

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Fernanda Carolina Müller

**OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
SOBRE A COISA JULGADA E O CABIMENTO DA AÇÃO
RESCISÓRIA**

Porto Alegre
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Müller, Fernanda Carolina.

Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a Coisa Julgada e o cabimento da ação rescisória / Fernanda Carolina Müller. – 2015.

25.f.

Orientador: Daniel Mitidiero

Monografia (Especialização) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR – RS, 2015.

1. Da coisa julgada. 2. As teorias que envolvem a relativização da coisa julgada. 3. As possíveis soluções para o problema da coisa julgada anterior a precedente do STF e do STJ 4. Do cabimento da ação rescisória e os princípios da Constituição. I. Mitidiero, Daniel.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

Fernanda Carolina Müller

**OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
SOBRE A COISA JULGADA E O CABIMENTO DA AÇÃO
RESCISÓRIA**

Trabalho de conclusão apresentado ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial de obtenção de pós graduação.

Orientador: **Prof. Dr. Daniel Mitidiero**

Porto Alegre
2015

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de investigar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada e o cabimento da ação rescisória, sob a perspectiva de divergentes entendimentos doutrinários. Para tanto, expõe, inicialmente examina o instituto da coisa julgada e as teorias da chamada “relativização” da coisa julgada. Na sequência, expõe as hipóteses em que a declaração de inconstitucionalidade - seja no controle de constitucionalidade concentrado seja no concreto - pode influenciar as decisões judiciais qualificadas com o atributo da coisa julgada. Por fim, analisa o cabimento da ação rescisória nas situações em que forem atribuídos efeitos retroativos.

Palavras-chave: Coisa Julgada – Controle de Constitucionalidade – Eficácia Retroativa – Ação Rescisória

ABSTRACT

The purpose of this study is to investigate the effects of the declaration of unconstitutionality on the *res judicata* and the pertinence of rescission action from the perspective of different doctrinal understandings. Therefore, it exposes initially examines the *res iudicata* institute and theories "relativism" of *res iudicata*. In sequence, it exposes the assumptions on which the declaration of unconstitutionality - is concentrated in the judicial review is on concrete - can influence judgments qualified with the attribute of *res iudicata*. Finally, analyze the pertinence of rescission action in situations where retroactive effects are assigned.

Keywords: Judged Thing - Judicial Review - Retroactive Effectiveness - reversal action

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
PARTE I: DA COISA JULGADA	07
<i>1.1. Do instituto da Coisa Julgada</i>	<i>07</i>
PARTE II: AS TEORIAS QUE ENVOLVEM A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	10
<i>2.1. Da relativização da Coisa Julgada e suas teorias</i>	<i>10</i>
<i>2.2. A Coisa Julgada e o Princípio da Segurança Jurídica</i>	<i>12</i>
<i>2.3. A Coisa Julgada Inconstitucional</i>	<i>13</i>
<i>2.4. Hipóteses de inconstitucionalidade da Coisa Julgada</i>	<i>14</i>
<i>2.4.1. Violação direta quando a decisão judicial é desconforme com uma norma ou princípio da Constituição Federal</i>	<i>15</i>
<i>2.4.2. Sentença amparada na aplicação de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle concentrado.....</i>	<i>16</i>
<i>2.4.3. Sentença amparada na aplicação de norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso.....</i>	<i>18</i>
<i>2.4.4. Sentença fundamentada em inconstitucionalidade existente em matéria não apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.....</i>	<i>19</i>
<i>2.4.5. Sentença que deixou de aplicar uma norma declarada constitucional pelo STF.....</i>	<i>20</i>
PARTE III: AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA COISA JULGADA ANTERIOR A PRECEDENTE DO STF E DO STJ	22
<i>3.1. A Eficácia para o Passado e o Cabimento de Ação Rescisória</i>	<i>24</i>
<i>3.2. A Eficácia para o Futuro e o Não Cabimento de Ação Rescisória.....</i>	<i>25</i>
PARTE IV: DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA E OS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO.....	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS	32
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	34

INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro possui uma série de instrumentos para confiar maior efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal, o qual possui a função primordial de garantir a supremacia da Constituição.

Assim, diante da existência de coisa julgada inconstitucional discute-se se a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal pode retroagir sobre a coisa julgada material que se fundou em lei ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição.

A verificação da possibilidade ou não da relativização da coisa julgada é imprescindível ao Estado Democrático de Direito, pois discute-se entre os doutrinadores, se a imutabilidade absoluta da coisa julgada está em confronto direto com valores maiores existentes em nosso ordenamento jurídico.

Apresentaremos as hipóteses de decisões injustas por inconstitucionalidade no Brasil, ou seja, àquelas que: afrontam de forma direta a lei ou a Constituição, aplicam uma norma inconstitucional e que deixam de aplicar uma norma tida como inconstitucional quando ela não o é.

No âmbito doutrinário, encontram-se decisões a favor da aplicação do efeito retroativo e contrárias a tal retroação, pugnando, assim pela manutenção da coisa julgada.

A discussão, em verdade, é calcada no suposto conflito entre a segurança jurídica e o ideal de justiça. A segurança jurídica se revelaria com o trânsito em julgado da decisão, impossibilitando a rediscussão do tema entre as partes. De outra banda, temos o ideal axiológico do direito, a eterna busca pela justiça, a qual pode ser garantida através da igualdade material nas decisões jurisdicionais.

Dessa forma, será analisada a questão da segurança jurídica das relações sociais e se a imutabilidade da coisa julgada é absoluta ou relativa. Deve prevalecer a garantia constitucional da coisa julgada quando imputa imutabilidade e indiscutibilidade a pronunciamento jurisdicional que afronta parâmetros constitucionais?

Por fim, trataremos sobre a verificação do cabimento de ação rescisória como instrumento para desconstituição de julgado com base em nova orientação das Cortes Supremas. O tema mostra-se de vital importância no atual cenário jurídico brasileiro, principalmente, com a

instituição do Novo Código de Processo Civil, com entrada em vigor em 17/03/2016, no qual verifica-se uma busca por uniformizar e estabilizar a jurisprudência, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório.

Apresentaremos os dois motivos mais importantes pelos quais não admite-se ação rescisória para desconstituição de julgado com base em nova orientação jurisprudencial das Cortes Supremas, quais sejam: a coisa julgada e a segurança jurídica.

Por fim, enfrentaremos a questão da necessária segurança jurídica das relações sociais e se a ação rescisória é instrumento cabível para desconstituição de julgado com fundamento em nova orientação jurisprudencial das Cortes.

PARTE I: DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Denota-se de suma importância, antes de examinar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, uma breve exposição sobre o instituto da coisa julgada.

1.1. Do instituto da Coisa Julgada

O catálogo dos direitos fundamentais, constante no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (CR), no seu inciso XXXVI contempla a imunização da coisa julgada à retroatividade da lei. Em que pese tal disposição, há omissão da Carta Magna sobre o que consiste o instituto da coisa julgada e quais os provimentos judiciais são dotados desse atributo, ao empregar conceitos jurídicos indeterminados.¹

Assim, busca-se auxílio no artigo 467 do Código de Processo Civil (CPC), segundo o qual dispõe que coisa julgada material é a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso. Ainda, o artigo 6º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) refere que as decisões judiciais que não mais caibam recurso são denominadas coisa julgada ou caso julgado.

Importa salientar não ser todo e qualquer provimento jurisdicional capaz de conferir tal atributo, mas tão somente a “sentença”, provimento judicial que, conforme o art. 162,§1º do CPC, põe fim ao processo.

Por oportuno, Araken de Assis critica a utilização do vocábulo “sentença” no art. 467 do CPC, afirmando ser inexata. Refere que à interposição do recurso de apelação, nas hipóteses do art. 513 do CPC, tem-se agregado o efeito substitutivo quanto ao capítulo impugnado, segundo o qual provoca a substituição da sentença por acordão. Ora, se o processo pode findar após o pronunciamento colegiado do tribunal a dicção do artigo mostra-se errônea.²

A doutrina alemã define a coisa julgada como uma eficácia peculiar, acrescentada à sentença no momento do seu trânsito em julgado: a eficácia da declaração (Feststellungswirkung), que torna o pronunciamento, no presente e no futuro, indiscutível ou

¹ ASSIS, Araken de. *Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional*. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 301, 2002, p. 7-29.

² ASSIS, loc.cit.

incontestável. Assim, a coisa julgada se arrola, segundo tal concepção, dentre os efeitos da sentença.³

A tese doutrinária da coisa julgada como eficácia da sentença foi consagrada na legislação brasileira, como se observa pela redação do artigo 467 do Código de Processo Civil.

A coisa julgada torna imutável a sentença, no seu conteúdo, o qual pode ser limitado no tempo e no espaço, de maneira que não possa mais haver controvérsia a respeito daquilo que consta na decisão, obstando a propositura de qualquer outra demanda que possa apresentar solução diversa.

Mostra-se relevante distinguir coisa julgada formal, coisa julgada material e preclusão. Tem-se como formada a coisa julgada formal, quando em um determinado processo, tenham-se esgotado todos os recursos disponíveis para impugnação da sentença nele proferida. Assim, tal qualidade importa no impedimento das partes discutir novamente aquilo que já foi solucionado pelo Poder Judiciário.

No que concerne a coisa julgada material, torna estável a solução do caso concreto ao transcender os limites do caso concreto, impossibilitando que juízos de processo futuros se pronunciem sobre aquilo que já foi decidido.

A esses dois conceitos deve-se acrescer o instituto da preclusão, o qual representa a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual de caráter predominantemente público.⁴ Enquanto a coisa julgada vincula-se tão somente às sentenças, a preclusão refere-se tanto às sentenças como às decisões proferidas no curso do processo (interlocutórias). Por via de consequência mostra-se evidente a razão pelas quais muitos doutrinadores sugerem a substituição do conceito coisa julgada formal pelo vocábulo preclusão, eis que esse último é mais abrangente.

Importa salientar que a doutrina classifica a coisa julgada acerca de seus efeitos, dividindo-os em positivo e negativo.

O efeito negativo da coisa julgada é a virtude impeditiva de um novo julgamento, em sentido contrário ou mesmo idêntico ao primeiro, o qual encontra-se encoberto pela coisa

³ ASSIS, Araken de. *Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional*. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 301, 2002, p. 7-29.

⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. São Paulo: Revista Forense, 2002, p. 201.

julgada. Tal efeito, obsta que qualquer uma das partes rediscuta, através da propositura de outra demanda, aquilo que já foi declarada pela primeira.⁵

Na eventualidade de uma das partes do processo, após a formação da coisa julgada, pretender valer-se da decisão para fundamentar uma nova pretensão, o juiz da segunda demanda deve ficar vinculado ao provimento jurisdicional do primeiro processo, de modo a encontrar conformidade entre as decisões. A tal vinculação dá-se o nome de efeito positivo da coisa julgada.⁶

⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil, v.1.7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.470.

⁶ SILVA, loc.cit.

PARTE II: AS TEORIAS QUE ENVOLVEM A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

2.1. Da relativização da Coisa Julgada e suas teorias

Por muito tempo, o instituto da coisa julgada conferia caráter absoluto, intangível e imutável às decisões passadas em julgado. Contudo, a concepção rígida da coisa julgada não atende mais as necessidades do Estado Democrático de Direito.

A coisa julgada não é um princípio constitucional absoluto, mostrando-se suscetível à relativização, quando valores “de maior relevância” no caso concreto restarem comprometidos diante da imutabilidade de sentenças. Assim, tem-se observado constante debate dos juristas, acerca da chamada “relativização” da coisa julgada inconstitucional ou coisa julgada injusta, principalmente a partir da introdução da regra prevista nos artigos 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC.

É interessante ressaltar que muitos doutrinadores processuais admitem a possibilidade de “flexibilização” da coisa julgada, sob o fundamento de violação literal de dispositivo de lei, desde que respeitado o prazo decadencial de dois anos. Diante disso, a interpretação do art. 485, V do Código de Processo Civil deveria ser ampliada para alcançar as situações em que o dispositivo de lei pertença à Constituição. A justificativa de Wambier e Medina é que esse seria o caminho adequado para evitar a perpetuação de decisões que violam o sistema jurídico.⁷

Assim, examinemos os principais fundamentos articulados pela doutrina que se construiu sobre a “relativização” da coisa julgada.

A polêmica sobre a questão de inconstitucionalidade da coisa julgada teve como pioneiro o jurista português Paulo Otero, ao introduzir, no mundo jurídico, a possibilidade de uma sentença transitada em julgado contrariar a Constituição.

Como representantes da corrente que defende a possibilidade de “relativização da coisa julgada”, além das hipóteses já previstas taxativamente pelo ordenamento jurídico, encontram-se, dentre outros, Cândido Dinamarco, Paulo Lima, Humberto Theodoro Júnior e Juliana Faria, Teresa Wambier, José Delgado, Alexandre Câmara e José Medina.

⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157.

Não obstante, adotando entendimento contrário à “relativização”, pode-se citar processualistas renomados como Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, Barbosa Moreira, Ovídio Baptista da Silva, Nelson Nery Júnior, Leonardo Grecco e Araken de Assis.

Manifestando sua oposição, Luiz Guilherme Marinoni assevera:

*É difícil admitir a conclusão de que a imodificabilidade da coisa julgada tenha sido pensada para decisões “conformes com o direito”. Na verdade, e isto é pacífico no plano da doutrina processual, a proteção da coisa julgada nada tem a ver com a circunstância de a decisão estar ou não em conformidade com o direito, aí compreendidas as normas infraconstitucionais e as normas constitucionais. A imodificabilidade da coisa julgada é característica da própria coisa julgada, instituto imprescindível à afirmação do Poder Judiciário e do Estado Constitucional, além de garantia do cidadão à estabilidade da tutela jurisdicional corolário do direito fundamental de ação e do princípio da proteção da confiança.*⁸

Para os doutrinadores Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, a possibilidade de a inconstitucionalidade vir e ser sucessivamente invocada para impedir a execução constitui evidente e inconcebível violação à regra de que a coisa julgada cobre o deduzido e o dedutível, violação à regra da eficácia preclusiva da coisa julgada.⁹

Digna de nota faz-se a observação de Araken de Assis, quanto às possíveis consequências de uma ampla relativização da coisa julgada:

*Aberta a janela, sob o pretexto de observar equivalentes princípios da Carta Política, comprometidos pela indiscutibilidade do provimento judicial, não se revela difícil prever que todas as portas se escancararão às iniciativas do vencido. O vírus do relativismo contaminará, fatalmente, todo o sistema judiciário. Nenhum veto, a priori, barrará o vencido em desafiar e afrontar o resultado precedente de qualquer processo, invocando hipotética ofensa deste ou daquele valor da Constituição. A simples possibilidade de êxito do intento revisionista, sem as peias da rescisória, multiplicará os litígios, nos quais o órgão judiciário de 1º grau decidirá, preliminarmente, se obedece, ou não, ao pronunciamento transitado em julgado do seu Tribunal e até, conforme o caso, do Supremo Tribunal Federal. Tudo, naturalmente, justificado pelo respeito obsequioso à Constituição baseado na volúvel livre convicção do magistrado inferior. Por tal motivo, mostra-se flagrante o risco de se perder qualquer noção de segurança e de hierarquia judiciária. Ademais, os litígios jamais acabarão, renovando-se, a todo instante, sob o pretexto de ofensa a este ou aquele princípio constitucional.*¹⁰

8

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional...* op. cit. p. 34.

¹⁰ ASSIS, ARAKEN DE. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *Apud*: BORBA, Rodrigo Esperança. *Coisa Julgada versus inconstitucionalidade: controvérsias e perspectiva*. P. 93.

2.2. A coisa julgada e o princípio da segurança jurídica

O argumento contrário de maior relevância à relativização da coisa julgada inconstitucional é o princípio da segurança jurídica. Por óbvio, sempre que a flexibilização da coisa julgada inconstitucional ocorrer, a segurança jurídica será mitigada em detrimento de outros valores maiores.

No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, os direitos à segurança jurídica e à proteção da confiança gerada pelos atos do Estado são indissociáveis da noção de dignidade humana. Ele defende:

A coisa julgada, enquanto instituto jurídico, tutela o princípio da segurança em sua dimensão objetiva, deixando claro que as decisões judiciais são definitivas e imodificáveis. Frise-se que a coisa julgada expressa a necessidade de estabilidade das decisões judiciais.

Na outra dimensão do princípio da segurança jurídica, quando importa a proteção da confiança, a coisa julgada garante ao cidadão que nenhum outro ato estatal poderá modificar ou violar a decisão que definiu o litígio. Neste sentido, sabe o cidadão que, uma vez produzida a coisa julgada material, nada mais será possível fazer para se alterar a decisão, e, assim, que o ato judicial de solução de litígio merece plena confiança.”¹¹

A mitigação do princípio da segurança jurídica se justifica em prol de uma ordem jurídica justa. Humberto Theodor Jr. e Juliana Faria, ao enfrentar esta questão, desenvolvem o seguinte raciocínio:

“A insegurança jurídica não pode sobrepor-se ao postulado maior da justiça, em detrimento dos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, e, principalmente, da equidade. Estes, sim, em qualquer hipótese ou circunstância, são os que devem ser resguardados, visando afastar seu caráter de arbitrariedade que a torna um valor negativo do direito passível, portanto, de ser confundida com abuso de poder.

Por justo motivo, não pode ser ela elevada ao patamar de imutabilidade, sem restrições de qualquer ordem. Equivoca-se aquele que pensa ser a forma da

¹¹ 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. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

*inalterabilidade da sentença a solução para o problema referente ao fim da controvérsia, pela imposição de uma segurança inexistente.*¹²

Tecendo comentários sobre as características atuais do processo, Humberto Theodoro Júnior sintetizou:

“(...) o processo deixou de ser tratado apenas com o frio método de compor litígios, para se transformar no veículo de satisfação de direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional. Visto como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, o devido processo legal apresenta-se como processo justo, isto é, o instrumento que não apenas serve à composição de litígios, mas assegura a melhor e mais justa solução do conflito, segundo os padrões éticos e os anseios gerais de justiça do meio social.”¹³

É lógico que que a segurança jurídica é imprescindível para que exista um mínimo de certeza e segurança na ordem social, contudo, deve priorizar-se a justiça da decisão.

Importa ressaltar que o preâmbulo da Constituição Federal de 1988, assevera que no Estado Democrático de Direito, a justiça é um valor a ser perseguido.

Assim, a rescisão da sentença contrária à decisão do STF e sua adequação e harmonização ao precedente do STF, por meio da ação rescisória, simboliza o respeito ao tratamento igualitário dos destinatários, bem como a preservação da supremacia da norma constitucional e da autoridade do STF, como guardião da Carta Magna, em detrimento do princípio da coisa julgada.¹⁴

2.3. A Coisa Julgada Inconstitucional

A decisão final do Judiciário não é infalível, sendo plenamente possível que o conteúdo de uma decisão venha afrontar a Constituição. E mais, essa decisão pode vir a ser protegida pela coisa julgada, tornando-se intangível por outros recursos.

Como já exposto, a coisa julgada é uma garantia fundamental que incide sobre o conteúdo de uma sentença ou acórdão, contra os quais não caberiam mais recursos, gerando,

¹² NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa Julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pg 113.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Embargos à execução contra a Fazenda Pública*. In: Regularização Imobiliária de Áreas Protegidas: doutrina e jurisprudência. V. 2. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.167.

assim, a tão almejada segurança jurídica. Em decorrência disso, a coisa julgada em si nunca poderá ser inconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, Alexandre Câmara observa com maestria a terminologia da expressão “coisa julgada inconstitucional”:

*Trata-se, em outros termos de reconhecer o fenômeno que em doutrina tem sido chamada de “coisa julgada inconstitucional, mas que mais bem se chamaria sentença inconstitucional transitada em julgado. A rigor, o que contraria a Constituição não é a coisa julgada, mas o conteúdo da sentença. Essa sentença inconstitucional, aliás, já contrariava a Lei Maior, antes de transitar em julgado. É a sentença, pois, e não a coisa julgada que pode ser inconstitucional.*¹⁵

Em verdade, o uso do termo “coisa julgada inconstitucional” diz respeito à sentença, decisão ou acórdão que afrontam a Constituição, e não, a coisa julgada em si.¹⁶

Uma decisão judicial pode afrontar a Constituição de diversas maneiras. Vejamos.

2.4. Hipóteses de inconstitucionalidade da Coisa Julgada (Formas de afronta de uma decisão judicial à Constituição)

Avulta-se a Constituição não apenas quando o Poder Judiciário profere sentença ou acórdão calcado em norma inconstitucional, mas também quando afasta norma, por entendê-la não constitucional, quando, em verdade, ela o é.

Nesse sentido foi o entendimento do Ministro Ari Pargendler, no julgamento do EREsp n. 687.903/RS, quando discorreu sobre o tema:

*A hipótese é de ofensa à Constituição, e não de violação de lei. Declarando inconstitucional lei conformada ao texto constitucional, o julgado aplica a Constituição equivocadamente. É preciso que isso fique claro: a sentença que aplica lei inconstitucional tem a mesma natureza daquela que deixa de aplicar lei constitucional, lesando em ambos os casos a Constituição.*¹⁷

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, V. I, p. 494.

¹⁶ BORBA, Rodrigo Esperança. *Coisa Julgada versus inconstitucionalidade: controvérsias e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 70.

¹⁷ STJ, Corte Especial. EREsp 687.903/RS. j.em 04.11.2009.

Além dessas hipóteses, a decisão pode violar diretamente normas constitucionais, como por exemplo o princípio da reserva de plenário nos tribunais (art. 97 da CRF/88) ou quando afrontar preceitos materiais da Constituição, como os direitos fundamentais do homem, o meio ambiente saudável, a moralidade administrativa, etc.¹⁸

Na concepção do ministro Teori Zavascki, a inconstitucionalidade da sentença ocorre em qualquer caso de ofensa à supremacia da Constituição, portanto, vão além das hipóteses do controle de constitucionalidade.¹⁹

2.4.1. Violação direta quando a decisão judicial é desconforme com uma norma ou princípio da Constituição Federal

A eventual afronta direta de uma decisão judicial a preceitos da Lei Maior vem sendo denominada de “coisa julgada injusta inconstitucional”. No que tange às decisões fundamentadas em leis inconstitucionais (ou fundadas na não aplicação de leis constitucionais), passadas em julgado tem sido denominadas “coisas julgadas inconstitucionais”.²⁰

É ponto incontroverso na doutrina e jurisprudência que o vocábulo “lei” deve ser entendido em sua concepção ampla, abrangendo tanto lei estrangeira como a nacional, tanto a material quanto a processual, tanto a infraconstitucional como a constitucional. Conforme a lição de Cassio Scarpinella Bueno:

Doutrina e jurisprudência não divergem quanto à ampla abrangência que deve ser dada ao termo lei referido no inciso V do art. 485. Lei, tal qual empregada no dispositivo, é sinônimo de norma jurídica, independentemente de seu escalão. Isto é, tanto pode se conceber a rescisória para impugnar decisão que violou a Constituição, leis propriamente ditas (incluindo as medidas provisórias que têm força de lei), bem assim atos infralegais como decretos, regulamentos. O STJ já admitiu a rescisória calcada no inciso V do art. 485 por ofensa a dispositivo de seu próprio Regime Interno.²¹

¹⁸ BORBA, Rodrigo Esperança, op. Cit, p.78.

¹⁹ ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²⁰ BORBA, Rodrigo Esperança, op. Cit, p. 76.

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *O Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlos Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 1477.

2.4.2. Sentença amparada na aplicação de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de controle concentrado

Nas ações de controle concentrado que têm como resultado a declaração de inconstitucionalidade de norma e sua respectiva exclusão do ordenamento jurídico, ou de constitucionalidade da norma – e sua manutenção, as situações jurídicas individuais formadas em sentido contrário terão que se ajustar ao referido comando posterior. E para tão conformação, as situações jurídicas individuais já transitadas em julgado poderão valer-se da ação rescisória.²²

No caso de sentença se fundamentar em norma que já foi declarada inconstitucional em sede de controle concentrado (ou que já foi suspensa pelo Senado Federal, quando reconhecida inconstitucional pelo STF incidentalmente) há ofensa direta a outra norma constitucional, qual seja a que impõe efeito vinculante dos pronunciamentos emitidos em sede de controle concentrado de constitucionalidade.²³

Questão interessante aflora diante da chamada coisa julgada superveniente. Trata-se de decisões judiciais fundamentadas em norma posteriormente declarada inconstitucional pelo STF, ou seja, quando já formada a *ius iudicata*.

Após o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, diverge a doutrina se todas as decisões que forem de encontro com tal declaração formarão coisa julgada inconstitucional, alcançando todas as decisões anteriores.

Contrário à retroatividade do efeitos da declaração de inconstitucionalidade às decisões anteriores, já transitadas em julgado, Rodrigo Borba leciona:

Entende-se não ser nula a decisão judicial que, respeitados todos os direitos inerentes ao devido processo legal, tenha transitado em julgado, ainda que o STF tenha, posteriormente, exercido juízo de mérito diverso quanto à constitucionalidade da norma amparadora daquele decisum.

Assim, como não se trata de decisão nula, não pode ser atingida por decisão a ser proferida a qualquer tempo, depois, por outro órgão jurisdicional, ainda que este órgão seja o STF.²⁴

²² ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

²³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 208/211.

²⁴ BORBA, Rodrigo Esperança, op. Cit, p. 76.

Nesse mesmo sentido, Nelson Nery e Rosa Maria Nery sustentam que somente a decisão anterior do STF, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou a aplicação de interpretação de norma tida por incompatível com a CF, em sede de controle concentrado, é que poderia atingir o título executivo judicial que transitasse em julgado posteriormente à decisão do STF.²⁵

Ferreira Filho vai além. Para ele, a manutenção dos efeitos já produzidos pelo ato inconstitucional importa em convalidação. Assim, ele conclui que o reconhecimento da inconstitucionalidade não importa na “nulificação do ato inconstitucional”.²⁶

A posição dos tribunais superiores é no sentido de que embora o julgado não seja imediatamente desconstituído, admite-se a propositura de ação rescisória, com base no inciso V do art. 485 do CPC, ainda que a matéria tenha sido objeto de interpretação controvertida nos tribunais, negando-se, portanto, a aplicação da Súmula nº 343 do STF.

Araken de Assis afirma que as decisões do Supremo impactam de forma significativa no ordenamento jurídico, apresentando aptidão de fazer cessar a eficácia das decisões judiciais transitadas em julgado:

*“(...) tão intensa e profunda se revela a inconstitucionalidade pronunciada pelo STF, que desaparece a indiscutibilidade do título, decorrente da coisa julgada, e, conseqüentemente, a sua exequibilidade. Assim o art. 741, parágrafo único, tornou sub conditione a eficácia da coisa julgada do título judicial que, preponderantemente ou exclusivamente, serviu de fundamento da resolução do juiz. Pode-se dizer, então, que toda sentença assumirá uma transparência eventual, sempre passível de ataques via embargos. E a coisa julgada, em qualquer processo, adquiriu a incomum e a insólita característica de surgir e subsistir sub conditione. A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória (art. 495)”.*²⁷

Posicionamento contrário possui Luiz Guilherme Marinoni, o qual defende que tanto a declaração de constitucionalidade como a de inconstitucionalidade operam para o futuro, não possuindo eficácia retroativa sobre a coisa julgada, tendo em vista o respeito aos princípios da

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 132.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 76, 2004, p. 65.

²⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.1109.

segurança jurídica e da proteção à confiança.²⁸

Da leitura do artigo 27 da Lei 9.868/1999, observa-se a possibilidade do Supremo Tribunal Federal fixar o momento a partir do qual o ato cuja inconstitucionalidade foi reconhecida deixará de produzir efeitos válidos, o que poderá ocorrer mediante o trânsito em julgado ou mesmo no futuro. A modulação dos efeitos permite o afastamento da incidência da declaração de inconstitucionalidade aos casos já transitados em julgado. Assim, mediante o uso de juízo de ponderação, calcado no princípio da proporcionalidade, impõe-se a prevalência do princípio da segurança jurídica ou outro valor constitucional relevante em interesse social no caso concreto.

Importa ressaltar, entretanto, que a modulação dos efeitos temporais é uma medida de caráter excepcional, podendo tão somente ser aplicada mediante *quorum* especial (dois terços dos votos) é que será possível declarar a inconstitucionalidade de uma norma com efeitos limitados.

Por conseguinte, sendo a modulação dos efeitos temporais uma exceção à regra e, ainda, considerando que no controle concentrado de constitucionalidade a regra é a eficácia *ex tunc* e a incidência *erga omnes*, conclui-se que a declaração de inconstitucionalidade alcança todas as decisões anteriores a ela, inclusive as transitadas em julgado.

2.4.3. Sentença amparada na aplicação de norma declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle difuso

A declaração de inconstitucionalidade em controle concreto surte efeitos *ex tunc*, ou seja, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. Contudo, não há uma invalidação da lei perante todos. A decisão afasta tão somente a sua incidência no caso concreto, isto é, *inter partes*.

Importa salientar que a eficácia “*ex tunc*” da decisão que declara a inconstitucionalidade de determinada norma pode ser ampliada por Resolução do Senado Federal, fulcro no artigo 52, X, da CF. Através desse instrumento, a declaração de inconstitucionalidade adquire eficácia *erga omnes*.

²⁸ 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. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 158.

Consoante lição de Teori Albino Zavascki, a Resolução do Senado que suspende a execução opera a universalização do reconhecimento estatal de que a norma em questão jamais teve aptidão para incidir, e, assim, jamais incidiu em qualquer situação.²⁹ Para o jurista, é como se houvesse uma “revogação *ex tunc*”.³⁰

2.4.4. Sentença fundamentada em inconstitucionalidade existente em matéria não apreciada pelo Supremo Tribunal Federal

Há ainda a possibilidade aventada de o julgado ser calcado em inconstitucionalidade existente, cuja matéria constitucional não foi apreciada pelo STF. Nesse caso, para o Humberto Theodoro Júnior, a inexistência de precedente do STF acerca de inconstitucionalidade patente na sentença não deve obstaculizar a efetivação da supremacia da Constituição.³¹ O instrumento para rescisão de tal inconstitucionalidade indiscutivelmente seria a ação rescisória, respeitados os dois anos.

De modo diverso entende Luiz Guilherme Marinoni, para o qual a vinculação do juiz ordinário só tem razão de ser quando a decisão de inconstitucionalidade já tenha sido proferida pelo órgão responsável pela guarda da Constituição. Assim, “*se no instante em que o juiz singular deve exercer o seu dever-poder de controle de constitucionalidade, não há decisão do Supremo Tribunal Federal, não há qualquer vinculação*”.³²

Por conseguinte, a declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, em momento posterior à decisão transitada em julgado não pode ter efeito retroativo capaz de atingir a coisa julgada que se formou naquele caso concreto, do mesmo modo que não é possível admitir o impedimento de sua execução. Assim, não é plausível admitir-se tamanha vinculação de maneira a extinguir os efeitos de uma decisão legítima em sede de controle difuso.³³

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

³⁰ *Ibidem*. p. 37.

³¹ NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa Julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

³² 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 op. cit. p.23.*

³³ 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 op. cit. p.23.*

Outrossim, questão interessante surge no caso de já haver decorrido o prazo decadencial de dois anos para propositura da ação rescisória. Humberto Theodoro Jr. apresenta duas possíveis soluções para impedir que a ofensa à Constituição perdure, sendo a primeira, o cabimento da ação rescisória, independente do limite temporal comum e a segunda, permitir o manejo de ação comum de declaração absoluta (*querela nullitatis*) em que se discutam os efeitos da sentença pronunciada contra a CF.³⁴

No regime constitucional anterior, era entendimento consolidado que o recurso extraordinário, interposto em ação rescisória, deveria dirigir-se aos pressupostos desta e não aos fundamentos do julgado rescindendo. Por conseguinte, sendo os pressupostos da ação rescisória o foco do recurso, estar-se-ia diante de matéria infraconstitucional, ainda que suscitada violação à matéria constitucional.³⁵

Já no ordenamento jurídico constitucional vigente, a Constituição prevê como órgão competente para recursos por ofensa à lei: o Superior Tribunal de Justiça. Por conseguinte, havendo ação rescisória, não seria do STF, mas sim do STJ, a competência para decidir sobre a existência ou não de violação da constituição, na inexistência de precedente preexistente.³⁶

2.4.5. Sentença que deixou de aplicar uma norma declarada constitucional pelo STF

Quando o juiz interpreta incorretamente a disposição normativa infraconstitucional ao considerá-la indevidamente inconstitucional, ele está adotando uma interpretação incompatível com a própria Constituição. E tendo a sentença incompatibilidade com a Constituição, está-se diante de sentença inconstitucional.

Cumprе ressaltar que para Teori Zavascki é irrelevante se a não-aplicação da norma ocorreu antes ou depois de manifestação do Supremo em sede de controle concentrado, no qual declara-se constitucional a norma indevidamente afastada. Por óbvio, que no caso de haver o prévio pronunciamento do Supremo, em via direta, o afastamento da norma constitucional configura afronta impositiva à Constituição.

³⁴ NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa Julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica. op.cit.*

³⁵ NASCIMENTO, loc.cit.

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 167.

Há entendimento, porém, que a decisão transitada em julgado que considerou lei inconstitucional, quando o STF a tem por constitucional, configuraria “coisa julgada ilegal” e não “coisa julgada inconstitucional”, pois a decisão estaria contrariando diretamente à lei, cuja validade a sentença se recusou à conhecer, e não a Constituição³⁷.

Contudo, para Theodoro Júnior e Juliana Faria, a recusa de aplicação da lei constitucionalmente correta representa uma ofensa de “inconstitucionalidade reflexa” (indireta), mas ainda assim uma ofensa à Constituição.³⁸ Nesse mesmo sentido, precedente do STJ já manifestado anteriormente refere que: “*a sentença que aplica lei inconstitucional tem a mesma natureza daquela que deixa de aplicar lei constitucional, lesando em ambos os casos a Constituição*”.³⁹

Diante de tais considerações, é possível concluir que a doutrina não é uníssona no que tange aos efeitos retroativos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma sentença sobre a coisa julgada.

³⁷ MACHADO, Daniel Carneiro. *Coisa Julgada Inconstitucional*. Belo Horizonte: Del Rey: 2005.

³⁸ NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. op. cit. p. 102.

³⁹ STJ, Corte Especial. EREsp 687.903/RS. j.em 04.11.2009.

PARTE III: AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA COISA JULGADA ANTERIOR A PRECEDENTE DO STF E DO STJ

O Novo Código de Processo Civil⁴⁰ busca uma uniformização e estabilização da jurisprudência, prestigiando os primados da segurança jurídica, isonomia, livre convencimento motivado e do contraditório. Contudo, o Novo Código de Processo Civil ainda não completará o que se poderia chamar de um sistema de precedentes judiciais, mas sinaliza um reforço ainda maior à figura do precedente judicial, que paulatinamente tem alterado o modo de ser da ciência processual e da atividade julgadora, a qual nunca esteve tão preocupada em seguir o entendimento dos Tribunais Superiores.

O STF e o STJ tem por função precípua, respectivamente, interpretar a Constituição e a legislação infraconstitucional federal com o fim de assegurar a igualdade de todos perante o Direito e a promoção da segurança jurídica, o que justifica a adoção de precedentes.

Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos. É composto por circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do procedimento decisório.

Ao se afirmar que há um precedente, se está estabelecendo que há uma norma geral que já identificada por outro magistrado como aplicável ao caso concreto. O precedente não é formado pela norma jurídica individualizada, mas pela norma geral construída por outro juiz ou Tribunal diante de um caso concreto.

Já a jurisprudência é a reiterada aplicação de um precedente, podendo virar, inclusive, uma jurisprudência dominante.

Importa salientar que no momento da formação de um determinado precedente, pode acontecer de coexistirem múltiplas interpretações judiciais nas Cortes Superiores e qualquer delas, ao transitar em julgado, adquirem a proteção da coisa julgada. Por conseguinte, no cenário jurídico atual, a dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário, razão pela qual mostra-se crucial a uniformização das decisões judiciais no direito brasileiro.

⁴⁰ Instituído pela Lei n.13.105/15, com entrada em vigor após um ano de sua publicação (DOU de 17-03-2015).

No entanto, a uniformidade e a estabilidade das decisões judiciais não podem constituir obstáculo à contínua evolução do Direito, razão pela qual as Cortes Supremas, para promover a unidade do Direito, poderão afastar-se motivadamente dos próprios precedentes, podendo superá-los (*overruling*), alterá-los parcialmente (*overturning, transformation* ou *overriding*)⁴¹.

A superação total de um precedente, consoante Daniel Mitidiero, constitui uma resposta judicial ao desgaste do binômio “congruência social e consistência sistêmica” ou a um evidente equívoco na sua solução. Dessa forma, a carência de congruência ou presença de um equívoco na solução do precedente autorizam a superação de precedentes:

*A superação total de um precedente (overruling) constitui a resposta judicial ao desgaste de uma dupla coerência (congruência social e consistência sistêmica) ou a um evidente equívoco na sua solução. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocando e os princípios básicos que sustentam a regra do stare decisions – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (replicability), o precedente deve ser superado, sob pena de estancar-se o processo da contínua evolução do Direito. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (basic overruling principle)*⁴².

Quando há *overruling* de um precedente que já está consolidado, firmado há muitos anos, é preciso conciliar a possibilidade de sua superação com a boa fé objetiva e confiança depositada no precedente. Nesse sentido, discute-se se a superação de um precedente que já estava consolidado deve ou não ter eficácia retroativa, para preservar as situações consolidadas.

Antes de adentrar ao mérito, cabe tecer algumas considerações sobre a relação dos precedentes com a coisa julgada. Como nos ensina Luiz Guilherme Marinoni, o respeito aos precedentes assegura a previsibilidade em relação às decisões judiciais, do mesmo modo que a coisa julgada certifica que nenhuma decisão judicial qualificada com tal atributo, seja modificada por outra decisão. Dessa forma, “a coisa julgada tutela a confiança do cidadão no ato estatal que decidiu o seu caso, assegurando que o benefício outorgado por este ato jamais lhe será retirado”⁴³.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

⁴² MITIDIERO, loc.cit.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 138.

3.1. A Eficácia para o Passado e o Cabimento de Ação Rescisória

Muitos doutrinadores, após o pioneirismo de Paulo Otero, têm defendido que a sentença inconstitucional não faz coisa julgada e, portanto, não se estaria diante de uma hipótese de relativização. Tal argumento, justificaria a possibilidade de que as decisões judiciais que declararem a inconstitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinada norma produzam efeitos nas decisões em que já houve a formação da *ius iudicata*.

Para outra parcela que defende a eficácia retroativa da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, o respeito ao tratamento igualitário dos destinatários, a equidade das decisões, bem como a supremacia da norma constitucional e da autoridade do Supremo Tribunal Federal justificaram a mitigação da coisa julgada. Consoante discorre José Delgado:

A sublimação dada pela doutrina à coisa julgada, em face de fenômenos instáveis supracitados, não pode espelhar a força absoluta que lhe tem sido dada, sob o único argumento que há de se fazer valer o império da segurança jurídica.

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições.

A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz “esse” poder absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo.⁴⁴

Observado o prazo legal previsto no artigo 465 do CPC, a ação rescisória é cabível nas hipóteses em que a decisão judicial: afronta diretamente o texto da Constituição; confere à norma interpretação manifestamente inconstitucional; aplica lei já declarada inconstitucional ou deixa de aplicar lei já declarada pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional.

Na eventualidade de ocorrer violação literal de disposição de lei é possível o cabimento da ação rescisória. Contudo, a edição da Súmula 343 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe não caber ação rescisória quando a decisão rescindenda for fundada em texto legal de

⁴⁴ DELGADO, José Augusto. *apud*. NASCIMENTO, Carlos Vader. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 46.

interpretação controvertida nos tribunais. Assim, à época da decisão judicial o entendimento dos tribunais era controvertido não há que se falar em violação literal de lei.

A súmula nº 343, em verdade, respeita a evolução da ordem jurídica brasileira, a qual paulatinamente, é modificada com o fim de atender as novas situações jurídicas existentes. Dessa forma, não há motivo para considerar inconstitucional as interpretações opostas e permitir o cabimento da ação rescisória, eis que foi justamente o debate e esgotamento de questões que torna possível a superação de um precedente.

No que tange ao presente questionamento, conclui Teori Zavascki: “*Se mendra nos tribunais, entendimento divergente sobre o mesmo preceito normativo, é porque ele comporta mais de uma interpretação, a significar que não se pode qualificar, uma delas, como frontal ou gritantemente ofensiva a teor literal da norma interpretada*”.⁴⁵

Importa salientar, porém, que o Supremo Tribunal Federal não considera aplicável a súmula 343 quando tratar-se de ofensa à Constituição, sob a justificativa de que em face a supremacia das normas constitucionais apenas a melhor interpretação pode ser considerada e não várias interpretações razoáveis⁴⁶.

3.2. A Eficácia para o Futuro e o Não Cabimento de Ação Rescisória

De outra banda, parte exponencial da doutrina vem posicionando-se de forma contrária aos efeitos retroativos da superação de um precedente.

Como bem observa Daniel Mitidiero, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são os intérpretes da Constituição e da legislação infraconstitucional federal, respectivamente, razão pela qual os seus precedentes devem ser observados por todo o Poder Judiciário a fim de que seja assegurada a igualdade de todos perante o sistema jurídico. Contudo, ressalta não ser possível seguir um “precedente inexistente”. Nenhuma corte pode avultar precedente ainda inexistente.⁴⁷ Dessa forma, não há que se falar em instrumentos para rescindir tais decisões.

⁴⁵ Zavascki, Teori Albino. op. cit. 159.

⁴⁶ Zavascki, loc. cit.

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. op. cit. p. 121.

O jurista supramencionado afirma ainda que nas situações em que os precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são pré-existentes às decisões judiciais contrárias, já abarcadas pela coisa julgada, é cabível a rescisão do julgado mediante: ação rescisória, impugnação ou embargos à execução.⁴⁸

Já na hipótese de superação de um precedente que encontrava-se assentado, Daniel Mitidiero é contrário à eficácia retroativa com a nítida finalidade de preservar as situações ora (dantes) consolidadas e, portanto, entende pelo não cabimento de ação rescisória ao caso:

Uma solução orientada por uma perspectiva lógico-argumentativa, que pressupõe a potencial equivocidade dos enunciados legais, prestigia no momento de desacordo interpretativo que marca naturalmente o período de formação do precedente a segurança jurídica pela consolidação das situações individuais. Vale dizer: protege as interpretações jurisdicionais possíveis e, portanto, igualmente legítimas consolidadas no momento anterior à formação do precedente. É que, em um quadro teórico que rejeita univocidade normativa do texto e uma função puramente declaratório-descritiva da jurisdição, não é possível pressupor que a norma sempre existiu e que, dessa forma, a consolidação da interpretação judicial vencedora no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça deve ser imposta a todos os casos indistintamente. O precedente deve ser obviamente aplicado para o futuro – e todas as decisões que o violam devem ser reformadas ou rescindidas pelas vias adequadas. Não deve, contudo, ser aplicado de forma retroativa, cuja aplicação pressupõe equivocadamente a existência de um sentido intrínseco e unívoco da legislação e acarreta evidente violação à segurança jurídica.⁴⁹

No que concerne à opção judicial pela superação de uma jurisprudência, deve-se atentar para as expectativas de particulares. Ainda que uma orientação jurisprudencial não seja oriunda da mais elevada instância, ela poderá ser suficiente para justificar a proteção da confiança.

Nesse sentido, foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 590.809/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, ac. 22.10.2014, no qual entendeu pelo não cabimento da ação rescisória em face de acórdão que, à época de sua prolação, estiver e conformidade com a jurisprudência dominante do STF, refutando que o enunciado 343 da Súmula do STF deveria ser afastado em caso de matéria constitucional.

Do julgamento supracitado vislumbra-se que o posicionamento do STF é de que nos casos de superação de jurisprudência – e, portanto, extensível aos precedentes nos casos de

⁴⁸ MITIDIERO, op. cit.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pg. 114.

overruling – sua eficácia deve ser tão somente prospectiva, deixando de alcançar os julgamentos já consolidados e protegidos pelo fenômeno da “*res iudicata*”.

O STF ressaltou, novamente, que a ação rescisória deveria ser reservada a situações excepcionalíssimas, ante a natureza de cláusula pétrea conferida ao instituto da coisa julgada, não servindo como mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição Federal sem que fosse observada a garantia da coisa julgada material.

Dessa forma, verifica-se que o posicionamento do STF é que há desrespeito à Constituição, com nítida violação à coisa julgada e o princípio da segurança jurídica, ao pretender-se a “*retroação de julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a pretexto de outorgar a máxima efetividade à determinada norma constitucional*”.⁵⁰

Ora, por óbvio, deve-se ponderar que o julgado calcado em orientação superada do STF, não alcança a inconstitucionalidade da norma, mas tão somente, a sua interpretação, razão pela qual é legítima, eis que constitucional, possuindo eficácia à época da prolação do julgamento.

Além disso, na esteira do debate sobre a relativização da coisa julgada, desenvolveu-se tanto na doutrina quanto na jurisprudência, considerável polemica quanto à aplicação dos artigos 475L, §1º e 741, parágrafo único do CPC.

De acordo com o que dispõe o artigo 471, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a Fazenda Pública, quando executada, pode alegar que o título executivo é fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou ainda, quando fundamentado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo considerados como violadores da Constituição⁵¹.

No mesmo caminho, o artigo 475 – L, §1º do Código de Processo Civil permite que o executado, mediante impugnação, se oponha à execução, mediante a alegação de que o título executivo judicial é “fundado em lei ou atos normativos declarados como incompatíveis com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 122.

⁵¹ 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. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

Portanto, analisando tais dispositivos, Luiz Guilherme Marinoni conclui:

*(...) com tais dispositivos, pretende-se não só atingir a sentença transitada em julgado que se fundou em lei declarada inconstitucional, mas também impedir a sentença transitada em julgado que se fundou em interpretação considerada incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal*⁵².

A interpretação dos dispositivos à luz da Constituição exige que somente possam ser invocados, se antes da definição definitiva do litígio, o STF já houvesse declarado inconstitucional a lei, e, ainda assim, a sentença calcada na lei inconstitucional tenha transitado em julgado.

Dessa forma, verifica-se que embora de extrema relevância ao direito, há muito o que se discutir quanto a relativização da coisa julgada, haja vista que os argumentos de ambas as correntes são sólidos e coerentes.

PARTE IV: A POSSIBILIDADE/IMPOSSIBILIDADE DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA E OS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO (Supremacia da Constituição, Justiça, Igualdade, Segurança Jurídica).

A ação rescisória, dentro do sistema processual brasileiro, é o instrumento típico para a rescisão das decisões alcançadas pela autoridade da coisa julgada, sendo uma demanda autônoma de impugnação⁵³ com previsão constitucional, de competência originária dos tribunais. Trata-se do único mecanismo, na seara cível, previsto na Constituição Federal com aptidão de questionar as decisões definitivas proferidas pelo Poder Judiciário.

Atualmente, temos a consagração constitucional de proteção à coisa julgada, instituto jurídico elevado à condição de garantia fundamental, mas também da ação rescisória, com uma ampla regulamentação infraconstitucional. Diante desse contexto normativo, com especial atenção aos comandos constitucionais, questiona-se qual a mensagem que o Constituinte

⁵² 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. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

⁵³ O sistema processual brasileiro tem por característica possibilitar a impugnação de decisões transitadas em julgado por meio de uma ação autônoma e não por recursos, que constituem, no Brasil, instrumentos de impugnação endoprocessuais. Há países, a exemplo da França, Portugal e Itália, onde as decisões transitadas em julgado são impugnáveis por recursos extraordinários.

pretendeu transmitir ao conferir tamanha importância à coisa julgada e, ao mesmo tempo, possibilitar a sua desconstituição por meio da ação rescisória.

Em verdade, parece que a Constituição Federal estabeleceu uma reserva de superação da coisa julgada por meio da ação rescisória, de maneira que, diante de uma garantia constitucional de tamanha relevância para o Estado Democrático de Direito, apenas pelo instrumento previsto na própria Constituição poderá ser superada uma decisão judicial qualificada pela autoridade da coisa julgada. Destinou-se uma demanda autônoma para a sua análise, evitando-se que o tema fosse tratado de forma meramente incidental, como simples etapa do julgamento de outra questão.

Agregue-se a isso um segundo elemento que pode ser extraído do texto constitucional, qual seja, a necessidade de tal superação ser necessariamente operada por um tribunal. Ressalte-se que não pode ser considerado pleonástico o fato de a Carta Magna concentrar nos tribunais a competência para apreciação das ações rescisórias. Órgãos colegiados e formados por magistrados mais experientes, certamente terão melhores condições de ponderar a respeito da manutenção ou não de um comando judicial que representa uma das maiores garantias de segurança jurídica no Estado Constitucional.

Com efeito, temos na ação rescisória a única hipótese de desconstituição da coisa julgada prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a ser apreciada necessariamente como questão principal e por um tribunal, merecendo as suas hipóteses de cabimento toda a atenção do legislador ordinário e do Poder Judiciário.

Da análise do artigo 485 do Código Processual Civil vigente, é possível perceber que as hipóteses ali consignadas que admitem o ajuizamento da ação desconstitutiva, em regra, não refletem propriamente uma revisão do juízo feito pelo magistrado a respeito da solução conferida ao caso apreciado, mas sim a eleição de vícios de alta gravidade que aconselham a rescisão do julgado, seja porque a imparcialidade ou a competência do juiz estavam maculadas, seja em função de atos das partes que impediram a adequada análise do caso, por ofensa à coisa julgada, violação a *literal* disposição de lei, em razão da obtenção de documento novo ou descoberta da falsidade de documento velho, invalidação de confissão, renúncia ou transação

que serviram de base para a decisão ou, por fim, pela constatação de que um fato relevante foi considerado existente ou inexistente, sem ter havido efetivo juízo ao seu respeito.⁵⁴

Não há, portanto, nas hipóteses de cabimento da ação rescisória, a possibilidade de se corrigir a *injustiça do julgado*, decorrente de um juízo equivocado sobre a prova dos autos ou da eleição de uma das interpretações razoáveis do texto legal.⁵⁵ Isso faz com que alguns doutrinadores ainda entendam presente, de forma implícita, no sistema processual brasileiro, a referida norma decorrente do revogado art. 800 do CPC/39, o qual previa a hipótese de cabimento de ação rescisória no caso de injustiça do julgado.⁵⁶

Por fim, uma questão que nos parece fundamental diz respeito à necessidade de utilização da ação rescisória, quando, ao invés de se pretender impugnar a decisão pela presença de algum vício previsto no art. 485 do CPC, almeja-se apenas apontar que o julgado foi calcado em posicionamento jurisprudencial superado no momento da interposição da ação de impugnação.

A ação rescisória visa a rescindir um julgado em decorrência de algum vício que o macule, proporcionando a sua desconstituição (*iudicium rescindens*) e, se necessário, a prolação de novo julgamento (*iudicium rescissorium*). Assim, quando estamos diante de julgamento fundado em jurisprudência consolidada à época de seu proferimento que foram objeto da anterior apreciação judicial, não se pretende *rescindir* o julgado, porquanto vício nenhum o maculou, mas apenas obter o reconhecimento de que a decisão antes proferida não é adequada para regular o caso concreto, tendo em vista a nova orientação das Cortes Supremas. Tal situação, portanto, está longe de exigir a propositura de ação rescisória, tendo em vista não constituir hipótese de superação da coisa julgada.

Assim, caso provenha alguma modificação da relação jurídica objeto da apreciação judicial que está acobertada pela autoridade da coisa julgada, consoante posicionamento recente do STF, tal julgado não terá aptidão para regular a nova relação jurídica formada, a ela não se aplicando. Não se cogita, pois, de rescindir a decisão anterior, mas apenas de analisar os seus limites objetivos e identificar sobre qual relação jurídica ele se refere.

⁵⁴ SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional. Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade*. Editora Almedina. Coimbra, 2009. p. 243.

⁵⁵ Consoante se infere da súmula 343 do STF: “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.*”

⁵⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 53-54.

Dessa forma, denota-se que o ordenamento jurídico pátrio preserva a coisa julgada como garantia fundamental constitucionalmente prevista, cuja superação se efetiva tão somente nas hipóteses previstas em lei, cabendo ao Judiciário, em situações absolutamente excepcionais e mediante procedimento legalmente estabelecido, flexibilizá-la com a máxima atenção possível ao “estado de confiabilidade do Direito por meio da estabilização das decisões”.⁵⁷

Importa ressaltar que Carlos Henrique Soares defende que utilizar a ação rescisória para a modificação da “coisa julgada inconstitucional” é equívoco doutrinário, eis que para tal situação o instrumento mais adequado seria a *querela nullitatis*.⁵⁸ Para esse jurista a sentença inconstitucional não poderia integrar o sistema jurídico brasileiro, eis que tratando-se de sentenças inexistentes, não podem formar coisa julgada porque não transitam em julgado. Seria uma decisão inexistente do mesmo modo que a ausência de citação poderia ser usada para justificar a *querela nullitatis*. Carlos Soares afirma:

A ação rescisória serve para desconstituir uma sentença nula que transitou em julgado. Já a querela nullitatis é utilizada para sentenças que não transitam em julgado pelo simples fato de que nunca existiram, por lhes faltar pressuposto fundamental, qual seja, a legitimidade do processo.

O argumento que vem a fortalecer a sobrevivência de querela nullitatis e a possibilidade de sua utilização no casos de ausência de legitimidade processual e contraditório está, justamente, nos artigos 457-L, inciso I e 741m inciso I do Código de Processo Civil brasileiro. A ausência de citação é um fator que demonstra a ausência do contraditório e, nesse sentido, pode ser anulado todo o procedimento que se instaurou e culminou com uma “sentença inexistente”.⁵⁹

⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 247.

⁵⁸ SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional. Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade*. Editora Almedina. Coimbra, 2009. p. 243.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 249-250.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado neste estudo, a coisa julgada é um dos assuntos mais polêmicos e intrigantes no Direito Processual Civil, principalmente, quando se discorre sobre a coisa julgada inconstitucional e a necessidade de mitigação do princípio da segurança jurídica para a persecução de decisões mais justas.

A coisa julgada inconstitucional é aquela que viola não só regras ou princípios (explícitos e implícitos) da Constituição Federal, mas também a decisão judicial passada em julgado que se fundamentou em lei declarada inconstitucional posteriormente a sua formação.

Verificou-se que a segurança jurídica, em que pese sua relevância e contribuição para com o sistema jurídico, não é princípio absoluto, porquanto poderá ser mitigada quando em conflito com outros valores fundamentais do direito de maior relevância no caso concreto a ser analisado.

Diante disso, grande parte da doutrina entende que ao se deparar com uma sentença de mérito transitada em julgado que avilte preceitos e valores constitucionais, deverá ser ela objeto de controle de constitucionalidade.

Em verdade, a flexibilização da coisa julgada torna o direito processual mais próximo do que se denomina direito justo, haja vista que a justiça não se encontra na simples aplicação da lei, mas sim no conteúdo decisório fundado princípio ontológico do Direito, proferindo a decisão mais equânime ao caso concreto²².

Verifica-se pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal, no RE 509.809/RS o nítido reconhecimento de que segurança jurídica, efetivada pela autoridade da coisa julgada, representa, o contexto de nosso sistema normativo, portanto, o fundamento essencial da ordem constitucional.

No que concerne ao cabimento da ação rescisória como instrumento para desconstituição de julgado com base em nova orientação das Cortes Supremas é possível tecer algumas considerações finais a título conclusivo.

Não pode-se olvidar, que a superação de uma jurisprudência ou precedente, apesar de fazer parte da evolução do nosso ordenamento jurídico, não deixa de atentar também contra a Justiça, tendo em vista que a alteração no posicionamento pode garantir a justiça para os

juízos posteriores, mas garante um sentimento de injustiça àqueles indivíduos que tiveram seus julgamentos calcados em fundamentos totalmente contrários à orientação da corte.

Assim, a rescisão, mediante ação rescisória, da sentença contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal e sua adequação e harmonização ao precedente, em detrimento da coisa julgada, simboliza em situações excepcionais o respeito ao tratamento igualitário dos destinatários, bem como a preservação da supremacia da norma constitucional e da autoridade do STF.

Por consequência, a absolutização do princípio da coisa julgada e o impedimento do cabimento da ação rescisória que visa desconstituir julgado com base em nova orientação das Cortes Supremas, em que pese seu pronunciamento recente, deveria ser repensado em situações emblemáticas e que apresentassem grave violação ao princípio da dignidade humana, este sim fim precípua da ciência processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 301, 2002, p. 7-29.

BORBA, Rodrigo Esperança. *Coisa Julgada versus inconstitucionalidade: controvérsias e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O Código de Processo Civil Interpretado*. Antonio Carlo Marcato (coord.). São Paulo: Atlas, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, V. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Relativizar a coisa julgada material”. In: *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, vol. 2, n. 2, jul-dez./2001, São Paulo: Imprensa Oficial.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O valor do ato inconstitucional em face do direito positivo brasileiro*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 76, 2004.

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. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva*. São Paulo: Revista Forense, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa Julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 132.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil, v.1.7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Carlos Henrique. *Coisa julgada constitucional. Teoria Tridimensional da Coisa Julgada: Justiça, Segurança Jurídica e Verdade*. Editora Almedina. Coimbra, 2009

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Embargos à execução contra a Fazenda Pública*. In: Regularização Imobiliária de Áreas Protegidas: doutrina e jurisprudência. V. 2. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1999.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.