mantida em vigor pela Emenda Constitucional nº 32/01, que ampliou a vulnerabilidade da coisa julgada através dos embargos à execução, com a introdução de parágrafo único ao art. 741 do CPC, tornando inexigível a dívida se o título judicial se fundar em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição. Nela 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.

---

<sup>62</sup> STF – RE 594350/RS, Relator Min. Celso de Mello, publicada no *Diário da Justiça Eletrônico* de 11 de junho de 2010.

Tanto quanto aos efeitos pretéritos, quanto aos efeitos futuros da decisão proferida no controle concentrado, parece-me inconstitucional o disposto no referido parágrafo único do art. 741, que encontra obstáculo na segurança jurídica e na garantia da coisa julgada, salvo quanto a relações jurídicas continuativas, pois, quanto a estas, modificando-se no futuro os fatos ou o direito, e no caso da declaração “erga omnes” pelo STF pode ter sofrido alteração o direito reconhecido na sentença, cessará a imutabilidade dos efeitos do julgado, nos termos do art. 741 do CPC.

6. Em síntese, a segurança jurídica, como direito fundamental, assegurada pela coisa julgada, não permite, como regra, a propositura de ação de revisão de coisa julgada como consequência da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>63</sup>

Parece claro o acerto da tese agasalhada pelo STF. Se ainda estiver no prazo para a interposição de ação rescisória, esta deve ser o instrumento adequado para o questionamento do conteúdo de decisão já transitada em julgado e não os embargos ou a impugnação ao cumprimento de sentença.

Há autores, como Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, que perfilam entendimento parcialmente diverso. Eles concordam que, em regra, tais instrumentos são inaptos à desconstituição da coisa julgada. Ressalvam, porém, que seria cabível a irrisignação à execução quando a sentença tenha se fundado em lei ou interpretação que, *no momento da sua prolação*, já tinha sido declarada inconstitucional pelo STF<sup>64</sup> (com efeitos vinculantes, acrescentaríamos).

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery enfatizam o seguinte a respeito do assunto:

36. Aplicação do CPC 475-L §1º. Abstraindo-se da inconstitucionalidade da norma, apontada no comentário precedente, o que fazemos apenas para argumentar, não seria materialmente inconstitucional a norma ora comentada quando aplicada apenas numa situação: somente a decisão anterior do STF, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em ADIn (v. Comentários seguintes) é que poderia atingir o título executivo judicial que transitasse em julgado posteriormente à decisão do STF.<sup>65</sup>

De nossa parte, consideramos que tal exceção será viável se demonstrado que, no caso, será mais consentânea com o princípio da razoável duração do processo do que a interposição de ação rescisória.

---

<sup>63</sup> GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração ‘erga omnes’ de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: **Relativização da coisa julgada**. 2. ed., 2. tir., Salvador: Juspodivm, 2008, p. 251-252.

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional...** *Op. cit.*, p. 41.

<sup>65</sup> NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 773.

## 4.9 RELAÇÕES CONTINUATIVAS

A chamada *eficácia preclusiva da coisa julgada*, prevista no art. 474 do CPC, não torna indiscutíveis todas e quaisquer alegações relacionadas ao objeto da demanda, mas apenas as especificamente vinculadas aos mesmos pedidos, causa de pedir e partes. Logo, no que se refere à causa de pedir próxima, apenas os fatos relacionados à causa original (primeira decisão transitada em julgado) são pertinentes.

Disso decorre que a imutabilidade inerente à coisa julgada material apenas pereniza os efeitos da decisão enquanto mantiverem-se intactas as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas. Havendo alteração de fato ou de direito, será possível que uma nova decisão, de conteúdo diferente, se imponha para o caso – que já será um novo caso. E isso atine diretamente às chamadas *relações continuativas*, que são aquelas de *trato sucessivo*.

Eis a razão pela qual o art. 471 do CPC estabelece que

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

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

II – nos demais casos prescritos em lei.

Em verdade, parece-nos bastante fácil e até evidente perceber que, nas relações que se protraem no tempo, eventuais modificações – seja na norma de regência, seja na situação fática – podem ensejar uma nova decisão, para tratar de um novo fato, uma nova situação, que já não é mais a situação que houvera sido originalmente objeto de discussão na demanda anterior.

Portanto, a superveniência de alterações fáticas ou normativas permite que surjam novas demandas, que não se confundem com a demanda anterior. Não há de se falar aqui em *flexibilização*, *relativização*, ou qualquer atenuação da coisa julgada material. A decisão anterior permanecerá intocável para os fatos a que ela se refere. A superveniência de novidades enseja uma nova ação sobre os novos fatos, que pode abrir azo a uma nova decisão com conteúdo novo. Tecnicamente, há uma nova causa de pedir, próxima ou remota, que faz com que se caracterize uma nova ação, distinta da anterior.

Mas, para que se abra a oportunidade de uma nova ação é necessário que haja efetivamente uma nova situação fática ou normativa.

A declaração de inconstitucionalidade, assim como a de constitucionalidade, de um ato normativo pode vir a ser considerada uma modificação no estado de direito, ensejando,

pois, uma nova ação. Salientando o seu aspecto legislativo negativo<sup>66</sup>, a inconstitucionalização de uma norma até então aplicada é certamente uma circunstância que altera a causa de pedir remota e, assim, configura uma nova ação. A declaração de constitucionalidade, por outro lado, produz efeitos jurídicos novos e relevantíssimos: vinculam toda a administração pública, direta e indireta, e todos os demais órgãos do Poder Judiciário, em todas as esferas da Federação. Logo, também a declaração de constitucionalidade pode ser considerada uma novidade normativa relevante a ensejar uma nova situação normativa. Por exemplo, em face de uma decisão anterior que declarara a inconstitucionalidade da norma num caso concreto, com efeitos *inter partes*, a superveniência de declaração vinculante de constitucionalidade da mesma norma produz inegavelmente uma mudança no *status quo* normativo. Surge, pois, nova ação também aqui.

Como já se deixou entrever no parágrafo anterior, para que seja revestida de tal caráter inovador, a decisão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade deve ter caráter vinculante e *erga omnes*, de maneira que decisões desprovidas de vinculação ou referidas exclusivamente a determinadas partes não podem ser consideradas direito novo, para fins de alteração da causa de pedir, em relação a todas as pessoas que não são as partes do caso concreto pertinente.

## CONCLUSÃO

1. A coisa julgada é um pressuposto estrutural (formal) necessário à própria existência de um discurso jurídico-jurisdicional, sem o qual não é possível falar-se em um específico discurso jurídico-jurisdicional que se distinga do discurso jurídico geral ou de outros discursos jurídicos específicos, os quais não têm a função e o objetivo pragmático, próprio do discurso jurídico-jurisdicional, de atuar com efetividade para solucionar os conflitos intersubjetivos e possibilitar a pacificação social.

2. A obrigatoriedade de decidir – proibição do *non liquet* –, que é um postulado inegável da atividade jurisdicional, não apenas na teoria jurídica como também no direito positivo brasileiro, exige a estabilização da decisão – o caso precisa ter uma resposta final, definitiva, com a imutabilidade inerente à coisa julgada material, sob pena de se proferir um *non liquet*.

3. O Estado não consegue afirmar o seu poder, por meio da atividade jurisdicional, sem que a decisão se torne inquestionável – definitiva – em algum momento.

---

<sup>66</sup> Dizemos isso sem qualquer filiação à ideologia de separação entre a atividade jurisdicional ordinária e a jurisdição constitucional.

4. Não há tutela jurisdicional efetiva de direitos quando a parte (supostamente) vencedora fica perenemente ameaçada de se ver perdedora *ex tunc*. Em verdade, ela não poderá nem mesmo se considerar vencedora, em razão da necessária e inevitável provisoriedade do provimento que pode ser alterado posteriormente. Daí também a necessidade da definitividade inerente à coisa julgada material para que possam os direitos serem efetivamente asseguráveis por meio da atividade jurisdicional.

5. As teses que propugnam pela relativização da coisa julgada material possuem um inegável teor jusnaturalista, o que, por si só, já as tornam inaceitáveis. E isso na medida em que a ciência do direito atual rechaça completamente a existência de um direito natural. Os esforços de evolução da ciência jurídica caminham no sentido da superação do positivismo até então reinante, porém, sem retroceder a momentos históricos anteriores.

6. O intérprete participa da criação da norma jurídica, conforme a concepção pós-positivista não jusnaturalista, de maneira que a decisão de inconstitucionalidade de um texto normativo tem sempre caráter constitutivo.

7. Todos os juízes e tribunais, respeitada a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), possuem legitimidade – e mesmo têm o dever – para exercer o controle de constitucionalidade em todos os casos concretos a serem por eles decididos (controle difuso de constitucionalidade). É correto afirmar que todo ato de jurisdição é um ato de jurisdição constitucional, ainda que o juiz não tenha expressamente enfrentado alguma questão constitucional. Assim, sua decisão, se não contrariar decisão contemporaneamente vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), é legítima.

8. A Constituição Federal expressamente determina que a lei não prejudicará a coisa julgada, de maneira que a proteção da coisa julgada (material) é direito fundamental de estatura constitucional.

9. O controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos *não* é um controle de constitucionalidade sobre as decisões jurisdicionais.

10. A decisão já transitada em julgado revestida da imutabilidade própria à coisa julgada material só pode ser alterada por meio de ação rescisória ou pela *querela nullitatis*.

11. A ação rescisória só pode ser interposta dentro do prazo decadencial legalmente previsto, que hoje é de dois anos contados a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda. Após esse prazo, apenas seria admissível a *querela nullitatis*, cuja causa de pedir é exclusivamente a ausência de citação ou a sua nulidade (demonstra-se que não chegou nem mesmo a existir processo válido, razão pela qual há apenas uma “aparência” de decisão coberta pelo manto da coisa julgada material, quando, em verdade, não há coisa julgada material a ser preservada).

12. Após esgotado o prazo para a ação rescisória, surge a *coisa soberanamente julgada*, conforme a linguagem adotada pelo STF.

13. Não é possível fazer distinção objetiva entre inconstitucionalidade flagrante e inconstitucionalidade não flagrante, de maneira que a dogmática jurídica não deve trabalhar com a categoria da inconstitucionalidade *flagrante* (ainda que seja retoricamente e *ex post* possível falar-se em inconstitucionalidade *flagrante, chapada, aritmética, desvairada* etc.).

14. A ação rescisória pode ter como causa de pedir a superveniente declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade pelo STF, desde que com eficácia vinculante (ou com eficácia específica para o caso rescindendo), independentemente de a (in)constitucionalidade ser considerada mais ou menos *flagrante*.

15. São inteiramente inconstitucionais os art. 475-L, §1º, e art. 741, § único, do CPC. Dentro do prazo decadencial, o executando pode utilizar a ação rescisória.

16. Nas relações jurídicas continuativas, a superveniência de alteração no estado de fato ou de direito enseja o surgimento de uma nova causa de pedir e, pois, de uma nova ação, cuja decisão, ainda que distinta de decisão anterior, não fere a coisa julgada material desta. Não há aqui qualquer *flexibilização* ou *relativização* da coisa julgada material. A nova decisão incide sobre os fatos relativos ao período em que houve mudança de fato ou de direito, e não sobre os fatos anteriores à mudança.

17. A declaração de inconstitucionalidade e também a declaração de constitucionalidade, pelo STF, se forem revestidas de eficácia vinculante, representam *direito novo* que enseja nova causa de pedir.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 68/2011, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/1994. 35. ed. Brasília: Câmara dos Deputados; Edições Câmara, 2012.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 594.350/RS**, publicado em 11.06.2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308071705&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2010.



CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. rev., atual. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: MP Editora, 2005.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de processo civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III.

\_\_\_\_\_. Relativizar a coisa julgada matéria. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 55/56, p. 31-77, jan./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, 1977-1978.

\_\_\_\_\_. **A matter of principle**. Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 125, p. 71-91, fev. 2006.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração 'erga omnes' de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie. **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. 2. tir. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 99-114.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coord.). Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: MP Editora, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 81-89.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 101, n. 377, p. 43-61, fev. 2005.

\_\_\_\_\_. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

MÜLLER, Friedrich. **O significado teórico de ‘constitucionalidade/inconstitucionalidade’ e as dimensões temporais da declaração de inconstitucionalidade de leis no direito alemão** (conferência). Rio de Janeiro: Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4313.pdf/OSignificadoTeoricodeConstitucionalidadeInconstitucionalidadeeasDimensoesTemporaisdaDeclaracaodeInconstitucionalidadedasLeisnoDireitoAlemao.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. **Discours de la Méthode Juridique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JR., Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NOJIRI, Sérgio. Crítica à teoria da relativização da coisa julgada. In: CAMARA, Alexandre Freitas (Coord.). **Relativização da coisa julgada**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

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

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THEODORO JR., Humberto. Coisa julgada. Mandado de segurança. Relação jurídica continuativa. Contribuição social. Súmula nº 239 do STF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coord.). **Coisa julgada tributária**. São Paulo: MP Editora, 2005.