

MARLA MARCON ANDRADE GUIMARÃES

**RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À COISA
JULGADA POR INCONSTITUCIONALIDADE: Uma
tentativa de sistematização da natureza dos vícios,
dos seus efeitos e dos instrumentos para seu controle**

Vitória
2008

MARLA MARCON ANDRADE GUIMARÃES

**RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À COISA
JULGADA POR INCONSTITUCIONALIDADE: Uma
tentativa de sistematização da natureza dos vícios,
dos seus efeitos e dos instrumentos para seu controle**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Carolina Bonadiman Esteves

Vitória
2008

MARLA MARCON ANDRADE GUIMARÃES

**RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À COISA
JULGADA POR INCONSTITUCIONALIDADE: Uma
tentativa de sistematização da natureza dos vícios,
dos seus efeitos e dos instrumentos para seu controle**

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a Dr^a Carolina Bonadiman Esteves
Orientadora

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Vitória, ____ de _____ de _____.

*Aos meus filhos, como incentivo ao ingresso na vida acadêmica e
prova de que estudar vale a pena!*

AGRADECIMENTOS

A Deus, por permitir, auxiliar, dando-me força, saúde e perseverança para alcançar o término do presente trabalho, brindando-me, ainda, ao final, com a concepção do “Enzo”.

Aos meus amados pais, Maria Marcon Andrade e Ladislau Pedro de Paula Andrade Filho (*i.m.*), pela dedicação, confiança e pelo apoio incondicionais, indispensáveis à concretização de mais este sonho!

A Enrico, fonte de toda inspiração e coragem, por tão cedo ter precisado entender que o importante é a qualidade do tempo em que estamos juntos.

A “Enzo”, ainda em meu ventre, por partilhar comigo tantas emoções...

Ao meu querido esposo, Henrique, por todos os finais de semana em que foi “pai e mãe” de nosso filho e pelo segundo “grande presente” que me destes...Sem a sua compreensão, esta caminhada, possivelmente, ainda não teria chegado ao fim!

À minha orientadora, Professora Doutora Carolina Bonadiman Esteves, que, pela dedicação e pelo comprometimento com o ensino e a pesquisa, ainda tão jovem, ensinou-me a transformar ‘problemas’ em possíveis soluções.

Aos meus colegas do Mestrado, por compartilharem comigo momentos difíceis e boas risadas; em especial, a Izabel, quem um dia chamei de professora e hoje tenho a honra de chamar de amiga, toda minha admiração!

Aos Professores Doutores Eneá de Stutz e Almeida, José Bittencourt Filho, Cássio Scarpinella Bueno, Geovany Cardoso Jevaux, Carlos Henrique Bezerra Leite, Eduardo Bianca Bittar, Gilsilene Passon P. Francischetto, Daury César Fabríz e Alexandre C. Coura, por todas as lições acadêmicas, críticas e sugestões que levaram ao resultado ora apresentado.

À Faculdade Novo Milênio, na pessoa do Professor Doutor Fernando Azevedo Carvalho Júnior, por acreditar no meu (imaginário) potencial e investir no meu trabalho!

Aos colegas da Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo pelo carinho e acolhimento dispensados desde meu ingresso, pelo respeito e confiança em mim depositados e pela certeza de que aqui encontrei grandes amigos.

Aos meus queridos alunos, a quem tenho o orgulho de levar um pouco de conhecimento e a honra de muito aprender a cada dia, rumo à construção do saber jurídico!

*De tudo ficaram três coisas:
A certeza de estamos sempre começando.
A certeza de que precisamos continuar.
A certeza de que seremos interrompidos antes de terminar.
Portanto, devemos:
Fazer da interrupção um Caminho novo.
Da queda, um passo de dança.
Do medo, uma escada.
Do sonho, uma ponte.
Da procura, um encontro.*

Fernando Pessoa

“O direito pode criar um sistema perfeito, no tocante à justiça; mas se esse sistema for aplicado, em última instância, por homens, o direito valerá o quanto valham esses homens”

Eduardo Juan Couture

RESUMO

Busca-se, no presente estudo, analisar a restrição ao Direito Fundamental à coisa julgada quando uma decisão aplicar lei inconstitucional, e com isso, buscar resposta ao seguinte problema: qual a natureza jurídica dos vícios que levam à inconstitucionalidade da coisa julgada, quais são os seus efeitos e quais os instrumentos para seu controle? Assim, pretende-se desenvolver uma sistematização, no contexto do sistema jurídico brasileiro atual, iniciando a análise pelos pontos de sustentação do instituto, passando pela discussão sobre a restrição aos Direitos Fundamentais, trazendo à baila algumas teorias doutrinárias existentes sobre a restrição da coisa julgada por inconstitucionalidade e acerca dos vícios que podem contaminar uma sentença judicial, referenciando, ainda, os principais mecanismos de controle propostos pela doutrina, para que, ao final, se proponha uma sistematização relacionada aos instrumentos jurídicos hábeis a desconstituir a sentença trãnsita em julgado a partir do vício nela encontrado à luz dos Direitos Fundamentais. Ressalta-se que o Direito Fundamental à coisa julgada, como um dos maiores baluartes da segurança jurídica, tem sido elevado, por alguns doutrinadores, à categoria de dogma absoluto, o que cristalizaria, portanto, no mundo dos fatos, decisões inconstitucionais. Conclui-se pela mitigação à idéia do valor absoluto da coisa julgada, para se restabelecer, a matriz constitucional desprezada pela decisão judicial viciada e transitada, materialmente em julgado, para fazer valer a Constituição Federal, por meio da desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Coisa julgada. inconstitucionalidade. Efeitos. Vícios.

ABSTRACT

The purpose of the present study is to analyze the restrictions imposed on the institution of *res judicata* by the Fundamental Law that of the necessity to apply an unconstitutional law and find an appropriate answer to the next big problem, namely: knowing what is the legal nature of the defects leading to the unconstitutionality of the Res Judicata and what are its effects and the instruments to control it? Thus, pretend to develop a certain kind of systematization within the context of the present Brazilian legal system to start an analysis of the fundamentals of such an institution. Based on the existing jurisprudence theories on the subject and given the defects that contaminate a sentence, this work also covers a discussion on the main control devices proposed, so that in the end, it may present a systematization of competent litigation instruments meant to annul the pending sentence on the grounds of the defects it contains in court. The Fundamental Law of the *res judicata* is highlighted as one of the most important bastions of legal security and, in the opinion of some jurists, deserves to be considered as an absolute dogma, which in practical terms would result in unconstitutional decisions. As a conclusion, it affirms that it is increasingly necessary to contest the idea of an absolute value of *res judicata* if want to reestablish a constitutional matrix, overlooked by the inadequate legal decisions made in court, and put into effect the Federal Constitution by declaring the unconstitutionality of the *res judicata*.

Key words: Fundamental Law. Res Judicata. Unconstitutionality. Effects. Defects.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA	16
1.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	16
1.2	DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	21
1.3	BREVE ESBOÇO HISTÓRICO NO DIREITO PÁTRIO	24
1.4	TUTELA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA	28
1.5	FUNDAMENTOS PROCESSUAIS	35
1.6	OS LIMITES DA COISA JULGADA NAS DEMANDAS COLETIVAS	43
1.7	COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS LIMITES DA COISA JULGADA NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS	50
1.8	FUNÇÕES POSITIVA E NEGATIVA	53
1.9	COISA JULGADA, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA	56
2	RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA POR INCONSTITUCIONALIDADE	62
2.1	DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE RESTRIÇÃO E SUA APLICAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	62
2.2	ADEQUAÇÃO TERMINILÓGICA	67
2.3	COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL, INJUSTA E ILEGAL	70
2.4	LEI INCONSTITUCIONAL X COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	76
2.5	PRINCIPAIS TESES SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	83
2.5.1	Teses da doutrina estrangeira	84
2.5.1.1	A tese de Paulo Otero (Portugal)	84
2.5.1.2	A tese de Eduardo Couture (Uruguai)	88
2.5.1.3	A tese de Juan Carlos Hitters (Argentina)	89
2.5.1.4	A tese do Direito Norte-Americano	90
2.5.2	Teses da doutrina brasileiros	91
2.5.2.1	A tese de Humberto Theodoro Júnior	91
2.5.2.2	A tese de Cândido Rangel Dinamarco	93
2.5.2.3	A tese de Carlos Valder do Nascimento	96
2.5.2.4	A tese de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia	100

	Medina	
2.5.2.5	A tese de José Augusto Delgado	102
3	UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DA NATUREZA DOS VÍCIOS, DOS SEUS EFEITOS E DOS INSTRUMENTOS PARA SEU CONTROLE	107
3.1	VÍCIOS QUE PODEM ACOMETER O CONTEÚDO DE UMA SENTENÇA EM RELAÇÃO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	107
3.2	NATUREZA JURÍDICA DAS SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS E OS EFEITOS DOS VÍCIOS DA SENTENÇA EM RELAÇÃO À FORMAÇÃO E AO CONTROLE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	112
3.3	MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E COISA JULGADA	117
3.4	PRINCIPAIS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA O CONTROLE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	120
3.4.1	Ação Rescisória (ampliada)	121
3.4.2	Embargos à execução baseado em títulos judiciais inconstitucionais	125
3.4.3	<i>Habeas Corpus</i> e Mandado de Segurança	128
3.4.4	Ação declaratória de nulidade: uma revisitação à “<i>querella nullitatis</i>”	131
3.4.5	Ação declaratória de inexistência (“<i>actio nullitatis</i>”)	134
3.4.6	Ação anulatória	136
3.5	UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO	138
	CONCLUSÃO	145
	REFERÊNCIAS	150

INTRODUÇÃO

A busca pela segurança, em suas diversas formas, tem sido uma constante em nossa sociedade. Fala-se em segurança jurídica, segurança pública, segurança no emprego, na velhice, enfim, em todas as relações entre indivíduos e entre estes e o Estado, como forma de paz social.

Diante desses anseios, nasceu o Direito Fundamental à coisa julgada que, fundado no princípio da segurança jurídica, tem por finalidade estabilizar as relações sociais e, via de conseqüência, as decisões judiciais, finalizando a lide. No direito brasileiro, a coisa julgada ganhou relevância constitucional como Direito Fundamental, sendo tratada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 e em normas infraconstitucionais, como será demonstrado à frente.

A ‘imutabilidade’ decorrente da coisa julgada passou a ganhar relevo na doutrina e jurisprudência mundiais ao mesmo tempo em que passou a se deparar com a existência de sentenças judiciais, muitas vezes, em desacordo com a Constituição de cada País, o que fere regras ou princípios nela esculpidos, em total desrespeito aos direitos dos jurisdicionados por ela própria consagrados.

Tais sentenças, por assim dizer, podem ser consideradas inconstitucionais e, uma vez transitadas em julgado, dão ensejo ao que comumente denomina-se: “coisa julgada inconstitucional”, idéia central do presente estudo.

Num ensaio didático, elegeram-se 4 (quatro) hipóteses de sentenças para melhor visualização da temática apresentada. São elas:

Sentença 1 – Sentença que aplica lei já declarada inconstitucional por ação própria, perante o Supremo Tribunal Federal;

Sentença 2 – Sentença que aplica lei notoriamente inconstitucional, ainda não declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que o Juiz, em controle difuso de

constitucionalidade com efeitos *inter partes*, a declara contrária à Carta Magna naquele caso concreto;

Sentença 3 – Sentença que aplica lei notoriamente inconstitucional, ainda não declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que o Juiz por entendê-la constitucional a aplica.

Sentença 4 – Sentença que contraria norma notoriamente constitucional e/ou princípio da Constituição.

Diante do ensaio apresentado é forçoso concluir que somente três hipóteses apresentadas reputam-se interessantes para a temática proposta, quais sejam a sentença 1, a sentença 3 e a sentença 4, visto que geram coisa julgada inconstitucional. Ao revés, no que tange a sentença 2, trata-se de uma hipótese em que a conduta do sentenciador demonstra-se ideal perante o ordenamento jurídico, não se enquadrando no universo do presente trabalho.

Insta destacar que a expressão “coisa julgada inconstitucional”, mundialmente difundida, caracteriza-se por uma imprecisão terminológica, uma vez que, tecnicamente, a discussão envolve uma “sentença trânsita em julgado inconstitucional”, conforme será mais bem demonstrado alhures. Entretanto, embora pareça haver consciência por parte da doutrina quanto ao “equivoco” terminológico, tal imprecisão não é suficiente para substituir a denominação amplamente divulgada e utilizada de “coisa julgada inconstitucional” à qual também rende-se, após os devidos esclarecimentos.

O debate acerca da restrição ao Direito Fundamental à coisa julgada, por meio da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, vem, na última década, ganhando destaque na doutrina e legislação nacionais, culminando, inclusive, com a inclusão de dispositivos expressos sobre a matéria. No entanto, nota-se a ausência de uma sistematização que proponha o mecanismo cabível a partir do suposto vício da sentença dita inconstitucional.

Assim, pretende-se, ao final do presente estudo, propor uma sistematização diante da resposta à seguinte questão: qual a natureza jurídica dos possíveis vícios que tornam a coisa julgada inconstitucional, seus efeitos e quais os instrumentos de controle para cada um deles?

Para isso, serão desenvolvidos 3 (três) capítulos, para melhor exposição didática, assim referenciados: 1) o direito fundamental à coisa julgada; 2) restrição ao direito fundamental à coisa julgada por inconstitucionalidade; 3) tentativa de sistematização da natureza dos vícios, dos seus efeitos e dos instrumentos para seu controle.

No primeiro capítulo, será abordada a coisa julgada como Direito Fundamental, por meio da discussão sobre os direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, distinção entre Direitos e Garantias Fundamentais, da tutela constitucional da coisa julgada, seus fundamentos, limites nas demandas coletivas e sua compatibilização com as demandas individuais, funções positiva e negativa e o conflito entre a segurança jurídica advinda do instituto e a justiça, tratada como princípio constitucional norteador do estado Democrático de Direito.

No capítulo seguinte, será trazida à baila a questão da coisa julgada inconstitucional, como uma restrição a Direito Fundamental, destacando-se a delimitação do conceito de restrição e sua aplicação aos direitos fundamentais, premissas conceituais e apresentadas algumas das principais teses desenvolvidas pela doutrina estrangeira e nacional, acerca a questão ventilada.

No terceiro capítulo, buscar-se-á elaborar uma tentativa de sistematização enfatizando a natureza dos vícios e dos seus efeitos que levariam à possível inconstitucionalidade e suas conseqüências para a relação jurídica processual e para a coisa julgada, passando pela discussão sobre mutação constitucional e sua relação com o objeto do estudo, apresentando, ainda, os principais instrumentos de controle da coisa julgada inconstitucional, previstos no ordenamento jurídico brasileiro e sugeridos pela doutrina nacional, buscando analisar a pertinência de cada um deles em relação a cada vício apontado.

Pretende-se demonstrar, com o presente estudo, que a coisa julgada revela-se inconstitucional por apresentar, necessariamente, um dos três possíveis vícios, quais sejam: ineficácia, inexistência e invalidade. A doutrina, no entanto, apresenta vários instrumentos de controle dessa inconstitucionalidade, muitas vezes sem guardar pertinência com o próprio vício que lhe deu origem.

Utilizam-se como marco teórico obras referentes à Teoria dos Direitos Fundamentais, do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil, conforme trazido a seguir:

Na temática dos Direitos Fundamentais, o estudo será embasado na doutrina de Antonio Enrique Perez Luño, com enfoque na obra: *Los Derechos Fundamentales*.

No que diz respeito ao Instituto da Coisa Julgada, o trabalho terá por base a doutrina de Enrico Túlio Liebman, em especial a obra: *A eficácia e autoridade da sentença: e outros escritos sobre a coisa julgada*.

Na temática da restrição ao Direito Fundamental à coisa julgada, por meio da teoria da coisa julgada inconstitucional e da análise dos instrumentos jurídicos que se apresentam no cenário nacional, serão utilizadas as lições do autor português *Paulo Otero*, na obra *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, além de diversos artigos publicados em revistas jurídicas nacionais e internacionais.

Para a exata compreensão do tema proposto, será utilizado, prioritariamente, o método dedutivo, como forma de demonstrar que a “coisa julgada inconstitucional”, por derivar de sentença que abriga afronta a princípios ou regras da Carta Magna, e estando desconforme com a Constituição Federal, não pode prevalecer, devendo ser desconstituída.

Delimita-se o presente estudo numa abordagem do instituto da coisa julgada e da desconstituição da “coisa julgada inconstitucional” no Brasil, tendo as Ordenações Filipinas (1603) como marco histórico. E utiliza-se a revisão bibliográfica como método didático.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA

1.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Assevera Perez Luño (1984, p. 19), ao se referir à função dos Direitos Fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, que o constitucionalismo atual não seria o que é sem os Direitos Fundamentais. Segundo o autor, são as normas que consagram os Direitos Fundamentais, as que determinam a forma de Estado e as que estabelecem os sistema econômico, que definem o modelo constitucional de determinada sociedade.

Considerando-se a dinâmica estabelecida entre tais fundamentos, que não podem ser analisados estaticamente, é estabelecido umnexo de interdependência entre os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito, já que um implica diretamente, a garantia do outro. Assim, o tipo de Estado de Direito (liberal, social ou democrático) depende do alcance e significado dado pelos Direitos Fundamentais, que por sua vez, têm seu conteúdo condicionado pelo tipo de Estado de direito definido.

Para Perez Luño (1984, p 20), os Direitos Fundamentais são a principal garantia dos cidadãos frente ao Estado, no sentido de serem respeitados e promovidos os direitos da pessoa humana, em todas as suas dimensões, senão vejamos:

La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual (Estado liberal de Derecho), o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad corolario de la componente social y colectiva de la vida humana (Estado social de Derecho).

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los

califica, por elo *Grundwert*), y, al próprio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.¹

No entender de Perez Luño, os Direitos Fundamentais apresentam-se sob duas dimensões: a) axiológica-objetiva e b) subjetiva.

Assim, conforme enfatiza o autor (1984, p. 21) em sua acepção axiológica- objetiva, os Direitos Fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, surgidos à partir de relações de tensão e dos conseqüentes esforços de cooperação para as metas comuns. Apresentam-se, como um importante legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito e funcionando como as bases para a edificação de qualquer sociedade democrática. Comportam, ainda, a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático e condicionar seu dever de obediência ao direito; bem como, garantir um processo político livre e aberto, como elemento informador do funcionamento de qualquer sociedade pluralista.

Já em sua dimensão subjetiva, segundo afirma Perez Luño (1984, p. 22), os Direitos Fundamentais representam o “estatuto jurídico dos cidadãos”, em suas relações com o Estado e entre os próprios cidadãos entre sí. Esses direitos tendem a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança frente ao poder e aos demais indivíduos.

Ressalta, ainda, o referido autor (1984, p. 22-23) que em sua concepção inicial, os Direitos Fundamentais foram concebidos como instrumento de defesa dos cidadãos frente à onipotência do Estado, uma vez que se entendia não haver necessidade de garantir Direitos Fundamentais nas relações entre sujeitos, obedecendo a concepção de igualdade puramente formal. Entretanto, com a passagem para o

¹ Tradução livre:

A concepção de Direitos Fundamentais determina o próprio significado de ‘Poder Público’, por existir uma íntima relação entre o papel assinado por esses direitos e o modo de organização e exercício do Poder Estatal. Os Direitos Fundamentais constituem a principal garantia dos cidadãos de um Estado de Direito de que o sistema jurídico e político em seu conjunto se orientará no sentido do respeito da promoção da pessoa humana, em todas as suas dimensões (individual, social e coletiva).

Os Direitos Fundamentais se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como um marco de proteção das situações jurídicas subjetivas.

estado social, implementou-se os Direitos Fundamentais para todos os setores do ordenamento jurídico, inclusive nas relações entre particulares.

Conforme apresentado alhures, é imperioso destacar que na medida em que houve a 'evolução' do Estado de Direito, os Direitos Fundamentais foram dinamizando seu próprio significado e maneiras de atuação, deixando de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para atingir um conjunto de valores direcionados às ações positivas dos poderes públicos, e, mais recentemente, ampliar esses valores em direção à tutela coletiva de bens de natureza metaindividual.

Destaca Perez Luño (1984, p. 25) que:

Em el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimension institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizar-se para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.²

E mais adiante conclui Perez Luño (1984, p. 29):

Esta situación obliga a una continua tarea, siempre abierta, encaminada a profundizar y depurar el estatuto teórico de tales derechos, conjugada con el consiguiente esfuerzo práctico para contribuir a su definitiva implementación.³

Isto posto, é possível concluir que os Direitos Fundamentais correspondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que devem informar todo o ordenamento jurídico e nortear qualquer atividade de interpretação e aplicação do direito. Dependendo, para sua efetivação, do incessante trabalho intelectual dos

² Tradução livre:

Dentro do constitucionalismo atual, os Direitos Fundamentais desempenham uma dupla função: no plano subjetivo funcionam como garantias das liberdades individuais, bem como a defesa dos direitos sociais e coletivos; enquanto que no aspecto objetivo tem assumido dimensão institucional a partir do qual seu conteúdo deve dirigir-se a assegurar os fins e valores constitucionalmente proclamados.

³ Tradução livre:

Esta situação obriga a uma contínua tarefa no sentido de aprofundar e depurar o estatuto teórico desses direitos, conjugada com o conseqüente esforço prático para contribuir com a sua implementação definitiva.

estudiosos do direito, somado ao esforço daqueles que, na prática, tem competência para aplicá-los.

Vale ressaltar, ainda, a distinção entre os denominados “direitos humanos” e os “Direitos Fundamentais” na exata acepção de Perez Luño (1984, p. 43-44), senão vejamos:

De cuanto hasta aqui se há expuesto se depende que los derechos fundamentales han sido fruto de una *doble confluencia* a) de um lado, suponen el encuentro entre la tradición filosófica humanista, representada prioritariamente por el iusnaturalismo de orientación democrática, com lãs técnicas de positivación y protección reforzada de las libertades propias del movimiento constitucionalista, encuentro que se plasma em el Estado de Derecho; b) de outro lado, representan um punto de mediación y de síntesis entre las exigências de las libertades tradicionales de signo individual, com el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales.

Los derechos fundamentales aparecen, por tanto, como la fase más avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales em los textos constitucionales del Estado de Derecho, proceso que tendria su punto intermedio de conexión em los derechos humanos.⁴

É sabido que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” são muitas vezes utilizados como sinônimos, mas, de um modo geral, a doutrina, conforme evidencia Perez Luño (1984, p. 44), busca esclarecer que há diferença entre eles.

Assim, passa a utilizar o termo “Direitos Fundamentais” para designar os direitos positivados a nível interno no ordenamento jurídico do País, enquanto que reserva “direitos humanos” para denominar os direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, assim como às exigências básicas relacionadas com a dignidades, liberdade e igualdade da pessoa que não tem assegurados em um estatuto jurídico.

⁴ Tradução livre:

Os Direitos Fundamentais tem sido fruto de dupla influência: A) de um lado, do encontro entre a tradição filosófica humanista, representada basicamente pelo jusnaturalismo de orientação democrática, com as técnicas de positivação e proteção reforçadas pelas libertades próprias do movimento constitucionalista, típico do Estado de Direito; B) por outro lado, representam um ponto de mediação e de síntese entre as exigências das libertades tradicionais de cunho individual, com o sistema de necessidades radicais de caráter econômico, cultural e coletivo de cuja satisfação e tutela se dirigen aos direitos sociais.

Assim, os Direitos Fundamentais apresentam-se como uma fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teria como ponto intermediário os Direitos Humanos.

Assevera Perez Luño (1984, p. 46) que:

Em los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término “derechos humanos” aparece como um concepto de contornos más amplios e imprecisos de que la noción de los “derechos fundamentales”. Los derechos humanos suelen venir entendidos como um conjunto de facultades e instituciones que, em cada momento histórico, concretan las exigências de la dignidade, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos fundamentales garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, em la mayor parte de los casos em su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. (...) Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho.⁵

A título de esclarecimento, também convém trazer a baila outra advertência feita por Perez Luño (1984, p. 51). Esclarece o autor que a noção de Direitos Fundamentais, conforme esboçada, também não é sinônimo de liberdades públicas, com que, as vezes é confundido.

Assim, da mesma forma que os Direitos Fundamentais, as liberdades públicas dizem respeito às facultades e situações subjetivas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, ambas na esfera da positividade. De forma que as liberdades públicas se referem aos direitos tradicionais de cunho individual e têm como finalidade prioritária garantir a autonomia subjetiva; já os Direitos Fundamentais têm um significado mais amplo e compreendem, ao lado das liberdades tradicionais, os novos direitos de caráter econômico, social e cultural.

⁵ Tradução livre:

De acordo com os usos lingüísticos-jurídicos de nosso tempo, o termo ‘direitos humanos’, aparece com contornos mais amplos e imprecisos que a noção de ‘Direitos Fundamentais’. Os direitos humanos devem ser entendidos como um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Ao passo que a noção de Direitos Fundamentais, direciona-se aqueles direitos humanos, garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte dos casos em sua norma constitucional, tratando-se de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação corresponde ao seu caráter de fundamentador do sistema jurídico político do Estado de Direito.

1.2 DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Assevera Paulo Bonavides (2007, p. 525) que reportando-se ao seu significado neutro e autônomo o termo garantia se traduz numa posição que afirma a segurança e põe fim à incerteza e à fragilidade.

Assim, segundo Bonavides (2007, p. 525-526), sempre há garantia em face de um interesse que demanda proteção e de um dado perigo que se deve afastar. No entanto, as dificuldades passam a surgir quando a expressão é levada para os campos político e jurídico, pois passa a ter uma dimensão conceitual de natureza axiológica, ligando-se aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção.

Afirma Bonavides (2007, p. 525-526):

A garantia – meio de defesa – se coloca diante do direito, mas com este não se deve confundir. Ora, esse erro de confundir direito e garantia, de fazer um sinônimo da outra, tem sido reprovado pela boa doutrina, que separa com nitidez os dois institutos, não incidindo em lapsos dessa ordem, tão freqüentes entre alguns dicionaristas célebres. É o que acontece com o *Dicionário da real Academia Espanhola* ao definir as garantias constitucionais como “os direitos que a Constituição de um Estado reconhece a todos os cidadãos”. Em idêntica falta incide também, cerca de 40 anos depois, o *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, o léxico de mais fama e autoridade no Brasil, que assim define a garantia constitucional: “direitos e privilégios dos cidadãos conferidos pela Constituição dum país”.

No Brasil, o publicista que primeiro de insurgiu contra a inadvertência dos juristas que não diferenciavam direito de garantia foi Rui Barbosa. Assim, esclarece Barbosa apud Bonavides (2007, p. 528):

A confusão que irrefletidamente se faz muitas vezes entre *direitos e garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adúltera o sentido natural das palavras, *Direito* ‘é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos’. *Garantia* ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.

Ressalta-se, outrossim, a posição do constitucionalista português Jorge Miranda apud Bonavides (2007, p. 528):

Clássica e bem atual é a contraposição dos Direitos Fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado.

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na aceção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.

A garantias constitucionais, que, segundo Bonavides (2007, p. 532-533) podem ser tanto garantias da própria Constituição (aceção lata) como garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Constituição do país, ou seja, instrumentos jurisdicionais eficazes para a tutela desses direitos (aceção estrita); são entendidas pelos publicistas latino-americanos, preferencialmente, nesta última concepção. Senão vejamos:

Na primeira aceção as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições.

Na segunda aceção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata aos Direitos Fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.

Os constitucionalistas italianos posteriores à Segunda Grande Guerra Mundial, ao que tudo indica, parecem haver reservado a expressão garantias constitucionais para um uso de conformidade com a primeira aceção.

Já os publicistas latino-americanos se inclinam, de preferência, ao aprofundamento do conceito da linha referente à segunda aceção, e assim o têm formulado com mais freqüência em suas obras de Direito Constitucional. Mostram eles a cada passo uma viva preocupação em acompanhar de perto, com redobrado interesse, a criação pelo constituinte de novos recursos jurisdicionais, novas técnicas ou novos institutos aptos a configurarem mecanismos de garantia constitucional dos direitos fundamentais.

Segundo Bonavides (2007, p. 533), a garantia constitucional em sua concepção estrita, conforme defendido pelos doutrinadores latino-americanos, significa, além da

garantia prática do direito subjetivo, percebida quando uma cláusula declaratória do direito corresponde à respectiva cláusula assecuratória; o próprio instrumento (remédio jurisdicional) que confere a eficácia, a segurança e a proteção do direito violado.

Por outro lado, surgem como uma das maiores novidades constitucionais do século XX o reconhecimento das garantias institucionais, tão importantes para o Estado Social quanto às clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado Liberal.

É como esclarece Bonavides (2007, p. 537):

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um competente institucional que os caracteriza.

No mundo jurídico latino-americano, pelo menos entre nós no Brasil, parece haver uma inclinação a subsumir as garantias institucionais na larga esfera ou universo das garantias constitucionais, não se fazendo, por conseguinte, cabedal de um tratamento autônomo ou admissão de que estamos em presença de uma classe de garantias inteiramente nova.

Em razão disso poder-se-ia talvez redefinir a garantia constitucional com toda a largueza possível, tendo em conta também a dilação de seu conteúdo, a par das variações valorativas que lhe têm sido impostas pela natureza do Estado Social, visto que este subtraiu de referidas garantias o caráter estritamente individualista.

Nesse caso faz-se mister acolher o alargamento conceitual da garantia constitucional a fim de que nela se possam encaixar também as garantias institucionais, formando ambas um conceito único e conjugado.

Chegamos, portando, à seguinte conclusão: a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.

Outra grande dificuldade em definir na prática quais seriam os direitos e quais seriam as garantias fundamentais, expressadas dentro do texto constitucional, reside, em especial, no caráter dúplice de alguns Direitos Fundamentais, conforme observa Gomes Canotilho apud Bonavides (2007, p. 544):

Na explanação feita a propósito dos direitos fundamentais foi salientado o duplo caráter de alguns direitos fundamentais (direito subjetivo e garantia institucional). Quer isto dizer que as normas referentes aos direitos fundamentais e às garantias institucionais estão estreitamente ligadas. Assim, por exemplo, a Constituição, ao mesmo tempo que reconhece como direito fundamental o direito de construir família e de contrair casamento,

assegura a proteção da família como instituição. O mesmo se diga da maternidade, do ensino, etc.

Isto posto, diante das explicações ora esboçadas, em que denota-se imperioso a diferenciação entre direito e garantias, entendidas estas, sobretudo, como os remédios constitucionais de efetivação daqueles; e, por outro lado, em razão do caráter duplo dos Direitos Fundamentais e sua estreita ligação com as garantias institucionais, conforme enfatizado alhures, dificultando, sobremaneira, o trabalho do intérprete e aplicador do direito em definir, no caso concreto, se determinada norma constitucional trata-se de direito ou garantia fundamental; optou-se por tratar a coisa julgada, prevista no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição federal brasileira de 1988, como um Direito Fundamental.

1.3 BREVE ESBOÇO HISTÓRICO NO DIREITO PÁTRIO

Iniciando o presente estudo, necessário se torna remontar às origens históricas do instituto da coisa julgada no Direito pátrio, no intuito de buscar as bases que o sustentarão, pois tanto o direito positivo quanto a doutrina daquele período trouxeram elementos indispensáveis para a construção da teoria da coisa julgada, nos moldes como vem apresentada atualmente.

A legislação vigente à época de 1500 era as Ordenações Manuelinas, as quais pouco colaboraram com nosso direito, uma vez que vigiam os arbítrios dos donatários, no regime das Capitanias, devido às cartas de doação, que investiam os donatários de toda e qualquer 'justiça'.

Assim, o direito brasileiro remonta sua origem na legislação trazida pelos colonizadores portugueses, que, para o presente estudo, tem como relevante marco histórico o Livro III das Ordenações Filipinas, o qual teve sua vigência a partir de 1603, surgindo para suceder às Ordenações Afonsinas que, tal qual as Manuelinas, pouco contribuíram com o direito nacional.

Com efeito, a temática deste trabalho, qual seja, a desconstituição da coisa julgada, já é pauta de estudos e investigações desde 1603, encontrando-se no Livro III, Título LXXV das Ordenações Filipinas (1985, p. 684-685), senão vejamos:

Da sentença, que per Direito he nenhuma, e como se não requiere ser della appellado, e como em todo tempo póde ser revogada.

A sentença, que he per Direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo tempo se pode oppor contra ella, que he nenhuma e de nenhum effeito, e por tanto não he necessário ser della appellado.

E he per Direito a sentença nenhuma, quando he dada sem a parte ser primeiro citada, ou he contra outra sentença já dada, ou foi dada por peita, ou preço, que o Juiz houve, ou por falsa prova, ou se eram muitos Juizes delegados, e alguns deram sentença sem os outros, ou se foi dada por Juiz incompetente em parte, ou em todo, ou quando foi dada contra Direito expresso, assi como se o Juiz julgasse diretamente que menor de quatorze anos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha, **ou outra cousa semelhante, que seja contra nossas Ordenações ou contra Direito expresso.**

E postoque de tal sentença seja appellado, não será por isso feita por Direito valiosa, ainda que a appellação pareça acto approvativo della, pelo qual parece o appellante approvar a tal nulidade, porque pois a sentença de principio foi nenhuma, já por nenhum acto seguinte póde ser confirmada, salvo per Nós de certa seciencia, porque o Rey he lei animada sobre a terra e póde fazer Lei e revogal-a (como no original), quando vir que convem fazer-se assi.

Porém, se o juiz julgasse contra o Direito da parte, e não contra o Direito expresso, não será a sentença per Direito nenhuma, mas he valiosa; e por tanto he necessário, que a parte appele della ap tempo limitado para appellar, porque não appellando, ficará a sentença firme, como se fosse bem julgado.

E pôde-se pôr exemplo, se fosse contenda sobre hum testamento, dizendo-se por huma parte, que o testador era menor de quatorze annos ao tempo que o fez, e da outra parte se dissesse, que era maior; e postoque pelas inquirições se provasse que era menor da dita idade ao dito tempo, o Juiz julgou o testamento por bom e valioso, não havendo respeito, como he per Direito determinado, que o testamento feito pelo menor de quatorze anos he nenhum; mas havendo respeito como se não provava ser menor, sendo porém provado o contrario pelas inquirições.

Porém nos feitos crimes, em que a Justiça há lugar, sempre os Juizes appellarão por parte da Justiça, postoque as partes não appellem. (grifo nosso).

O sistema das Ordenações Filipinas e a doutrina portuguesa encabeçada por Pimenta Bueno, Paula Batista e Ramalho, muito contribuíram para o estudo da coisa julgada, influenciando sobremaneira os estudos brasileiros sobre o instituto.

Revela Machado (2005, p. 19):

Merece destaque a obra de José Antônio Pimenta Bueno, publicada em 1850, com o título “Apontamentos sobre as Formalidades do Processo Civil”.

Pimenta Bueno, citado por Celso Neves, conceituou a coisa julgada, em sentido próprio e jurídico, como a “decisão formulada por uma sentença definitiva, que já não pende do recurso de apelação”, estabelecendo ainda uma distinção com a chamada coisa soberanamente julgada, que “se diz aquela que não só não pende mais recurso de apelação, porém, nem ainda da revista ou ação rescisória ou de nulidade, por não ser no caso dela admitida pela lei”. Daí o pioneirismo de Pimenta Bueno no Brasil imperial.

Logo em seguida, em 1855, publicou-se, em Recife, a 1ª edição do “Compêndio de Theoria e Practica do Processo Civil” da lavra de Paula Batista, que trouxe importantes suportes para o estudo do polêmico tema.

Para Paula Batista, consoante informou Neves, a coisa julgada ocorreria quando uma decisão não mais estivesse sujeita a recursos ordinários; ou porque a lei não os concedesse, ou porque a parte não usara deles nos prazos legais. Assim, a decisão transitada em julgada seria tida por verdade, assumindo autoridade de lei para o caso concreto.

Afirma ainda Machado (2005, p. 20) a importância de Ramalho por meio de sua “Praxe Brasileira”, cuja primeira edição foi publicada em 1869, para quem coisa julgada seria:

Cousa julgada, em sentido lato, se diz a decisão do juiz, que põe fim à demanda, e ao juízo, condenando ou absolvendo ao réu; e em sentido estrito, quando a sentença faz-se irrevogável pelo consentimento expresso ou tácito das partes; e presume-se o consentimento, deixando elas de interpor os recursos nos prazos legais, ou depois de esgotados os recursos ordinários e de ter transitado a sentença pela Chancellaria.

Destaca Neves (apud MACHADO 2005, p. 18) que, após a independência do Brasil, as primeiras legislações sobre a coisa julgada encontravam-se no Regulamento nº 737 de 23 de novembro de 1850, que normalizou o processo comercial, na Resolução de Consulta de 28 de dezembro de 1876, do Poder Executivo, que aprovava e tornava obrigatória a Consolidação das Leis do Processo Civil elaboradas pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, e também no esboço de Teixeira de Freitas que, mesmo fazendo alusão ao direito material, apresentou alguns textos que interessavam à disciplina da coisa julgada.

Afirma Machado (2005, p. 18-19):

O Regulamento n. 737, que posteriormente também passou a ser observado no processo das causas cíveis em geral, conforme Decreto 763 de 1980, aludia à coisa julgada no seu artigo 74, §4º, ao tratar das exceções

processuais. No artigo 185, incluiu também a coisa julgada entre as presunções legais absolutas de verdade não admitindo prova em contrário.

Na resolução de consulta do Conselheiro Ribas, este se mostrou contrário à perpetuação dos litígios. Para o Conselheiro, as sentenças transitadas em julgado adquiriam a autoridade da coisa julgada, ou seja, passavam a ser dotadas de presunção absoluta de verdade, sendo, por conseguinte, insuscetíveis de serem atacadas por qualquer pretensão contrária. Na referida resolução, a coisa julgada foi incluída entre as exceções peremptórias.

No período da República, os estudos sobre a coisa julgada e a criação de regras para balizar o instituto desenvolveram-se sobremaneira, conforme será tratado nas próximas linhas do presente estudo.

Destaca Machado (2005, p. 20) que o primeiro diploma legislativo da república a discriminar a coisa julgada foi a lei de introdução ao Código Civil, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, posteriormente alterada pela Lei n. 3.725, de 15 de janeiro de 1919, estabelecendo no artigo 3º que a “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, e, adiante, em seu parágrafo 3º, traça uma definição básica, considerando a coisa julgada como a decisão judicial de que não caiba mais recurso de coisa julgada.

Conforme se observa, o que hoje foi erigido à categoria de regra constitucional, expressa no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, já era preocupação do legislador desde 1916, consagrada, contudo, em nível infraconstitucional.

Afirma o referido autor (2005, p. 21) que a Constituição de 1891 conferiu aos Estados Federados a competência concorrente para legislar sobre Direito processual Civil, permanecendo em vigor a legislação imperial como norma de transição. Tal fato facilitou o tratamento diferenciado da coisa julgada pelos Estados, que ora considerava-se como matéria de exceção ritual, ora como tema de contestação e ora definindo o momento em que a sentença adquire autoridade de coisa julgada.

Ainda segundo o autor, a Constituição de 1934 passou a atribuir tal competência legislativa apenas para a União Federal, o que uniformizou a matéria em todo o

território nacional e culminou com o advento do Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, dando origem ao primeiro Código de Processo Civil brasileiro. E assevera:

Nesse código, contemplou-se a coisa julgada entre as exceções não suspensivas (artigo 182, II), além de atribuir à sentença que decidir, total ou parcialmente a lide, “força de lei nos limites das questões decididas”, consoante o artigo 287. O parágrafo único do referido artigo acrescentou, outrossim, que todas as questões que constituam premissa necessária da conclusão considerar-se-ão, de igual forma, decididas e abrangidas pela coisa julgada.

No referido diploma legal, tem-se a coisa julgada como efeito legal da sentença. Nesse sentido, o artigo 288, profere que “não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios e de desquite por mútuo consentimento”.

Segundo o artigo 289, “nenhum juiz poderá decidir novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – nos casos expressamente previstos. II – Quando o juiz tiver decidido, de acordo com equidade determinada relação entre as partes, e estas reclamarem a revisão por haver-se modificado o estado de fato (MACHADO, 2005, p. 21).

Nesse período de uniformização do Direito Processual Civil e criação do Código de Processo Civil de 1939, os estudos doutrinários se intensificaram, com ênfase para os trabalhos dos Professores Rezende Filho, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal e Alfredo Buzaid, destacando-se este último como relator do Projeto que originou o Código de Processo Civil, Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973, passando a dar tratamento científico à coisa julgada e vigorando entre nós até os dias atuais, apesar de ter sofrido algumas reformas em sua redação originária (e que será abordado no decorrer desta pesquisa).

1.4 TUTELA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA

A nível constitucional, a coisa julgada teve sua primeira aparição na Constituição brasileira de 1934⁶, a primeira Constituição democrática brasileira. Havia a previsão

⁶ A Constituição de 1934, popularmente denominada de “Polaca”, foi a terceira Constituição brasileira e a segunda da República, sendo promulgada em 16 de julho de 1934 pelo Presidente Getúlio Vargas. Esta Constituição marca o fim definitivo da concepção estatal da primeira república ou república velha.

expressa no art. 113, 3 de que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, no capítulo II (“Dos Direitos e Garantias Individuais”), Título III (“Da Declaração de Direitos”) da Constituição de 1934.

A Constituição brasileira de 1937⁷, que institucionalizava da ditadura civil do Estado Novo, diversamente da anterior, nada dispôs sobre o direito fundamental à coisa julgada. Fato justificado pelo momento histórico e situação política vivida, bem como sua tipologia, que ao contrário da anterior, foi outorgada pelo por Getúlio Vargas.

Já a Constituição de 1946⁸, restabeleceu a democracia no Brasil, após o fim da ditadura do Estado Novo e voltou a prever, expressamente, o Direito Fundamental à coisa julgada tal qual dispunha a Constituição de 1934. Assim, no Título IV (“Da Declaração de Direitos”), Capítulo II (“Dos Direitos e Garantias Individuais”), art. 141, § 3 da Constituição de 1946 estava disposto: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A Constituição de 1967⁹, manteve a previsão do Direito Fundamental à Coisa Julgada nos mesmos termos de sua antecessora, prevendo no Título II (“Da Declaração de Direitos”), Capítulo IV (“Dos Direitos e Garantias Individuais”), art. 150, §3 que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A Constituição de 1969 (ou EC-01, conforme afirmam alguns) também não tratou do Direito Fundamental à coisa julgada.

Assim, o Direito Fundamental à coisa julgada voltou a ser dicção expressa, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada de Constituição “cidadã”, como um Direito Fundamental disposto no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), Capítulo I (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), art. 5º, XXXVI CF/88.

⁷ A Constituição de 1937 foi a quarta Constituição brasileira, de cunho ditatorial, sendo a primeira constituição republicana outorgada ou não democrática.

⁸ A Constituição de 1946 foi a quinta Constituição brasileira, sendo promulgada pelo Gen. Eurico Gaspar Dutra.

⁹ A Constituição de 1967 foi a sexta Constituição brasileira. Embora dita “promulgada”, efetivamente tratou-se de uma promulgação forçada, pelo Gen. Costa e Silva e Pedro Aleixo.

Pelo fato de haver previsão na Constituição Federal entre os Direitos e Garantias Fundamentais (Título II, art. 5º, XXXVI CF/88)¹⁰, conforme ressaltado; bem como por estar regulada, expressamente, no Código de Processo Civil brasileiro (arts. 467 a 475 CPC)¹¹, como será abordado à frente, a natureza jurídica da coisa julgada não é ponto pacífico em nossa doutrina.

¹⁰ CF/88 - Art. 5º, XXXVI – “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹¹ Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

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.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [\(Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#).

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; [\(Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#).

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). [\(Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. [\(Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#).

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. [\(Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#).

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. [\(Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#).

Destaca Porto (2006, p. 58) que a segurança decorrente da coisa julgada retratada pelo dispositivo constitucional acima destacado visa oferecer estabilidade às relações jurídico-sociais a partir de determinado ponto, dando um basta no conflito e propiciando a solução definitiva das relações jurídicas.

Segundo o mesmo autor, a coisa julgada, acima de tudo, encontra assento constitucional e possui hierarquia de garantia oferecida pelo Estado à parte que litigou e teve proferida decisão de mérito, tornando, assim, estável a relação jurídica normativa pelo pronunciamento judicial, de forma que o desrespeito à coisa julgada - mais que uma simples violação de cunho processual - representa verdadeira afronta a uma garantia¹² constitucional, passível de impugnação tal qual a desconsideração de qualquer das garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal.

Ainda, para Porto (2006, p. 58/59), a coisa julgada estabelece uma verdadeira blindagem na decisão jurisdicional, tornando-se imune a alterações legislativas futuras, uma vez que a Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, XXXVI) outorga proteção à coisa julgada quando, expressamente, estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada. Esta posição, portanto, veda a lei retroativa, ou seja, impede que lei posterior venha a reger fatos passados, pela manifestação expressa do texto legislativo ou interpretação deste.

Vale lembrar que tal afirmativa somente tem procedência no âmbito civil, uma vez que, na esfera penal, é possível a lei retroagir *in bonam partem*, ou seja, para beneficiar o réu, tal qual estabelece o artigo 2º, parágrafo único do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940¹³ – Código Penal vigente.

Tal é a conclusão apresentada por Porto (2006, p. 59-60):

¹² Conforme destacado alhures, embora respeitadas as opiniões contrárias, optou-se, no presente estudo, por tratar a coisa julgada como um Direito Fundamental e não como uma Garantia; termo este utilizado para tratar dos remédios constitucionais.

¹³ Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Desta forma, percebe-se que é oferecido à parte que litigou – e obteve pronunciamento de mérito em sua demanda – uma garantia que decorre da opção ideológico-legislativa de que os conflitos não devem se eternizar, aos efeitos de ser pacificado o convívio social e que se esta pacificação, representada pela segurança oferecida à relação normada por decisão jurisdicional, vier a ser afrontada por lei ordinária, o ato legislativo que assim procedeu – fatalmente – será inquinado de inconstitucional.

[...]. Portanto, a autoridade da coisa julgada, *vênia* deferida ao entendimento diverso, não pode ser interpretada de forma restritiva, resultando imune apenas contra os atos futuros do Poder legislativo, vez que seu propósito é outorgar estabilidade às relações jurídicas e (indaga-se!) de que valeria ser a relação jurídica estável apenas contra a lei, não o sendo contra atos do Poder Executivo ou do próprio Poder Judiciário?

Semelhante demonstra-se o entendimento de Dinamarco (2002, p. 37), para quem a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Segundo ele, a coisa julgada tem, acima de tudo, o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas. Prova disso é sua previsão como garantia constitucional: as normas técnicas do processo limitam-se a reger os modos como a coisa julgada se produz e os instrumentos pelos quais é protegida a estabilidade dessas relações, sendo a função dessas normas meramente técnica.

Ressalta-se, outrossim, o entendimento de Delgado (2002, p. 85), para quem a previsão constitucional da coisa julgada inserida no art. 5º, XXXVI CF/88, é norma de sobre-direito, senão vejamos:

Consoante se observa da leitura do dispositivo, a regra nele contida se dirige ao legislador ordinário. Trata-se, pois, de sobre - direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao Poder Legiferante 'prejudicar' a coisa julgada. É esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária.

Com muita propriedade, conclui o supracitado autor (2002, p. 87-88) que a proteção constitucional da coisa julgada “é mais tímida do que se supõe, sendo perfeitamente compatível com a existência de restrições e de instrumentos de revisão e controle dos julgados; sendo uma das muitas faces do princípio da irretroatividade da lei.”

Eduardo Talamini (2005, p. 50) também enfatiza a natureza constitucional da coisa julgada, vinculando-a ao princípio geral da segurança jurídica, ressaltando, no

entanto, que, em seus termos literais, o enfoque principal do art. 5º, XXXVI CF/88 parece residir na garantia da irretroatividade das leis e não tanto nos institutos nele mencionados. Segundo ele, cabe investigar, contudo, qual seria o exato alcance da coisa julgada como garantia constitucional, e, para tal, parte de algumas diretrizes:

1) Não há como deixar de conferir relevância constitucional à coisa julgada, estando ela – como está – tutelada em dispositivo constitucional [...]; 2) A afirmação de que não é dado à lei suprimir a coisa julgada que já se tenha formado implica também o princípio geral de que o aplicador da lei não pode, ele mesmo, desrespeitar a coisa julgada [...]. Trata-se de conjugar o art. 5º, XXXVI, com o princípio constitucional da legalidade (art. 5º, II). Assim ficaria definitivamente afastada a idéia de que o inciso XXXVI do art. 5º estaria tratando unicamente de irretroatividade das leis. Ainda que não mediante fórmula explícita, o dispositivo consagra como garantia constitucional o próprio instituto da coisa julgada [...]; 3) No entanto, a precisa definição do regime da coisa julgada é tarefa do legislador infraconstitucional [...]. 4) Não parece razoável supor que o legislador infraconstitucional possa vir a abolir integralmente a coisa julgada, consagrando a possibilidade permanente de revisão de todo e qualquer pronunciamento da jurisdição [...]. 5) Além disso, outras normas constitucionais também condicionam a atividade do legislador infraconstitucional na formulação da disciplina da coisa julgada [...] (TALAMINI, 2005, 50-53).

Por outro lado, há quem defenda ter a coisa julgada natureza processual, como Humberto Theodoro Júnior e Daniel Carneiro Machado, entre outros. Para Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cardoso de Faria (2002, p. 141), a sentença trânsita em julgado somente será intangível se em consonância com o Princípio da Constitucionalidade, pois, segundo ele, o instituto não tem tratamento constitucional, sendo apenas contemplado na legislação ordinária.

Já Machado (2005), depois de afirmar que a coisa julgada é instituto jurídico de natureza eminentemente processual, adverte que o referido instituto não pode se confundir com o conteúdo da sentença que julga o mérito, e põe fim ao conflito de interesses, trazendo em seu favor as lições de vários doutrinadores, conforme se observa a seguir:

A coisa julgada é, pois, um fenômeno de natureza processual, com eficácia restrita, portanto, no plano processual, sem elementos de natureza material na sua configuração, teologicamente destinada à eliminação da incerteza subjetiva que a pretensão resistida opera na relação jurídica sobre que versa o conflito de interesses. Como dado pré-processual de caráter subjetivo, essa incerteza não afeta a essência da relação jurídica, de caráter objetivo. A ela, simplesmente, se relaciona, porque nela está o objeto do juízo das partes. Assim, também a coisa julgada que apenas se

relaciona à *res in iudicium deducta* por constituir esta o objeto da (sic) juízo estatal (NEVES, apud MACHADO, 2005, p. 57-58).

Ainda segundo Machado (2005, p. 58), diverso não era o entendimento de Frederico Marques, que também defendia a natureza processual da coisa julgada pelos seguintes motivos: 1) é obtida no processo e só por meio dele; 2) a norma legal proibitiva sobre a coisa julgada se destina ao juiz e só a ele; 3) em seu aspecto formal a coisa julgada é produto do sistema de recursos e de sua disciplina positiva; 4) entre nós, o legislador deu à coisa julgada o lugar de efeito da sentença; 5) atinge e exclui o direito de ação; tanto porque se pode construir a exceção de coisa julgada como exceção em sentido processual, como pode entender-se como pressuposto negativo da ação, de qualquer modo, como matéria processual.

Percebe-se, na doutrina até aqui exposta, uma grande valorização da natureza jurídica da coisa julgada para o debate da coisa julgada inconstitucional, em especial, daqueles que defendem tratar-se de verdadeira garantia constitucional, sendo este o fundamento que imporá a eternização da coisa julgada, embora inconstitucional.

Insta destacar, em oposição à afirmativa supra, e em atenção ao que se pretende defender neste estudo, as preciosas lições do professor Jevaux (2006, p. 186):

[...] embora trate-se de garantia constitucional, não seria este o fundamento para a desconstituição de suposta sentença transitada em julgado inconstitucional, pois a sentença transitada em julgado acusada de violar a Constituição não autoriza o seu controle pelo fato de o trânsito em julgado ser matéria infraconstitucional, mas pelo fato de a sentença conter aplicação ou interpretação desconforme a Constituição.

Neste sentido, assevera-se que a discussão acerca da natureza jurídica da coisa julgada, ou seja, tratá-la como direito/garantia constitucional ou instituto processual, embora importante, não é a solução final do problema levantado no presente estudo, uma vez que, conforme se verificará adiante, não deve ser este (ou somente este) o fundamento ensejador da desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

1.5 FUNDAMENTOS PROCESSUAIS

A doutrina divide a coisa julgada sob dois prismas: coisa julgada formal e coisa julgada material, sendo aquela um fenômeno endoprocessual, enquanto esta, extraprocessual. Não são institutos diferentes, mas duas faces do mesmo fenômeno de imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança das relações jurídicas.

Insta destacar, neste ponto, que trânsito em julgado e coisa julgada são institutos inconfundíveis. Afirma Talamini (2005, p. 32) que o primeiro concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença e o segundo diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditiva de reabertura do processo.

Ambos estão em relação de causa e efeito, uma vez que, se por um lado, não há coisa julgada sem que tenha havido o trânsito em julgado, por outro, nem sempre o trânsito em julgado traz consigo a coisa julgada material. Quando muito se pode vincular o trânsito em julgado à coisa julgada formal, mas, ainda assim, não há identidade entre os dois conceitos.

De acordo com Dinamarco (2002, p. 36):

A coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado uma situação, ou estado, de grande firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse *status*, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que houver sido decidido. Não se trata de imunizar a sentença como ato do processo, mas os *efeitos* que ela projeta para fora deste e atingem as pessoas em suas relações.

No âmbito do presente tema, a doutrina é farta e praticamente não diverge, permitindo-nos afirmar, conforme Porto (2006, p. 63) que a coisa julgada formal se constitui no fenômeno que torna a sentença imodificável no processo em que foi prolatada, em face da ausência da possibilidade de impugnação da decisão, em

razão do esgotamento das vias recursais, tanto pelo exercício de todos os recursos possíveis, quanto pelo não exercício deles, ou ainda, pela não apresentação de algum, bem como por eventual renúncia ou desistência de interposição.

Tal dicção autoriza doutrinadores, como Sérgio Bermudes (1973, p. 95), a concluir que coisa julgada formal e preclusão são institutos idênticos, conforme se verifica:

Essa imutabilidade da decisão judicial, no processo em que foi proferida, decorrente da falta de iniciativa recursal da parte, de sua iniciativa tardia, da utilização de alguns recursos suscetíveis de impugnar a decisão e da renúncia de outros, ou ainda, da exaustão dos recursos disponíveis, denomina-se **coisa julgada formal, ou mais acertadamente, preclusão**. (grifo nosso).

Interessante notar, no que tange à preclusão, a tentativa de sistematização, a nosso ver incompleta¹⁴, trazida por Machado (2005, p. 66), que diz:

A preclusão pode ser temporal, lógica ou consumativa. A primeira ocorre quando a parte não pratica determinado ato processual em determinado prazo, ou seja, perde uma prerrogativa em decorrência de sua inércia. A preclusão lógica é a que decorre da incompatibilidade entre o ato praticado e outro, que também se pretendia praticar. Por fim, a preclusão consumativa é a que resulta do ato decisório (sentença ou decisão interlocutória), que, transitado em julgado, o torna irrevogável.

Acrescenta Machado (2005, p. 61) que a coisa julgada formal é inerente à coisa julgada material, estando contida nesta (em um grau inferior). Já a coisa julgada material é um *plus* em relação às sentenças não mais sujeitas a recurso, sendo que a sentença de coisa julgada material é, impreterivelmente, sentença de coisa julgada formal, uma vez que aquela é um *plus*.

A título de ilustração, merece ser destacado o que a doutrina denomina de “coisa soberanamente julgada”. Trata-se de uma situação jurídica¹⁵ configurada a partir do

¹⁴ A nosso ver está incompleta a definição trazida pelo autor, em especial, no que tange à preclusão consumativa, vez que, da forma como foi posto, passa ao leitor a falsa impressão de que esta só decorre de ato judicial, o que não é verdade. A preclusão consumativa também pode ocorrer em relação às partes, por exemplo no caso de oferecimento de Exceção, isoladamente, no quinto dia do prazo (de 15 dias – art. 297 CPC) e, ainda, pretender oferecer a contestação entre o 6º e o 15º dia do prazo, supostamente, restante. Não é possível, pois ocorreu *in casu*, preclusão consumativa, no momento do oferecimento da Exceção sem o oferecimento simultâneo da peça contestatória.

¹⁵ Oportunamente, ressalta Talamini (2005, p. 44) que a qualidade de imutabilidade – recaia ela sobre os efeitos da sentença (Liebman), sobre o conteúdo do comando (Barbosa Moreira) ou sobre o efeito declaratória da sentença (Ovídio Batista da Silva) – está necessariamente vinculada a idéia de

transcurso *in albis* do prazo decadencial para o ajuizamento ou após o trânsito em julgado da decisão de improcedência da ação rescisória.

Após as distinções trazidas acima, cumpre-nos esclarecer que, no presente trabalho, sempre que se fizer menção à expressão “coisa julgada”, isoladamente, estar-se-á referindo à coisa julgada material, sendo esta, como demonstrado alhures, a única capaz de irradiar efeitos extraprocessuais e, de certa forma, solucionar o litígio.¹⁶

De acordo com a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil brasileiro), uma vez publicada a sentença, o órgão jurisdicional de primeiro grau de jurisdição encerra sua atividade (art. 463). Neste momento, a sentença torna-se irretroatável¹⁷ não podendo ser modificada, nem mesmo pelo próprio juiz que a proferiu, o que a torna dependente de recurso para se buscar qualquer modificação.

Surge assim, com fundamento no duplo grau de jurisdição, adotado por nosso sistema, a possibilidade de parte sucumbente interpor recurso contra aquela sentença, intentando modificar seu resultado, perante outro órgão de competência jurisdicional hierarquicamente superior.

Destaca-se que, ainda neste ponto, a sentença apresenta-se como mera situação jurídica, sem caráter definitivo e só ganhará tal definitividade com o trânsito em julgado, momento em que a decisão contida no comando judicial torna-se imutável via de regra, adquirindo, assim, uma estabilidade capaz de conferir segurança à relação jurídica processual.

É como leciona Santos (1998, p. 41):

que antes era possível examinar algo e depois já não o é mais. Ou seja, está indissociavelmente atrelada à noção de mudança de *situação jurídica* (de permitido para proibido).

¹⁶ Talamini (2005, p. 38) adverte que a coisa julgada não estabelece presunção ou ficção de verdade dos fatos afirmados na sentença; apenas, pragmaticamente, torna imutável o resultado da atuação jurisdicional.

¹⁷ Trata-se do princípio da inalterabilidade da sentença pelo juiz que vale tanto para as sentenças de mérito (art. 269 CPC) quanto para aquelas não julgam o mérito (art. 267 CPC), salvo nos casos excepcionados pelo próprio art. 463 CPC. Outra exceção é permitida pelo art. 296 CPC ao admitir a “reforma”, pelo juiz de primeiro grau, da sentença de indeferimento liminar da petição inicial, no momento da retratação no recurso de apelação.

Enquanto recorrível, ou enquanto sujeita a recurso por haver sido interposto, a sentença ainda não é firme, pois que poderá ser reformada. [...] Daí a conclusão de que a sentença sujeita a recurso constitui um ato que exprime uma mera situação jurídica, isto é, uma circunstância que, acrescida a outras circunstâncias, que poderão ocorrer, poderá conduzir a determinado ou determinados efeitos jurídicos. Em suma, a sentença sujeita a recurso constitui simples situação jurídica, ou seja, possibilidade de sentença.

Assim, vencidas todas as possibilidades de recurso contra a sentença, diz-se que houve o trânsito em julgado e, conseqüentemente, torna-se imutável, via de regra, a decisão contida naquele comando judicial, conferindo aparente segurança à relação jurídica processual.

A coisa julgada recebe, atualmente, conceituação legal em dois diplomas brasileiros. O primeiro vem tratado no art. 6º, §3º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4657/42), em que: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”; enquanto o segundo conceito legal encontra-se no Código de processo Civil, em seu art. 467, que define a coisa julgada como: “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário” (TALAMINI, 2005, 30-31).¹⁸

Observa Porto (2006, p. 51-52):

Na acepção literal dos vocábulos, pareceria, aos menos avisados, que *coisa* significa *objeto*. Todavia, não é essa a noção jurídica que traduz e, sim, a de uma medida de valor que pode ser objeto do direito ou até mesmo a noção de *bem* ou de *relação jurídica*. O adjetivo *julgada*, envolve algo mais que a simples soma de seus termos, pois representa um conceito jurídico que qualifica uma decisão judicial, atribuindo-lhe autoridade e eficácia. Trata-se, em suma, daquilo que, para os alemães, é expresso por *rechtskraft*, ou seja, direito e força, força legal, força dada pela lei.

Prossegue o autor, buscando formular um conceito próprio (2006, p. 53):

Assim, a coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal. Essa idéia não se confunde com a de autoridade nem, muito menos, com a eficácia, [...]. Como, também não se confunde com a razão pela qual a nova situação jurídica se tornou indiscutível, na medida em que

¹⁸ Talamini critica a definição do dispositivo, dizendo sê-la inadequada e quando muito servir para estabelecer a noção – bem mais ampla – de preclusão da faculdade recursal.

essa razão representa a impossibilidade de impugnação – de forma eficaz – da decisão proferida, em face da preclusão recursal.

Destaca Talamini (2005, p. 30) que a coisa julgada é atributo que pode recair apenas sobre atos jurisdicionais, mais especificamente, sobre aqueles que contenham um suficiente grau de intensidade de cognição, e também não são todos os atos jurisdicionais decisórios que fazem coisa julgada. Assim, segundo o autor, estariam alheios à coisa julgada material os atos judiciais não decisórios, as decisões interlocutórias, as sentenças que extinguem o processo sem resolução de mérito, as sentenças que encerram o processo executivo, as sentenças de cognição sumária.

Quanto à hipótese de impossibilidade da constituição da coisa julgada apresentada por Talamini, torna-se mister uma melhor explicação acerca das decisões interlocutórias. Neste ponto, ousa-se discordar do referido autor, uma vez que as decisões interlocutórias podem, eventualmente, produzir até mesmo coisa julgada material, desde que o provimento da decisão interlocutória verse sobre matéria de mérito, como, por exemplo no casos de reconhecimento de prescrição parcial e de julgamento antecipado da lide (art. 276, §6º CPC).¹⁹

Ressalta-se, ainda, no que tange à coisa julgada, a importância da doutrina de Enrico Túlio Liebman na obra “Eficácia e autoridade da sentença”, sobre a qual se debruçam até hoje os processualistas brasileiros que adentram no estudo desse instituto. Foi este autor quem passou a considerá-la, diferentemente das lições de seu mestre Giuseppe Chiovenda, não um efeito autônomo da sentença, mas uma “qualidade (**autoridade**) especial de que se revestem os seus efeitos, tornando-os imutáveis, em benefício da estabilidade da tutela jurisdicional” (LIEBMAN, 1945, p. 33-60, grifo nosso).

Para Ramos (2007, p. 23), a crítica de Liebman à concepção de coisa julgada ditada por seu mestre e antecessor ia mais longe, uma vez que, além de distinguir os efeitos da sentença conforme sua natureza declaratória, constitutiva ou

¹⁹ No mesmo sentido Fredie Souza Didier Junior (2002) afirma: “Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro”.

condenatória, eles podem ser produzidos independentemente do trânsito em julgado, sedimentando o caminho para afirmar sua tese de que a coisa julgada é algo que, em certo momento, junta-se aos efeitos da decisão (um *plus*), aumentando-lhes a estabilidade ou, ainda, conferindo-lhes perenidade.

Observa-se, em consonância com a doutrina encabeçada por Liebman, que a coisa julgada é o mais elevado grau de estabilidade dos atos estatais, definido como a imutabilidade da sentença e de seus efeitos, negando peremptoriamente a possibilidade de ser ela mais um dos efeitos da sentença.

Destaca Porto (2006, p. 54):

Com efeito, para a perfeita compreensão daquilo que significa, por si só, essa característica chamada *autoridade*, que é outorgada à coisa julgada, parece adequado partir de uma possibilidade aceitável no sistema processual vigente. Assim, imagine-se, pois, a existência de uma sentença judicial e de um parecer de um jurista. Tanto aquela, quanto este são capazes, respeitadas seus propósitos, na medida em que eficácia não se confunde com autoridade. Todavia, apenas a sentença, após o trânsito em julgado, se impõe como ato de *imperium* do Estado, ao passo que o parecer, por mais qualificado que seja, carece de tal qualidade. Essa virtualidade da sentença, definida por LIEBMAN como uma qualidade, representa a possibilidade de a sentença se impor perante todos, sendo definida pela noção que advém do próprio vocábulo *autoridade* – do latim, *auctoritas*, representando o poder do *auctor*, de se fazer obedecer.

Insta destacar que a autoridade da coisa julgada decorre da estabilidade do ato e representa o poder de vinculação da sentença após o trânsito em julgado perante todos. Tal poder, caracterizado por uma qualidade essencial e inerente à própria sentença, é que a torna imutável e indiscutível.

Discute-se, na doutrina, se o Código de Processo Civil brasileiro atual teria adotado integralmente a teoria de Liebman em seu artigo 467, ao definir a coisa julgada como a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença irrecorrível. Isso porque, ao retirar a expressão “qualidade da sentença” do anteprojeto de Buzaid e substituí-la, ainda no projeto original que se transformou no Código de Processo Civil vigente pela expressão “eficácia da sentença”, o código teria se distanciado da teoria de Liebman, apesar de a Exposição de Motivos do próprio Código (que é a mesma do Anteprojeto enviado ao Congresso Nacional) haver mantido afirmação em contrário.

Eis a redação do dispositivo em comento: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a ‘eficácia’, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” (grifo nosso).

Não há dúvidas de que o referido artigo merece críticas, em especial, por dois motivos, conforme adverte Machado (2005, p. 63-64): 1) a coisa julgada (material ou formal) não é eficácia da sentença judicial, uma vez que nenhuma sentença acolhe, entre seus atributos intrínsecos, a imutabilidade; sendo pois, uma qualidade especial dos efeitos da sentença que os torna imutáveis e indiscutíveis, desde que preenchidos certos requisitos. 2) o legislador, ao referir-se à coisa julgada material no art. 467, oferece o conceito de coisa julgada formal, no momento em que utiliza a expressão ‘não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário’.²⁰

De acordo com Ramos (2007, p. 24) tal discussão é irrelevante, pois, no seu entender, ao tentar conceituar a coisa julgada no art. 467, o Código de Processo Civil foi infeliz, deixando transparecer que esta se forma quando proferida qualquer sentença de que não caiba mais recurso. Afirma ainda o referido autor que o próprio Código de Processo Civil contradiz a tentativa de conceituação de coisa julgada trazido por aquele dispositivo, sugerindo uma interpretação sistemática com outros artigos, de forma a completá-lo e corrigir suas imperfeições, como o art. 485 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973), por exemplo, que assim dispõe:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

²⁰ Em relação à aparente confusão entre a coisa julgada formal e material, Pontes de Miranda (apud MACHADO, 2005, p. 111) esclarece que “o legislador, só se referindo à coisa julgada material, entendeu que a adjetivação bastaria, uma vez que a coisa julgada material contém aquela, ao passo que nem toda decisão dotada de eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material.”

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Diversa não é a opinião de Talamini (2005, p. 31) que sustenta ser o art. 485 CPC o dispositivo que melhor define a coisa julgada, senão vejamos:

Por sua vez, o art. 467 do Código de Processo Civil pretendeu estabelecer definição mais precisa, mas também pecou. À parte outras imprecisões a seguir indicadas, contentou-se em consignar que a coisa julgada material recairia sobre qualquer “sentença” não mais sujeita a recurso. [...]. É o art. 485 do diploma processual que estabelece de modo mais preciso o âmbito de incidência da coisa julgada material, ao prever para sua desconstituição a via estreita da rescisória: “sentença de mérito transitada em julgado”.

Oportuna a sistematização trazida por Porto (2006, p. 56) quanto à delimitação das expressões “eficácia da sentença”, “coisa julgada” e “autoridade”, demonstrando tratar-se de três momentos distintos, a saber:

a) eficácia da sentença – representa a capacidade que possui esta de produzir efeitos, através de seus comandos; b) coisa julgada – a opção filosófico-jurídica que outorga à decisão jurisdicional a capacidade de torná-la imutável para todos; e, finalmente, c) autoridade – a qual, em face da estabilidade do ato sentencial e da opção política de estabilizar as relações jurídicas, torna a nova situação jurídica, decorrente da sentença, oponível *erga omnes*, estando presente tanto na sentença, quanto na coisa julgada.

Talamini propõe que seja considerada a coisa julgada como efeito do trânsito em julgado da sentença e não, simplesmente, como efeito da sentença, pois é com o trânsito em julgado que se constitui a situação jurídica de indiscutibilidade judicial do comando contido na sentença. E complementa o processualista (2005, 44-45):

Nessa perspectiva, é um efeito anexo do trânsito em julgado da sentença – vale dizer, um efeito diretamente atribuído por norma de lei, em relação à qual a sentença transitada em julgado funciona como mero *fato jurídico*. Essa eficácia constitutiva anexa é o instrumento pelo qual opera a qualidade consistente na *imutabilidade do decisum*.

Diante das respeitáveis correntes doutrinárias trazidas e de tantas outras existentes e que possam ser criadas, optamos pela definição trazida por Geovany Jevaux (2006, p. 185) que, de forma clara e objetiva, define coisa julgada como sendo uma qualidade especial da sentença que se torna imutável como ato processual quando não mais sujeita a recurso (formal) e também imperativa quanto a seus efeitos quando decide sobre relação jurídica material (material). Tal qualidade, segundo o autor, recebe a denominação de autoridade da coisa julgada, para diferenciá-la dos efeitos naturais da sentença.

Ressalta-se, contudo, que, conforme se pretende demonstrar no decorrer do presente estudo, a idéia de imutabilidade, tão explorada até aqui, deve ser analisada em seus reais contornos, dentro de uma perspectiva do Estado Democrático de Direito, diante do qual não há direitos absolutos e inflexíveis.

1.6 OS LIMITES DA COISA JULGADA NAS DEMANDAS COLETIVAS

Os “limites” ou a “extensão” da coisa julgada são expressões sinônimas, comumente utilizadas pela doutrina, para delimitar “quem” está sujeito à autoridade da coisa julgada (limite subjetivo ou extensão subjetiva) e “o quê” na decisão adquire a imutabilidade (limite objetivo ou extensão objetiva); e se configuram em delineadores do alcance da coisa julgada.

Os limites objetivos da coisa julgada dizem respeito ao teor da sentença que, efetivamente, está sujeito à imutabilidade e à indiscutibilidade, ou seja, busca-se com eles definir “qual parte” da sentença faz coisa julgada. Por outro lado, os limites subjetivos estão voltados às partes que se sujeitarão aos efeitos dessa coisa julgada, estabelecendo “quem” será beneficiado ou prejudicado pela decisão de mérito que passará em julgado.

Hodiernamente, são destaques no cenário jurídico nacional as demanda coletivas, nas quais a extensão da coisa julgada é *secundum eventum litis*, de forma que os limites subjetivos da coisa julgada apresentam-se vinculados à natureza do direito

discutido na lide. Ou seja, nos processos coletivos sempre ocorre a coisa julgada, mas a extensão subjetiva desta é que se dará “segundo o resultado do litígio”, atingindo os titulares do direito individual apenas quando em benefício deles.

Ressalta-se que a coisa julgada individual caracteriza-se por ser *inter partes* e *pro et contra*. *Inter partes*, pois vincula apenas os sujeitos do processo, limitando as conseqüências da imutabilidade da decisão, na forma do art. 472 do Código de Processo Civil brasileiro, conforme apresentado. *Pro et contra*, uma vez que ocorre tanto em benefício do autor, com a sentença favorável que confirma a sua pretensão, quanto em seu prejuízo, como declaração negativa de seu direito.

Já no processo coletivo, o limite subjetivo do julgado ocorrerá em relação direta com a amplitude do direito levado a juízo, cujo fundamento jurídico encontra-se no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85) e nos artigos 103 e 104 do Código de defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que funcionam como regramento geral da coisa julgada coletiva no direito brasileiro, conforme se demonstrará a seguir.

Dispõe o artigo 16²¹ da Lei 7.347/85, doravante denominada Lei da Ação Civil Pública:

²¹ Ressalta que a atual redação do dispositivo em comento adveio da lei 9494/97, que passou a restringir a eficácia daquela sentença aos limites da competência territorial do órgão julgador. Assim, de acordo com o dispositivo, se um juiz estadual prolatar sentença em ação civil pública, a sua eficácia não poderá ultrapassar os limites do Estado em que ele exerce sua jurisdição.

O legislador parece ter confundido a competência e a coisa julgada. Pois embora a competência do juiz estadual esteja limitada aquele determinado estado, a coisa julgada poderá estender-se para todos os titulares do interesse violado, independente de onde estejam domiciliados.

Pela própria natureza dos interesses difusos e coletivos, sendo indivisíveis, torna-se impossível pretender limitar a eficácia da coisa julgada. Além disso, de acordo com o referido art. 16, seria necessário o ajuizamento de uma Ação Civil Pública em cada estado, o que aumenta muito a insegurança jurídica pelo grande risco de decisões conflitantes sobre o mesmo tema.

Assim, a limitação imposta pela lei 9494/87 sobre o art. 16 da LACP é inócua e não pode ser aplicado. Em especial, por força do CDC, aplicável supletivamente, que valerá para todos os que se encontram na mesma situação jurídica, independente de onde tenham domicílio.

No mesmo sentido, entenderam os integrantes do XVIº Congresso Nacional do Ministério Público, reunidos na cidade de Belo Horizonte no período de 06/11/2005 a 08/11/2005, que acolhendo proposição do Grupo de Trabalho Setorial do Consumidor, deliberaram em manifestar esclarecimentos à sociedade quanto à inviabilidade técnica e social das tentativas de agressão aos princípios e regras da coisa julgada coletiva, nos termos seguintes:

“Considerando que a Lei 9.494/97 alterou o art. 16 da lei 7.347/85 para estabelecer que ‘a sentença coletiva fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator’;

Considerando que essa alteração infringe a natureza da coisa julgada erga omnes, qual seja, a abrangência protetiva a todos aqueles lesados por circunstâncias fáticas ou jurídicas ilegais;

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiente de provas, hipóteses em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Já o Código de defesa do Consumidor²² foi mais preciso na definição da coisa julgada em processos de natureza coletiva, determinando que, na hipótese de interesses difusos e coletivos, não haverá a formação de coisa julgada material quando for proferida sentença de improcedência do pedido por insuficiência de provas; ao revés, tratando-se de interesses individuais homogêneos, não haverá a formação de coisa julgada material nos casos de improcedência do pedido, conforme se verifica a seguir.

O art. 103, inc. I, do CDC dispõe sobre a coisa julgada nas ações coletivas, quando há em jogo interesses difusos, senão vejamos:

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

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação,

Considerando que o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que a competência e conseqüente coisa julgada serão definidas em razão da extensão do dano (dano local, dano regional e dano nacional),

Considerando que a referida alteração legal veda o acesso à Justiça, concomitantemente estimulando a proliferação de ações coletivas sobre o mesmo tema, pois obriga a propositura de tantas ações coletivas quantas sejam as competência territoriais atribuíveis a cada comarca, violando Cláusula Pétrea da Constituição da República e padecendo por isso de inconstitucionalidade material e formal;

Considerando que a PEC nº 358/05 visa a introduzir na Constituição Federal o §2º ao art. 105, atribuindo ao Superior Tribunal de Justiça o poder de definir a competência do foro e a extensão territorial da decisão nas ações civis públicas e nas ações propostas por entidades associativas;

Considerando que essa decisão afronta a Constituição da República (art. 5º, incs. I, XXXII, XXXV e XXXVI) e vários dispositivos legais expressos (art. 90; art. 93; art. 103, CDC) subtraindo da legislação positivada e atribuindo ao STJ a definição com relação à competência e à extensão territorial da decisão;

Considerando que, além dessa afronta, a Proposta de emenda à Constituição supracitada carece de critérios para a definição da competência e da coisa julgada, o que causaria perplexidade e insegurança jurídica aos jurisdicionados, deixando de promover exatamente aqueles objetivos mencionados no Relatório do Deputado Federal Roberto Magalhães, RESOLVEM enviar à autoridades civis, à comunidade jurídica e a sociedade civil nota de esclarecimento quanto à inadequação técnica e social da alteração do art. 16 da Lei 7.347/85, modificado pela Lei 9.494/97, bem como postular a retirada do dispositivo da PEC nº 358/05 que introduziria na Constituição Federal o § 2º do art. 105, a fim de que, nos termos do art. 127 da CR, seja promovida a defesa da ordem jurídica.

(fonte: [mhtml:http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/congresso/coisa julgada](http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/congresso/coisa_julgada), acesso em 17/08/2008)

com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.

A norma determina, portanto, três situações. Sendo procedente o *decisum* a coisa julgada será *erga omnes*, atingindo toda a coletividade e beneficiando diretamente o indivíduo, o qual poderá, apenas, promover a liquidação de seu dano, sem a necessidade de rediscutir as questões fáticas.

Para se beneficiar da sentença coletiva de procedência, o indivíduo precisa, portanto, promover a liquidação de seu dano, instaurando a execução individual (art. 97 da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor), sendo-lhe devido provar apenas: o dano individual, seu nexos com o fato apurado na ação coletiva e o montante dos prejuízos.

Assim, sendo julgado procedente o pedido formulado na ação civil pública que envolva interesses difusos, essa terá eficácia *erga omnes*, beneficiando diretamente os indivíduos envolvidos pela mesma situação fática e servindo de impedimento à propositura de nova ação coletiva por qualquer legitimado ativo que contenha o mesmo pedido e causa de pedir da ação já julgada e transitada em julgado.

A outra situação que se depreende do art. 103, inciso I, da Lei 8.078/90 ocorre quando o pedido da ação civil pública é julgado improcedente por qualquer outro motivo que não a insuficiência de provas. Neste caso, a coisa julgada também terá efeito *erga omnes*, não podendo ser intentada nova ação com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; a matéria não poderá ser rediscutida.

Sobre este ponto, interessante questão é levantada por Hugo Nigro Mazzili (2001, p. 401-402), senão vejamos:

Uma ação civil pode hoje resultar em improcedência, não por falta de provas, mas por entender, com base nas perícias, que o resíduo emitido pela chaminé da fábrica do réu não é poluente; antes, conclui a sentença, o resíduo é saudável ou pelo menos inócuo para o homem. Formada a coisa julgada com eficácia *erga omnes*, e vencida a oportunidade de rescisória, pode vir a ser apurado que as perícias foram fraudulentas; a ciência mais tarde pode demonstrar que aquele resíduo é altamente tóxico e prejudicial à humanidade. Ora, não se pode admitir, verdadeiramente, coisa julgada ou direito adquirido contra alguns direitos fundamentais; não existe o suposto direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio *habitat*

do ser humano. Como admitir a formação de direitos adquiridos e coisa julgada em grave detrimento de gerações que ainda nem nasceram?

Partindo de tal indagação, assevera Mazzili (2001, p. 403), que não se pode admitir a formação da coisa julgada em desconformidade com a Constituição Federal, uma vez que esta é a base de todo o ordenamento jurídico e a fonte de validade da própria coisa julgada.

Insta ressaltar, porém, que o referido quadro fático não impede que o indivíduo lesado intente ação individual. Do contrário, estar-se-ia admitindo verdadeiro impedimento ao acesso à justiça. A questão é tratada no art. 103, § 1º, da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, o qual prescreve que os efeitos da coisa julgada, quando envolvidos direitos difusos ou coletivos, não prejudicarão os interesses ou direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Por fim, a terceira situação aventada pelo dispositivo em análise é a improcedência do pedido da ação coletiva por falta de provas. Neste caso, a coisa julgada será apenas formal, não impedindo a propositura de nova ação civil pública por qualquer legitimado ativo, desde que de posse de novas provas, entendendo-se como novas aquelas que, por qualquer motivo, não puderam ser utilizadas ao tempo do transcorrer da ação.

Já o art. 103, inc. II, do CDC dispõe sobre a coisa julgada nas ações coletivas, quando em jogo interesses coletivos, conforme se observa:

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

[...].

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

Neste caso, a coisa julgada é menos ampla, atingindo, apenas os integrantes do grupo, da categoria ou da classe de lesados e não toda a coletividade. A coisa julgada procedente ou improcedente por outro motivo que não a insuficiência de

provas impede a propositura de nova ação civil pública por qualquer legitimado, contendo o mesmo pedido e a mesma causa de pedir da ação já julgada.

Do mesmo modo, caso seja julgada improcedente por insuficiência de provas há a formação de coisa julgada apenas formal, podendo ser intentada nova ação, desde que haja presentes novas provas ensejadoras de nova discussão sobre a matéria.

Cabe ressaltar que, por força da segunda parte do art. 104²³ do Código de Defesa do Consumidor vigente no Brasil, se a sentença for procedente ou improcedente por motivo outro que não a mera insuficiência de provas, os efeitos da coisa julgada só beneficiarão os autores das ações individuais em curso caso estes requeiram a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias, contados a partir da ciência nos autos da propositura de ação civil pública tratando de matéria correlata a seus interesses.

Frise-se que a coisa julgada coletiva só pode ser utilizada para beneficiar o particular, nunca para prejudicá-lo, assim sendo, caso o sujeito requeira a suspensão do processo e a ação coletiva seja julgada improcedente, tal *decisum* não vinculará a *opinião* do juiz na ação individual, que pode julgar procedente a demanda singular.

Porém, caso o indivíduo não requeira a suspensão do seu processo, não será nem beneficiado, nem prejudicado pela coisa julgada coletiva, arcando com o risco de não se ver beneficiado pela coisa julgada coletiva.

Por fim, o art. 103, inc. III do Código de Defesa do Consumidor brasileiro dispõe sobre a coisa julgada nas ações de interesse individual homogêneo, conforme transcrito a seguir:

²³ Assim dispõe o artigo 104 da Lei 8.078/90: “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”.

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

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

Percebe-se, portanto, que em se tratando de direitos individuais homogêneos, a sentença só fará coisa julgada *erga omnes* se for procedente, beneficiando, nesse caso, todas as vítimas e seus sucessores. Além disso, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, no caso de improcedência do pedido, os interessados que não intervieram no processo coletivo como litisconsortes poderão ajuizar suas respectivas ações individuais de indenização.

Em síntese, pode-se dizer: se for procedente o pedido, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, beneficiando vítimas e sucessores, devendo estes, se for o caso, pedir a suspensão da ação individual no trintídio legal para se beneficiar da coisa julgada coletiva (art. 104); porém, se o pedido for julgado improcedente, seja por qualquer motivo, mesmo que a insuficiência de provas, não terá eficácia *erga omnes*. Sendo assim, cada indivíduo, particularmente, deverá, se quiser discutir a matéria, ajuizar a respectiva ação individual.

Entretanto, insta frisar que, no caso de improcedência, seja ela por qualquer motivo, haverá coisa julgada material para os legitimados ativos da ação coletiva, que ficarão impedidos de renovar a ação, ou seja, neste caso, a questão só poderá ser tratada novamente em sede individual.

O tratamento diferenciado, quando em jogo interesses individuais homogêneos, em se tratando de interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) deve ser sempre voltado à sociedade, a fim de sempre beneficiá-la. Ora, sabe-se que os interesses individuais homogêneos são apenas processualmente coletivos, mas, em essência, são, na verdade, interesses individuais que não perpassam o sujeito.

Nesse sentido, o legislador, muito acertadamente, não se preocupou em abrandar os efeitos da coisa julgada quando julgado improcedente o pedido formulado na ação coletiva por falta de provas porque, neste caso, cada sujeito lesado e

individualmente considerado pode ir a juízo defender o seu interesse essencialmente individual e ter a oportunidade de produzir suas provas satisfatoriamente.

1.7 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE OS LIMITES DA COISA JULGADA NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

O sistema da coisa julgada “coletiva”, regido pelo micro-sistema de processo coletivo, apresenta-se como um dos aspectos que mais o distinguem do processo individual, definido pelo Código de Processo Civil brasileiro vigente.

Esclarecem Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p.337) que a função jurídico-política da coisa julgada material, conforme vem determinada no processo individual, é estabilizar as relações jurídicas sem causar prejuízo aos princípios do contraditório e do devido processo legal, uma vez que a coisa julgada individual vincula somente os sujeitos do processo, limitando as conseqüências da imutabilidade da decisão (*inter partes*), também por ocorrer tanto em benefício quanto em prejuízo do autor (*pro et contra*).

E acrescentam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 337-338):

O devido processo legal, como substrato da coisa julgada material nos moldes do processo tradicional/individualista, apresenta dois pontos nevrálgicos de resistência (oposição) em relação à efetividade e à Justiça nas Ações coletivas:

a) o risco de interferência injusta nas garantias individuais do titular do direito subjetivo (princípio da inércia do judiciário e do contraditório), submetendo-se o “sujeito” à “imutabilidade” de uma decisão da qual não participou: o problema decorre da circunstância de que o legitimado à tutela coletiva é sempre um ente que não é titular do direito coletivo em litígio (legitimação extraordinária);

b) a exposição indefinida do réu ao judiciário e a estabilidade jurídica para o Estado: é preciso, de outro lado, proteger o réu, que não pode ser demandado infinitas vezes sobre o mesmo tema, e limitar o poder do estado, que não pode estar autorizado a sempre rever o que já foi decidido.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, ficou definido que, nos casos de improcedência de uma demanda coletiva, haveria a estabilização pela coisa julgada somente na esfera coletiva, sem repercutir na esfera individual; ao revés, a

procedência da demanda coletiva torna-se indiscutível pela coisa julgada material no âmbito da tutela coletiva e, ainda, estende os seus efeitos para beneficiar os indivíduos em suas ações individuais, conforme destacado alhures.

Ressaltam Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 339) que passou a surgir, com isso, uma situação nova e interessante: a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva ao plano individual, de forma que as sentenças somente terão estabilizadas suas eficácias com relação aos substituídos (indivíduos) no caso de procedência da ação coletiva.

E asseveram os referidos autores (2007, 339-340):

A decisão nas ações coletivas trará, porém, sempre alguma influência sobre as ações individuais mesmo quando denegatória no mérito. Como salientou-se na doutrina, somente em casos excepcionais os titulares individuais terão chance de êxito, visto que a natural amplitude da discussão no processo coletivo agirá como fator de reforço ou fortalecimento da convicção jurisdicional (advogados mais preparados, juízes mais atentos etc.). São justamente estes casos excepcionais que sugerem mais equânime a adoção da extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva no plano individual.

Em contrapartida, o CDC determinou a ocorrência da coisa julgada material entre os co-legitimados e a contraparte, ou seja, a impossibilidade de repropor a demanda coletiva caso haja sentença de mérito (*pro et contra*), atendendo, assim, aos fins do Estado na obtenção da segurança jurídica e respeitando o devido processo legal com relação ao réu que não se expõe indeterminadamente à ação coletiva, ficando, desta forma, respeitada a regra tantas vezes defendida pela doutrina: “ a coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta”. Nos processos coletivos ocorre sempre coisa julgada. A extensão subjetiva desta é que se dará “segundo o resultado do litígio”, atingindo os titulares do direito individual (de certa forma denominados substituídos) apenas para o seu benefício.

Essa processualística criada pelo Código de Defesa do Consumidor institui a denominado “devido processo social”²⁴ em respeito aos impositivos ditames da sociedade de massa e do valor da justiça; bem como a facilitação do acesso à justiça, por permitir a defesa de novos direitos e defesa de novas situações de lesão, e da economia processual. Tudo isso, sem prejudicar a segurança jurídica e as garantias individuais da parte contrária.

²⁴

No mesmo sentido Didier Jr. e Zaneti Jr. (2007, p. 340)

Outra grande alteração do sistema da coisa julgada coletiva está na ampliação *ope legis* do objeto do processo nas ações coletivas, passando a autorizar o transporte *in utilibus* da coisa julgada para as demandas individuais, conforme dispõe o art. 103, §3º²⁵ da Lei 8.078/90.

Afirma Ada Grinover (1999, p. 826-827) que o que autoriza o transporte da coisa julgada coletiva para a esfera individual dos prejudicados, pela violação de um direito coletivo *lato sensu*, é a ampliação do objeto do processo e a inclusão na coisa julgada coletiva do dever de indenizar, em razão da lei – da mesma forma como ocorre no dano *ex delicto*, em que a decisão sobre o dever de indenizar faz parte da sentença penal.

Por assim dizer, uma vez julgado procedente o pedido da ação coletiva para obrigar a retirada de determinado produto do mercado, reconhecendo na sentença os danos reais ou potenciais, pelo fato do produto, poderão as vítimas se aproveitar dessa sentença, para, a partir desse momento, propor suas ações individuais, possibilitando aos prejudicados e a seus sucessores a vantagem da demanda coletiva, independentemente de nova sentença condenatória, passando, diretamente para a liquidação e execução da respectiva sentença.

Logo, o transporte da coisa julgada decorrente de sentença proferida na ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos, ocorre *secundum eventum litis*, ou seja, somente nas hipóteses de procedência do pedido.

No que tange a coisa julgada inconstitucional em demandas coletivas, o direito fundamental a coisa julgada deve ser restringido, ensejando, inclusive, sua desconstituição, nos moldes das ações individuais, uma vez que todos os argumentos que justificam sua desconstituição em sede de ação individual, não de

²⁵ Art. 103, § 3º - “Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da lei n. 7347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos causados ou pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder liquidação e à execução dos termos dos arts. 97 a 100.”

ser aplicados, com muito mais razão de ser, às demandas coletivas, pela própria natureza jurídica dos interesses em jogo.

Tal afirmação advém de expressa determinação legal, quando diante de uma sentença de improcedência com base na deficiência do conjunto probatório ou tratando-se de decisão flagrantemente inconstitucional, hipóteses em que se vislumbra a possibilidade de sua impugnação mesmo sem ter por base fundamento legal expresso, mas a partir da interpretação do ordenamento jurídico de forma sistemática, visto que não é permitido contrariar o fundamento de validade de todos os demais atos jurídicos, a Constituição Federal do país.

1.8 FUNÇÕES POSITIVA E NEGATIVA

A coisa julgada exerce no processo diferentes funções (também denominadas efeitos, aspecto ou eficácia), dentre as quais destacam-se, na doutrina, duas: função positiva e função negativa, sendo compreendidas como fenômenos distintos.

Nesse sentido, remontando às origens da referida afirmação, assevera Porto (2006, p. 66):

Realmente, desde que veio a público, célebre estudo de KELLER segundo informa LIEBMAN, tornou-se sustentável em doutrina que a coisa julgada possui, no mínimo, dupla função.

Basicamente, KELLER demonstrou que de duas maneiras distintas se pode fazer o uso da coisa julgada: a) para impedir a repetição da mesma demanda e b) para vincular o juízo futuro a decisão já proferida. Na primeira hipótese, se está diante da função negativa, e na segunda, frente à função positiva.

Contudo, a construção Kelleriana sempre foi alvo de glosa, tanto que BEKKER negou a existência da função positiva; RUMELIN, ao contrário, admitiu apenas esta; COGLIOLO negou ambas e WINDSCHEID, embora as admitisse, compreendia-as de modo diverso.

Assim, em sua função positiva,²⁶ a coisa julgada material tem por conseqüência a vinculação do Juízo futuro à decisão proferida, de forma que o resultado da demanda sobre o qual incide a coisa julgada deverá ser, obrigatoriamente, seguido por qualquer juiz, no julgamento de outro processo em que o resultado dependa da solução já acobertada pela coisa julgada, entre as mesmas partes. Nota-se que a função positiva, como o próprio nome diz, depende de uma ação, fazer ou agir, direcionado a tomar como subsistente o *decisium* coberto pelo manto da coisa julgada material.

Insta destacar a diferenciação entre a função positiva da coisa julgada e os limites objetivos fixados no artigo 469, em especial no inciso III²⁷ do Código de Processo Civil, trazida por Talamini (2005, p. 130), que afirma:

Note-se a diferença em relação aos limites objetivos fixados no art. 469. Nos termos do art. 469, III, a “decisão” meramente incidental de uma questão prejudicial (i.e., sua apreciação para fins de fundamentação) não faz coisa julgada e, portanto, não vincula o juiz de um processo subsequente no qual essa questão novamente se ponha como prejudicial ou, mesmo, principal. Já pela *função positiva* da coisa julgada, quando a questão decidida em caráter *principal* (i.e., objeto do *decisium*) vier a constituir uma *prejudicial* ao posterior julgamento de outra causa, o julgamento anterior a respeito da questão será vinculante para o juiz do novo processo. Resta-lhe-á examinar as demais questões desse novo processo, mas sempre respeitando a premissa estabelecida no processo anterior.

Adverte-nos, ainda, Liebman *apud* Talamini (2005, p. 131) que essa eficácia positiva “não tem nada que ver” com a coisa julgada. Seria “simplesmente a eficácia natural da sentença”: a simples produção dos efeitos da sentença perante outro juiz. Porém, esse outro juiz só está obrigado a observar tais efeitos, só se vincula cogentemente a eles, se o comando de que eles advêm estiver acobertado pela coisa julgada, conforme observa o próprio Liebman.

²⁶ Porto (2006, p. 68) traz exemplo que permite-nos, facilmente, entender a função positiva da coisa julgada. Trata-se de demanda em que controvertem autor e réu acerca da natureza jurídica de certo contrato; que uma vez definido como de locação, emerge daí a possibilidade de, com base na decisão anterior, se buscar o pagamento de alugueres. Nessa futura demanda, a possibilidade de procedência tem suporte, justamente, na coisa julgada e disso decorre o reconhecimento da inafastável função positiva que esta possui.

²⁷ Art. 469. Não fazem coisa julgada:

[...].

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Partindo da assertiva acima, conclui Talamini (2005, p. 131):

Com efeito, daí se pode extrair que a chamada “eficácia positiva da coisa julgada” não é expressão exclusiva do fenômeno da coisa julgada. Expressa *também os efeitos* (declaratórios, constitutivos) da sentença. Mas certamente, sem a coisa julgada, a “eficácia positiva” não se poria como tal: o juiz do segundo processo não ficaria vinculado à solução já dada pelo *decisium* da sentença anterior à questão que ora funciona como prejudicial.

É a função positiva da coisa julgada que permite ao jurisdicionado, litigante em demanda anterior, utilizar-se do que foi decidido naquele julgamento como fundamento de nova contenda, ou seja, utilizar a coisa julgada para vincular o juízo futuro à decisão anteriormente proferida. Como afirma Porto (2006, p. 69), enquanto a *exceptio rei judicatae* é forma de defesa a ser empregada pelo demandado, o efeito positivo da coisa julgada pode ser fundamento de uma segunda demanda.

Por outro lado, a doutrina reconhece a função negativa da coisa julgada como uma consequência de natureza impeditiva, que impossibilita a repetição de nova demanda envolvendo questão já apreciada. Conforme esclarece Talamini (2005, p. 130), consiste na proibição de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recaia a coisa julgada. É nesse sentido a coisa julgada funcional como pressuposto processual negativo (CPC, art. 267, V). Trata-se de um não fazer por parte dos órgãos jurisdicionais estatais.

Assim, conclui-se, a função da coisa julgada é *dúplice*²⁸, pois, enquanto de um lado define a situação jurídica das partes – que se tornam impossibilitadas de, unilateralmente, fugir dos efeitos da declaração jurisdicional, o que se convencionou denominar de efeito positivo - por outro lado, impede que se restabeleça, em outro processo, a mesma controvérsia, cabendo a qualquer dos litigantes a *exceptio rei judicatae*, para excluir novo exame sobre a relação jurídica anteriormente decidida, em função de seu efeito negativo.

Ao mesmo tempo, essa dupla função está intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica, sendo este o embasamento e a finalidade da coisa julgada. Assim, ao exercer sua função positiva, a coisa julgada estabiliza os efeitos da

²⁸ No mesmo sentido Ovídio Batista (apud PORTO, 2005, p. 67).

sentença, projetando-os indefinidamente para o futuro e exercendo sua função negativa, a coisa julgada impede o Poder judiciário de dar nova manifestação sobre matéria já decidida.

1.9 COISA JULGADA, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA

O homem, para viver em sociedade, depende de segurança no que tange aos seus atos. Segurança e certeza são elementos contidos na idéia de Direito e indispensáveis à paz social. Assim, dado o seu valor jurídico, é forçoso reconhecer a estreita e constante relação entre a segurança e a justiça.

A relação entre segurança e justiça tem sido invocada, na maior parte das vezes como uma antítese inevitável, cujos extremos vêm determinados por uma justiça concebida como exigência de adaptação do direito às necessidades da vida social e por uma segurança jurídica voltada para os riscos formais, permanentes e de cumprimento obrigatório que balizam o Direito.

A segurança jurídica deve ser considerada num duplo sentido: material e formal. Ressalta Luz (2006, p. 27) que a segurança jurídica é condição de desenvolvimento e aperfeiçoamento da Sociedade, o que exige, de parte do Estado, medidas assecuratórias para a sua consecução; aqui, em seu sentido material, a segurança jurídica encontra-se relacionada com o seu objeto, ou seja, trata-se de uma proteção dada ao indivíduo, por meio de direito positivo, distante da segurança em seu aspecto formal, quando se fala em segurança do próprio Direito, que parece estar mais aproximada de uma relação entre as normas do sistema jurídico.

Defende Alterini *apud* Luz (2006, p. 21), que, quando se referir à segurança jurídica, devem-se considerar pelo menos três fases básicas: a da segurança por meio do direito, a da segurança como certeza do direito e a da segurança como estabilidade do direito.

Assevera LUZ (2006, p. 21-22):

Visto por este lado, a segurança corresponde à estabilização, à rigidez e à estreiteza das normas. A lei deve ser aplicada como forma de compor as relações litigiosas não importando se o resultado vem a gerar a estabilidade e o ordenamento social necessários, que, diga-se de passagem, por uma questão de segurança nem sequer são discutidos.

No pensamento clássico um axioma bastante restrito proclamava *dura lex sed lex* como paradigma da segurança jurídica. Já Cícero anunciou outros princípios, entre os quais *summum ius summa injuria*. Ambas as fórmulas trazem ínsita a mensagem de que ainda que a lei seja dura, corresponde aplicá-la.

Essa segurança dada pela lei, em sua generalidade e abstração, pode, porém por vezes acarretar choques com a realidade concreta, podendo não coincidir com o ideal de justiça em particular. Faz-se necessária, então, uma tentativa de aproximação entre segurança e justiça, de maneira que uma não sacrifique a outra, uma vez que o direito busca segurança e, na medida do possível, a justiça.

Assim, diante de um conflito entre a lei geral e o caso concreto, duas situações podem ocorrer: 1) não poderia a lei ser rejeitada por completo como um aspecto somente de injustiça e de novas situações de insegurança; pelo fundamento de que a lei, ao generalizar, acaba por tratar igualmente a todos, e nesse aspecto de igualdade subsiste certa justiça formal, embora não se possa falar em justiça concreta, em equidade; ou 2) deveria buscar-se a justiça material, uma vez que esta é dinâmica e permitiria a melhor solução para o caso concreto, partindo-se de um sistema de normas mais 'aberto' e de uma interpretação judicial mais eficaz.

Aceitando a segunda posição, passa-se a vislumbrar que há determinadas situações, nas quais se deve dar preferência à Justiça sobre a certeza e a segurança formais. São situações em que, via de regra, os interesses em conflito estão diretamente relacionados com os Direitos Fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade do indivíduo e a justiça social; como no exemplo ofertado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação Cível nº 2005.032504-8²⁹.

²⁹ “É consabido que, segundo o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o ato de adoção é irrevogável. No entanto, especificamente neste caso, verifica-se que o apelante J.P.G.V.M. foi adotado por A.S.M. quando se encontrava com 12 (doze) anos de idade, permanecendo na sua companhia somente durante o período no qual sua mãe esteve casada com o mesmo (4 anos), não restando dúvidas da inexistência de vínculo afetivo entre eles, pois os próprios recorrentes afirmam tal fato. Observa-se, ainda, que J.P.G.V.M. adoeceu no ano de 2001, apresentando quadro de leucemia (fl. 33 TJ/SC), bem como desde julho de 2002 faz tratamento psicoterapêutico em face dos incômodos com a obrigação de manter o sobrenome do ex-marido de sua mãe (...). Assim, verifica-se que o motivo principal do aforamento da demanda em exame encontra-se nos prejuízos psicológicos acarretados pela obrigação que J.P. possui de assinar um sobrenome que o diferencia de toda a sua família. Ora, sabe-se que direito é, acima de tudo, bom

Para Barroso (2002, p. 50), a segurança jurídica, juntamente à justiça e o bem-estar social, formam um dos fundamentos do Estado de Direito, já que as teorias democráticas de base contratualista “(...) assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade”.

Afirma Siqueira (2006, p. 49) que, para Aristóteles, a justiça comutativa era idéia pertinente à igualdade absoluta entre bens (como a que se dá entre o salário e o trabalho) e que a justiça distributiva significaria a igualdade relativa no modo de tratar pessoas diversas (como, por exemplo, na tributação quando conforme a capacidade tributária).

Lembra Siqueira (2006, p. 42-43) que:

Alguns autores enxergam, ao lado do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança. O primeiro seria referente aos elementos objetivos de ordem jurídica (garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do Direito). O segundo se relacionaria com componentes subjetivos da segurança (calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes Públicos), inserindo-se, nesse último, a *res judicata*. Canotilho menciona que determinados doutrinadores concebem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou uma dimensão específica da segurança jurídica, o que nos parece mais apropriado.

O tema apresenta-se deveras complexo, uma vez que, por um lado, a segurança jurídica é vista como a manutenção de um determinado ordenamento jurídico estável, de forma a não permitir surpresas, e essa certeza - embora fictícia – sempre

senso. Logo, é ilógico e injusto determinar a manutenção dos laços existentes entre os apelantes, obrigando J.P. a utilizar um sobrenome com o qual não se identifica, pois, além de tal elo permanecer apenas de maneira formal, expondo o adotado à situação de insegurança e instabilidade psicológica, não se vislumbra qualquer prejuízo que o seu desfazimento possa trazer às partes envolvidas ou à sociedade. Ademais “tirar sobrenome que não seja o que identifica a família não traz dano nem prejuízo à sociedade”, eis que “o direito ao nome é essencial a todo ser humano para que possa se comunicar e se integrar no seio familiar e social, invocando o respeito que merece sua personalidade” (STJ – Resp 662799, Min. Castro Filho, j. 08/11/05). (...) Assim, levando-se em consideração que os apelantes, bem como que a mãe do adotado, concordam expressamente com a desconstituição do vínculo adotivo (fls. 39/40), tem-se que, em atendimento aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e, principalmente da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), o acolhimento da pretensão dos recorrentes não ofende a Lei 8.069/90 e os interesses que ela protege. Diante do exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento do recurso, julgando procedente o pleito exordial para desconstituir o vínculo adotivo existente entre os recorrentes e determinar a expedição de mandado ao Cartório de Registro civil para a realização da devida retificação no nome do apelante J.P.G.V.M., excluindo de seu nome o sobrenome M” (Apel. Cível 2005.032504-8, 3ª Câmara Cível, rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil).

foi o fundamento para a manutenção da lei e da ordem, ainda que em detrimento da justiça no caso concreto. E mudar tal entendimento pode parecer tarefa difícil, mas não é impossível.

A coisa julgada, conforme se demonstrou alhures, trata-se de uma manifestação importante de segurança jurídica, uma vez que põe fim ao litígio, impossibilitando, via de regra, a rediscussão da matéria. Sua função reside, exatamente, na possibilidade de transmitir uma “suposta” verdade que não mais poderia ser mudada, pois seria insustentável a incerteza, caso ela pudesse ser a todo tempo alterada, salvo nos casos de inconstitucionalidade.

Contudo, como adverte Luz (2006, p. 45 e ss.), a coisa julgada tem como fundamento o princípio processual *ne bis in idem*, constituindo-se num dos pontos de referência que se utiliza para demonstrar a insolúvel tensão entre as exigências da justiça e da segurança.

Segundo o autor (2006, p. 46), a coisa julgada responderia, assim, a diversas expectativas de segurança jurídica, como a da confiança dos sujeitos que exigem ter a certeza de que a decisão tenha existência duradoura e a da exigência da comunidade jurídica de que, a partir de um determinado momento, e por motivos de paz jurídica, ponha-se fim à dúvida e à luta pelo Direito que se busca no caso concreto, excetuando-se os casos de afronta à Constituição Federal.

Defende Siqueira (2006, p. 46-47):

Quanto aos atos jurisdicionais, a segurança jurídica revela-se, em regra, na coisa julgada. A intangibilidade da *res judicata* é um subprincípio infraconstitucional inerente ao Estado de Direito na sua dimensão de garantia da certeza jurídica. Exceções à intocabilidade da coisa julgada existem e devem ter um fundamento material relevante, como ocorre no caso da afronta à Constituição.

Destaca Alexandre Sormani (2003)³⁰:

³⁰ SORMANI, Alexandre. Coisa julgada: a exegese do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição. Revista Consultor Jurídico. Extraído do site: www.conjur.com.br/static/text/4931, acesso em 27 de agosto de 2008.

Mas não seria um paradoxo estabelecer a proteção constitucional de uma coisa julgada que trouxesse em si uma inconstitucionalidade? Sabe-se, ao menos pela interpretação jurídica, que há uma harmonia sistêmica do ordenamento jurídico e o princípio da unidade da Constituição a confirma. Portanto, não é concebível, a princípio, que a Constituição proteja a coisa julgada que traga consigo uma decisão contrária à própria Constituição. (...)

Se a ordem jurídica é um todo sistêmico, e no estado de direito a Constituição, na concepção jurídica, é a lei de superioridade hierárquica, nota-se que cumpre a esta harmonizar a ordem jurídica, conferindo validade no sistema àqueles atos a ela compatíveis e negando validade aos contrários.

Logo a segurança jurídica corresponde à estabilidade da Constituição e dos atos que a realizam. (...)

Invocando o sistema brasileiro vigente, deve-se atenuar a afirmação de que a defesa do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada decorre da segurança jurídica.

Esta afirmação é verdadeira em termos. Realmente só haverá direito adquirido e ato jurídico perfeito se compreendidos sob a égide de um ordenamento constitucional. Mas a coisa julgada necessariamente assim não será, pois pode ser edificada com base em regras contrárias à Constituição, razão pela qual evidentemente, não poderá ser fruto de um princípio que tem assento na Constituição. Isto seria um paradoxo.

Logo, ter-se-á coisa julgada decorrente de sentença que se fundou em regra contrária à Constituição.

E arremata Sormani (2003)³¹, traçado uma diferenciação entre segurança jurídica e certeza do direito para em seguida concluir sua exposição, conforme se observa:

A lei processual, todavia, preconiza instrumentos para desfazer a coisa julgada e realizar a segurança jurídica, porém, se houver a coisa soberanamente julgada, da qual não cabe ação rescisória, revisão criminal, habeas corpus, nem outros meios, não existirão instrumentos capazes para a realização da segurança jurídica.

Neste caso, a regra contrária à Constituição permanecerá como tal, já que não se derogou a segurança jurídica, mas não existirão meios previstos no ordenamento para que esta regra seja expulsa do sistema, realizando o princípio referido plenamente. Há aqui um choque axiológico: preferiu-se a manutenção da decisão judicial ao ordenamento constitucional.

Aqui se mostra a importância da distinção entre segurança jurídica e certeza do direito. A coisa soberanamente julgada, ao tornar imutáveis os efeitos de uma sentença de mérito, confere a certeza jurídica aos seus destinatários, mas, como visto, necessariamente não estará conforme a segurança jurídica.

Em conclusão, a Constituição não quis proteger qualquer decisão judicial acobertada pelo manto da coisa julgada, mas somente aquela de conteúdo compatível com a Constituição. No caso de uma coisa julgada inconstitucional, é possível, pelos instrumentos fornecidos pelo ordenamento jurídico a sua desconstituição. Se não houver previsão de instrumentos jurídicos para a destituição da coisa julgada inconstitucional, verificar-se-ia uma deficiência na implementação do princípio da segurança jurídica, mas não que a coisa julgada inconstitucional é uma decorrência deste princípio.

Efeito prático disto no Brasil é que a lei pode perfeitamente criar novos meios jurídicos de desconstituição da coisa julgada inconstitucional, sem afronta ao mencionado dispositivo constitucional.

Isso posto, a violação ao texto constitucional é, a rigor, a violação à própria segurança jurídica; é a violação ao Estado de Direito. E, partindo-se da premissa que a segurança jurídica repousa no respeito à Constituição Federal, se houver ofensa a ela, deverá haver instrumentos hábeis para combater tal agressão.

2 RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À COISA JULGADA POR INCONSTITUCIONALIDADE

2.1 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE RESTRIÇÃO E SUA APLICAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inaugurando este capítulo, denota-se de suma importância apresentar, a questão da restrição aos Direitos Fundamentais. Uma vez que, no presente trabalho, parte-se da premissa de que o direito fundamental à coisa julgada é passível de restrição, quando há formação de “coisa julgada inconstitucional”, permitindo-se, com isso, sua desconstituição.

Assevera Barroso (2004, p. 107) que a Constituição Federal, embora seja uma lei e como tal deva ser interpretada, merece uma apreciação própria dentro do sistema, em razão das peculiaridades inerentes às suas normas, tais como a superioridade hierárquica; a natureza da linguagem; o conteúdo específico e o caráter político. Dentre elas, a superioridade hierárquica é a mais importante, conforme enfatiza o autor (2004, p. 107):

A superioridade jurídica, a superlegalidade, a supremacia da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravier seu sentido. Essa supremacia se afirma mediante os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade.

E adiante, destaca Barroso (2004, p. 112), assumindo não ser possível evitar os demais fatores de influência na interpretação constitucional. Assim afirma:

(...) não é possível neutralizar inteiramente a interferência de fatores políticos na interpretação constitucional. A racionalidade total, como bem percebe Hesse, não é atingível no direito constitucional. Isso não significa que se deva renunciar a ela, mas sim, buscar ‘racionalidade possível’. A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões judiciais proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte

Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum. Mas somente pode agir dentro dos limites e das possibilidades abertas pelo ordenamento. Contra o direito o juiz não deve decidir jamais. Em caso de conflito entre o direito e a política, o juiz está vinculado ao direito.

No tocante à interpretação constitucional propriamente dita, Barroso (2004, p. 124) cuida de discorrer sobre os métodos ou elementos clássicos de interpretação, afirmando ser esta um fenômeno múltiplo sobre o qual exercem influência o contexto cultural, social e institucional, a posição do intérprete e a metodologia jurídica. E complementa:

Os métodos clássicos de interpretação remontam ao magistério de Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito, e que, em seu *Sistema*, de 1840, distinguiu, em terminologia moderna, os métodos gramatical, sistemáticos e histórico. Posteriormente, uma quarta perspectiva foi acrescentada, que foi a interpretação teleológica. Com pequena variação, este é o catálogo dos métodos clássicos da interpretação jurídica: gramatical, histórica, sistemática e teleológica.

Em seguida, passa o autor a analisar todos esses métodos interpretativos, chegando na interpretação sistemática, a qual será trazida para o presente estudo, pela relevância de sua aplicação sobre o tema proposto, qual seja a desconstituição da coisa julgada quando incompatível com a Constituição Federal .

Enfatiza Barroso (2004, p. 136)

Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital.

O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas.

E finaliza Barroso (2004, p. 136-137), suas considerações sobre a interpretação sistemática:

No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa idéia de unidade da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o princípio da unidade da Constituição, para o qual se abre um capítulo específico mais adiante. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta. Além dessa unidade interna, a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema. (...)

O mais amplo estudo sobre a interpretação sistemática do direito constitucional se deve a Pietro Merola Chierchia. Destaca ele a essencialidade da investigação sistemática na interpretação constitucional, em razão da lógica particular segundo a qual a Constituição é estruturada como complexo orgânico de disposições que se apresentam, em seu conjunto, como uma unidade. Segundo o autor italiano, deve-se reconhecer à interpretação sistemática uma posição de 'prioridade lógica com respeito aos outros critérios interpretativos'. No Brasil, a interpretação sistemática em matéria constitucional é frequentemente invocada pelo Supremo Tribunal Federal e desfruta, de fato, de grande prestígio na jurisprudência geral.

Além dos métodos interpretativos, conforme demonstrado alhures, importante destacar a existência de Princípios que condicionam a interpretação constitucional, tais como: supremacia da Constituição; presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público; interpretação conforme a Constituição; unidade da Constituição; razoabilidade e proporcionalidade; efetividade.

Dentre tantos, optou-se por trazer, em breves linhas, o princípio da interpretação conforme a Constituição, por ser o mais adequado, servindo, inclusive, como um dos fundamentos para a restrição à coisa julgada, mediante sua desconstituição, quando em desconformidade com a constituição.

Neste sentido, lembra Barroso (2004, p. 188):

A interpretação conforme a Constituição compreende sutilezas que se escondem por trás da designação truística do princípio. Cuida-se, por certo da escolha de uma linha de interpretação de uma norma legal, em meio a outras que o Texto comportaria. Mas, se fosse somente isso, ela não se distinguiria da mera presunção de constitucionalidade dos atos legislativos, que também impõe o aproveitamento da norma sempre que possível. O conceito sugere mais: a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo. É, ainda, da sua natureza excluir a interpretação ou as interpretações que contravenham a Constituição. À vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes:

- 1) Trata-se da escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha em harmonia com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita.
- 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto.
- 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição.
- 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico; mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

A coisa julgada é um Direito Fundamental da pessoa assegurado pela Constituição Federal do Brasil de 1988 e como tal deve ser garantida; entretanto, não se pode fechar os olhos para a interpretação constitucional, considerando seus mecanismos e princípios, conforme apresentados.

Desta forma coadunando os ensinamentos trazidos acima infere-se que sendo a coisa julgada constitucional, ou seja conforme os ditames da Constituição Federal, deve ser preservada como verdadeira expressão de um Direito Fundamental, ao revés, explicitando esta uma violação à Norma Constitucional, é contrária ao que propõe o próprio ordenamento jurídico, logo, deve ser restringida, mediante sua desconstituição.

No tocante às restrições aos Direitos Fundamentais, defende Gomes J. J. Canotilho (1993, p. 601) que a questão da limitação de direitos fundamentais é um dos mais importantes e complexos do direito constitucional, uma vez que alguns direitos constitucionalmente protegidos podem estar em conflito com outros bens ou direitos com idêntica proteção constitucional, impondo-se, assim, uma ponderação de bens e direitos, tendo-se por objetivo a obtenção, se possível, de uma concordância prática entre os vários bens e direitos protegidos jurídico-constitucionalmente.

A restrição a um direito fundamental é a limitação ou diminuição da esfera material de determinada norma, de forma a tornar mais estreito o núcleo protegido pelo dispositivo constitucional, interferindo diretamente no conteúdo do direito fundamental que aquela norma visa proteger.

Destaca Jairo Schäfer (2000, p. 54) que há duas espécies de restrições, a saber:

a) restrições **estrito senso**: restrições expressas na própria norma constitucional ou veiculadas através da lei infraconstitucional mediante autorização da Constituição; b) restrições iminentes: restrições que, embora não estejam expressamente descritas na Constituição, decorrem da idéia de sistema constitucional, os denominados limites iminentes aos direitos fundamentais.

E acrescenta Schäfer (2000, p. 55)

A concepção de restrição de um direito, a partir de uma teoria externa, adequada à concepção principiológica dos direitos fundamentais, sugere a suposição de que existem duas coisas distintas: o direito e suas restrições, estabelecendo-se entre estes dois elementos uma relação especial, qual seja, a da restrição. Esta relação não é indispensável à existência dos direitos fundamentais, mas decorre de uma necessidade externa ao direito, a de compatibilizar os direitos de diferentes indivíduos, como também os direitos individuais e dos bens coletivos, segundo Robert Alexy³². É imprescindível que o operador judiciário conheça o âmbito de proteção das normas constitucionais consagradoras dos direitos fundamentais. A admissibilidade teórica das restrições a direitos em um regime democrático é impositivo de caráter lógico, uma vez que a necessária convivência prática dos diversos direitos determina limitações recíprocas, evitando, com isso, que o exercício absoluto de pretensões possa gerar o próprio aniquilamento das esferas constitucionalmente protegidas.

Para Jane Pereira (2006, p. 194):

As restrições de direitos fundamentais são normas que estabelecem provações ou supressões de certas formas de exercício dos direitos que, partindo-se de uma interpretação ampliativa, estariam compreendidas no âmbito de proteção dos preceitos constitucionais que os consagram. Ao afirmar-se que as restrições são normas, cabe consignar que, como destaca Robert Alexy, “uma norma pode ser uma restrição de direito fundamental só se é constitucional”. Dessa forma, as restrições – para serem entendidas como tais – não de mostrar-se constitucionalmente legítimas. Ainda segundo Alexy, é imperioso distinguir as normas legais que estabelecem as restrições – dirigidas aos cidadãos – das normas que conferem competência ao legislador para estatuir restrições aos direitos fundamentais: ‘Através delas, o legislador fica autorizado a impor restrições a direitos fundamentais. A competência do legislador corresponde a sujeição do titular de direitos fundamental’. Nessa perspectiva, as reservas legais apostas a certos direitos fundamentais não são restrições, mas apenas estabelecem e fundamentam “a possibilidade jurídica de restrições”, que afinal serão estabelecidas pelos ‘sujeitos constitucionais’ competentes. Embora seja certo que, a partir da perspectiva do titular do direito, as reservas legais “tem algo de restringente”, essa natureza restringente é apenas “potencial e mediata”.

E acrescenta Pereira (2006, p. 194-195)

³² ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 268.

A restrição poderá ser versada em lei geral ou ser produto da interpretação jurídica levada a efeitos pelo Judiciário. Ou seja, ela pode surgir não apenas em abstrato, no ato legislativo, mas pode também aparecer no momento aplicativo. No plano hermenêutico, a restrição será toda interpretação e aplicação do direito “que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”.

Vê-se, assim, que o conceito de restrição liga-se à dimensão negativa da norma de direito fundamental. O aspecto positivo do direito corresponde a seu “âmbito de proteção”, que há de ser identificado mediante interpretação extensiva. O âmbito de proteção compreende a parcela da realidade correlativa aos bens tutelados pelos direitos fundamentais, ou, em outras palavras, é o conjunto de condutas, estados de coisas e posições jurídicas que, por serem necessárias para tutela dos bens jurídicos inerentes aos direitos fundamentais, não de ser cobertas pelos efeitos da norma jurídica que o consagra.

Assim, constata-se que o problema da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, como restrição ao direito fundamental da coisa julgada, perpassa pela questão da constitucionalidade, conforme se afirma ao longo do trabalho. O Princípio Constitucional deve ser respeitado, antes de se levantar qualquer outro, logo, não há que se falar em respeito ao direito fundamental à coisa julgada, se esta mesma coisa julgada é desconforme a constituição, sendo, perfeitamente possível sua restrição, culminando com a desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

2.2 ADEQUAÇÃO TERMINOLÓGICA

Neste momento do estudo, indispensável se denota aludir a algumas premissas conceituais, indispensáveis para a compreensão do real significado da expressão “desconstituição da coisa julgada inconstitucional”, conforme será apresentado a seguir.

De acordo com o conceito de coisa julgada que se optou por adotar, tal qual destacado no primeiro capítulo deste trabalho, qual seja, trata-se de um direito fundamental definido como a qualidade de imutabilidade que recai sobre o comando contido na sentença, não se confundindo com o próprio conteúdo desta, com seus fundamentos ou com o dispositivo que transitará em julgado.

Por assim dizer, a coisa julgada, como qualidade, nunca poderá ser inconstitucional, mas somente a sentença trânsita em julgado pode ter essa característica. Ou seja, com rigor técnico, a nomenclatura correta não seria “coisa julgada inconstitucional”, e sim, “sentença trânsita em julgado inconstitucional”.

Oportuno esclarecer que, embora pareça haver consciência por parte da doutrina quanto ao “equívoco” terminológico, tal imprecisão não é suficiente para substituir a denominação amplamente divulgada e utilizada de “coisa julgada inconstitucional”.

Isto posto, feitos os devidos esclarecimentos e com fundamento na própria doutrina, optamos por manter a referida nomenclatura no presente estudo, mesmo cientes de sua impropriedade, no intuito de manter coesão com os autores que tratam do referido tema.

No mesmo sentido afirma Geovany Jevaux (2006, p. 172):

Se alguma falha se encontra abrigada pela coisa julgada, seu lugar de origem está na sentença, de modo que é a sentença, como ato processual, que pode ser acusada de inconstitucionalidade ou de injustiça, e não a coisa julgada, que não passa da qualidade imutável com que abraça a sentença de mérito não mais sujeita a recurso.

Adverte Talamini (2005, p. 404) que, quando se alude a “coisa julgada inconstitucional”, tem-se em vista uma “inconstitucionalidade” que reside na própria sentença: está pressuposta ou situada no *decisium*, ou dele é um reflexo – e a coisa julgada só faz perpetuar esse comando. A rigor, trata-se de “sentença inconstitucional” revestida de coisa julgada.

Por derradeiro, enfatiza ainda o referido autor, expondo as razões que levam a doutrina a utilizar aquela terminologia tão difundida, numa tentativa de fundamentar suas razões (2005, p. 405):

Compreende-se também alusão á “coisa julgada inconstitucional”, em vez de “sentença inconstitucional”, porque é nesses casos que se põe o impasse de maior gravidade: a coisa julgada proíbe a cassação ou revisão da sentença, assim como, nos limites objetivos e subjetivos em que vigora, desautoriza qualquer outro comando que lhe contraponha. Daí que a primeira utilidade da expressão “coisa julgada inconstitucional” está em enfatizar o cerne da questão: em que medida a garantia

constitucional da coisa julgada deve prevalecer quando está conferindo estabilidade, “imunidade”, a um pronunciamento incompatível com outros valores e normas constitucionais?

A expressão reveste-se ainda de uma segunda relevância sistemática: presta-se a deixar claro que toda e qualquer discussão sobre quebra da coisa julgada só é legítima se norteadas por parâmetros constitucionais.

Outra premissa terminológica que merece ser trazida à baila refere-se ao termo mais adequado para nomear o fenômeno que permite a rescisão da sentença trânsita em julgado inconstitucional (ou coisa julgada inconstitucional, como demonstramos acima) mesmo depois de esgotado o prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória, por meio de instrumentos próprios, conforme se demonstrará ao longo deste estudo.

Verifica-se, ao compulsar a doutrina, especialmente a nacional, constante utilização do termo “relativização” (no contexto da “relativização” da coisa julgada). No entanto, não parece ser essa a melhor denominação, com base no fundamento de que só seria possível relativizar o que é absoluto; idêa esta, vale dizer, incompatível com defesa da não eternização da coisa julgada contaminada pelo vício da inconstitucionalidade e também defendida neste estudo.

Para o mesmo ponto dirigem-se as críticas de Nelson Nery (2004, p. 505) quando este afirma que o que se pretende, na verdade, é a desconsideração da coisa julgada em algumas situações excepcionais, de forma que o uso da expressão “relativização” seria mero eufemismo.

Insta destacar, ainda, as lições de Barbosa Moreira (apud RAMOS, 2007, p. 73):

A crítica mais percuciente, todavia, à expressão “relativização” da coisa julgada para identificar as propostas doutrinárias de revisão da sentença mesmo quando já vencido o prazo da ação rescisória foi feita por Barbosa Moreira. Segundo o grande processualista, quando se propõe a relativização de algo, “logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um *absoluto*: não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo”.

Completando seu raciocínio, destaca o professor Barbosa Moreira que a coisa julgada, em nosso ordenamento jurídico-processual, está longe de ser um valor absoluto, apontando a existência da ação rescisória, no processo civil, e da revisão criminal, no processo penal, instrumentos que se destinam, fundamentalmente, “à eliminação da coisa julgada”. Assim, conclui que “o que se pode querer – e é o que no fundo se quer, com dicção

imperfeita – é a ampliação do terreno ‘relativizado’, o alargamento dos limites da ‘relativização’”.

Pelas razões acima apontadas, optamos por utilizar o termo “desconstituição” ao invés de “relativização”, que, mesmo adotado por grande parte da doutrina pátria, não nos parece o mais adequado para denominar o fenômeno da forma como se pretende abordar.

2.3 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL, INJUSTA E ILEGAL

Buscando-se, ainda, uma melhor delimitação do objeto do presente estudo, mister se faz a distinção entre coisa julgada inconstitucional, ilegal e injusta, em conformidade com o que dispõe a doutrina sobre o assunto. Adverte-se, contudo, que a intenção de diferenciar as três acepções acima referenciada, não é, definitivamente, de ampliar o objeto de estudo. Ao contrário, busca-se ilustrar o presente estudo, sem perder o foco no objeto central. Assim, embora referenciado neste tópico, a coisa julgada injusta não faz parte do corte metodológico do presente trabalho!

Valemo-nos, em especial do autor português Paulo Otero, cuja preocupação e enfrentamento da problemática enfocada na obra denominada ‘Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional’, servem de base teórica para tantos autores que lhe sucederam no debate do tema ora proposto.

Paulo Otero, conforme se verifica abaixo, admite que o tema do controle dos atos do Poder Judiciário desconformes à Constituição tem sido raramente suscitado na doutrina, ao passo que as atenções jurídicas têm estado voltadas para a desconformidade constitucional dos atos do Poder Legislativo e para a ilegalidade dos atos da Administração.

É como afirma o autor (1993, p. 9):

[...] os Tribunais, como quaisquer outros órgãos aplicadores do Direito, são passíveis de produzir atos desconformes com a Constituição (...). O presente ensaio visa questionar uma certa idéia de impermeabilidade das

decisões do poder judicial, tentando efetivar a subordinação de tais atos jurídico-públicos ao princípio da constitucionalidade. (...)num Estado de Direito material, tal como a lei positiva não é absoluta, também o não são as decisões judiciais. Absoluto, esse sim, é sempre o Direito ou, pelo menos, a idéia de direito justo.

Nessa ótica, destaca Otero (1993, 60-61) que a sentença violadora da vontade constituinte não se mostra passível de encontrar um mero fundamento constitucional indireto para daí retirar a sua validade ou, pelo menos, a sua eficácia (processual ou substantiva) na ordem jurídica como caso julgado.

Pelas palavras de Otero (1993, p. 61):

Na ausência de expressa habilitação constitucional, a segurança e a certeza jurídicas inerentes ao Estado de Direito são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional. Na realidade, a certeza e a segurança são valores constitucionais passíveis de fundar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição. Todavia, tais valores carecem de força positiva autônoma para conferir validade a actos jurídicos inconstitucionais.

Por outro lado, ressalta Paulo Otero (1993, p. 60) não ser difícil compreender que a sentença ilegal possa consolidar na ordem jurídica, ou seja, tenha eficácia, uma vez que o poder judicial tem uma legitimidade jurídico-constitucional idêntica ao poder legislativo, sendo ainda, afinal, a própria Constituição que serve de fundamento último à força de caso julgado de tais decisões ilegais.

E complementa o referido autor(1993, p. 60):

A eficácia do caso julgado ilegal não constitui expressão de uma regra de competência dos tribunais, antes representa a solução de uma violação pelos tribunais de regras legais definidoras, em última análise, de um equilíbrio entre a esfera de acção do poder legislativo e do poder judicial. Com efeito, a lei, estabelecendo previsões e estatuições nas suas regras, deixa para os tribunais a subsunção dos casos concretos ao estabelecido de forma geral e abstracta, o que envolve delicadas operações de interpretação, valoração e integração, tanto maiores quanto menor for a densidade reguladora ou a determinabilidade conceitual utilizada pelas próprias normas. Porém, o que não pode o tribunal fazer é afastar a estatuição legal válida, substituindo-a por uma outra, seja por erro ou pura arbitrariedade de escolha de uma solução que considere mais conveniente ou oportuna fora da margem de liberdade permitida por lei para a resolução daquele caso concreto. Deste modo, deve-se entender que são ainda os valores subjacentes ao princípio constitucional do Estado de Direito (segurança, estabilidade e certezas jurídicas) que fundamentam a eficácia do caso julgado fundamentado em decisão judicial violadora do direito ordinário.

Conclui Otero (1993, p. 61), defendendo que a diversidade de tratamentos dispensados à coisa julgada ilegal e inconstitucional encontra também justificativa a partir da separação de poderes, pelos fundamentos a seguir transcritos:

O que verdadeiramente está em causa nas decisões judiciais inconstitucionais não é a violação de uma vontade jurídica dotada de idêntica legitimidade constitucional, tal como sucede nas decisões judiciais violadoras do direito infraconstitucional: os tribunais são titulares de um poder constituído e não constituinte; o poder judicial detém uma soberania exercível nos quadros da Constituição, não podendo criar decisões sem fundamento directo ou em oposição ao preceituado na Lei Fundamental.

Humberto Theodoro Jr., em conjunto com Juliana Cordeiro (2002, p. 43), registra o seguinte:

Assim, nos sistemas jurídicos em que não há expressa ressalva da CF, é inafastável a conclusão de que a tutela da coisa julgada e da imutabilidade que lhe é inerente pressupõe, via de regra, o atendimento do princípio da constitucionalidade [...].

Nesta seara, insta destacar que as normas infralegais devem guardar total pertinência com a Constituição Federal do País, uma vez que densificam um direito fundamental nela estabelecido.

A Constituição Federal brasileira de 1988 acolheu o entendimento doutrinário de que a motivação das decisões é colocada no plano dos Direitos Fundamentais, de ordem pública, inferindo-se dela a idéia de garantia e controle extraprocessual, para servir de elemento de aferição, no caso concreto, da imparcialidade do juiz, da legalidade da decisão, efetividade do contraditório e observância do devido processo legal.³³

No mesmo sentido, ressalta Teori Zavascki (1999, p. 107-108), ao referir-se à concessão de medida de natureza provisória:

...ao decidir pedido de concessão de medida provisória, o juiz estará formulando regra de conformação de direitos fundamentais em conflito, e, conseqüentemente, estará (ou poderá estar) impondo limitações ao direito à segurança jurídica ou a efetividade da jurisdição. Isso, por si só, é motivo mais que suficiente para que indique “de modo claro e preciso as razões do

³³ Para aprofundar o estudo, verificar Ada Pellegrini Grinover, invocando as lições de Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe em “O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros, AJURIS, nº 50, p. 7-8.

seu convencimento”, expressamente recomendado no § 1º do art. 273 do Código de Processo Civil. O mesmo cuidado deverá ter, evidentemente, quando indeferir o pedido, até porque o dever de fundamentar as decisões judiciais é imperativo constitucional (art. 93, IX, da CF).

E acrescenta Zavascki (1999, p. 108):

Por outro lado, ao decidir incidente o juiz estará exercendo juízo vinculado e não discricionário. Não há discricionariedade nesse campo, e sim estrita vinculação à Lei e à Constituição. Aliás, conforme observou Juarez Freitas³⁴, mesmo em relação aos chamados “atos discricionários”, “...o administrador, em realidade, jamais desfruta da liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com os princípios constitucionais do sistema, ainda que sua atuação guarde – eis o ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita do que na concretização dos atos ditos plenamente vinculados. Em outras palavras, qualquer ato discricionário que se torne lesivo a qualquer um dos princípios pode e deve ser anulado. De modo que, presentes os pressupostos do art. 273 do Código de Processo Civil, é dever do juiz deferir o pedido, assim como, em caso contrário, imperativa será a decisão denegatória (...)

E conclui Zavascki (1999, p. 108):

(...)Não custa salientar, mais uma vez, que o que está em jogo, em incidentes dessa natureza, são direitos constitucionais fundamentais, cuja garantia não pode ficar sujeita nem ser objeto de disposição arbitrária de quem quer que seja, principalmente do juiz, cuja missão é a de zelar pela efetividade dos direitos.

Numa outra classificação, reconhece a doutrina a coisa julgada injusta, ou seja, que também pode haver sentença trânsita em julgado injusta, conforme defende Geovany Jevaux (2006, p. 193), que passa a brindar-nos com a conceituação a seguir transcrita:

Injusta é a sentença trânsita que não mais se justifique discursivamente diante de algum direito fundamental contraposto ou que represente obstáculo à realização de outro direito fundamental de melhor ponderação. Dado que a sentença trânsita tem caráter de regra enquanto direito objetivo e caráter de princípio enquanto direito fundamental subjetivo, segue-se que, nesse segundo plano, pode ela colidir com outro direito fundamental, ficando pois, sujeito à máxima da proporcionalidade.

E acrescenta Jevaux (2006, p. 195), buscando uma exata definição para o fenômeno da coisa julgada injusta que se demonstrou existir:

³⁴

Juarez Freitas, Estudos de direito administrativo, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 113.

[...] não se discute se a sentença viola a Constituição na sua aplicação ou interpretação direta ou na análise de uma lei ou ato normativo infraconstitucional, mas que o direito reconhecido colide com outro direito ponderável, apesar de trânsito em julgado.

Nelson Nery Júnior (2004, p. 505), embora se apresentando como um crítico da desconstituição da coisa julgada, seja ela injusta ou inconstitucional, também reconhece haver certa tendência de setores da doutrina e da jurisprudência de *desconsiderar* essa mesma coisa julgada sob dois argumentos básicos: a) coisa julgada injusta: se a sentença tiver sido justa, faria coisa julgada; se tiver sido injusta, não terá feito coisa julgada; b) coisa julgada inconstitucional: se a coisa julgada for inconstitucional, não poderá prevalecer.

A sentença trântisa em julgado inconstitucional e a sentença trântisa em julgado injusta tratam-se de institutos diversos, embora conduzam à mesma conseqüência jurídica, qual seja: levar a desconstituição da coisa julgada. A principal diferença entre ambas, é que enquanto aquela está no plano das regras e encontra-se no plano da validade, esta diz respeito à colisão de princípios, encontrando-se no plano do peso atribuído àquele princípio.

Carlos Valder do Nascimento (2005, p. 64) também defende a “inconstitucionalidade da decisão injusta” e, para tal, busca estabelecer as hipóteses que, esvaziadas do sentimento de justiça da sentença transformada em coisa julgada, podem determinar sua “relativização”. Utilizam-se, entretanto, as hipóteses recentemente positivadas pelo Código de Processo Civil brasileiro nos arts. 475-L, §1º³⁵ e 741, parágrafo único CPC,³⁶ numa tentativa magna de ampliar, sobremaneira, a dicção restrita do

³⁵ Art. 475-L – A impugnação somente poderá versar sobre:

[...];
II – a inexigibilidade do título;
[...];

Parágrafo 1º - Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considerar-se-á também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado 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.

³⁶ 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, considerar-se-á também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado 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.

legislador, para além da simples inconstitucionalidade, para passar a abranger também os casos de “injustiça”.³⁷

Ressalta Nascimento (2005, p. 65-66):

O restabelecimento dos cânones de justiça torna-se necessário, para que o direito seja o apanágio iluminador da ação empreendida pelo Poder Judiciário. De nada adianta essa forma de fazer justiça que, para consolidar uma situação jurídica, dá como definitiva uma decisão injusta, adornando-lhes os contornos de definitividade. Não é desse modo que se constrói a estabilidade social, mas com demonstração inequívoca de que a sentença iníqua não pode prevalecer em detrimento da moralidade que deve presidir as atividades inerentes as funções constitucionais do Poder da República.

O mais sensato é demonstrar de modo cabal que é a coisa julgada – quando desprovida de qualquer resquício moral em nome do qual o direito deve ser rechaçado, porquanto não contribui de forma alguma para a segurança jurídica – muitas vezes invocada pelos processualistas conservadores, sob pretexto de pôr fim, a qualquer preço, à demanda judicial sem se importar com o resultado a ser alcançado.

Percebe-se o esforço da doutrina em reconhecer, da forma mais ampla possível, a possibilidade de desconstituição da coisa julgada nos moldes até aqui apresentados, superando a ilusão positivista, que prevalecia, e permitindo-se afirmar ser inconcebível um direito dissociado de realidade da vida, alheio aos valores que lhe dão sustentação.

No mesmo sentido, conclui Machado (2005, p. 96-97):

Portanto, sustentável é, juridicamente, a relativização da coisa julgada material, pelos seguintes motivos: não é crível, num Estado Democrático de Direito, eternizar decisão judicial inconstitucional em prol da imutabilidade absoluta da coisa julgada quando um valor ou direito maior, garantido pela Constituição foi, está sendo, ou será, frontalmente violado pelo referido ato judicial; os atos dos poderes Executivo e Legislativo podem ser revistos e declarados inconstitucionais a qualquer tempo; logo, as decisões judiciais, inclusive as já transitadas em julgado, também o devem ser; assim como uma lei inconstitucional é nula, uma sentença que ofende a Constituição da República e seus princípios não pode ser considerada ato jurídico válido, mas nulo, o que impede (...); finalmente, admitir que a coisa julgada inconstitucional convesça no tempo, tornando-se soberanamente transitada em julgado, seria o mesmo que dar a ela, importância maior que a própria Constituição da República.

³⁷ Embora pareça-nos tentador discorrer sobre a coisa julgada injusta, optamos por não fazê-lo no presente estudo, em especial, pela grandiosidade (e vagueza) do termo “justiça”.

É de notar que a proposta central do presente estudo, qual seja, a desconstituição da coisa julgada, não se aplica à coisa julgada por ofensa à literalidade da lei, pois conforme também adverte Machado (2005, p. 96) esta não viola a Constituição, e sim, alguma norma infraconstitucional, de forma que, aqui, os princípios constitucionais da segurança e certeza jurídicas tornarão imutáveis os efeitos da sentença transitada em julgado, mesmo que com o referido vício.

Se assim não fosse, estaria comprometida a própria existência da coisa julgada, uma vez que toda e qualquer decisão transitada em julgado passaria a poder ser questionada eternamente, atingindo estabilização das relações jurídicas e pacificação social, fundamentos da coisa julgada e iria de encontro ao que se pretende demonstrar.

2.4 LEI INCONSTITUCIONAL X COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL³⁸

Outro importante ponto a ser abordado, ainda no contexto conceitual, refere-se à diferenciação entre Lei inconstitucional e coisa julgada inconstitucional, no intuito de deixar claro ao leitor tratar-se de atos estatais diversos, embora ambos configurem manifestação de funções do Estado no exercício de sua soberania, colocando-os na posição de objetos de controle pelo Poder Público.

Por constitucionalidade/inconstitucionalidade tem-se a vinculação (ou a não vinculação) entre a constituição e um comportamento “que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido” (MIRANDA, apud NASCIMENTO, 2005, p. 62). Ou seja, trata-se da inconstitucionalidade do não-cumprimento da Constituição, por ação ou omissão dos órgãos do Poder Público.

E assevera Nascimento (2005, p. 62-63):

³⁸ A palavra “Lei” vem colocada no sentido amplo da expressão, incluindo as leis e atos normativos passíveis de controle de constitucionalidade.

Partindo-se da premissa básica de que o juízo de valor é determinado na qualificação da inconstitucionalidade, deve-se pautar, pois, em elementos fundantes da ordem constitucional. Se é certo asseverar que nessa linha incorporam-se os critérios de justiça, moralidade, igualdade, ela há de ser compreendida tomando-se por referência esses valores no plano maior da dignidade da pessoa humana. [...].

Prima facie o princípio da constitucionalidade é que conforma o Estado Democrático, determinante da submissão dos atos do poder político ao direito. Dessa realidade não pode fugir o ato jurisdicional que, por isso mesmo, não pode se contrapor aos valores jurídicos tutelados pela Constituição, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, em razão de sua incompatibilidade com o sistema normativo superior. [...].

A inconstitucionalidade não é matéria adstrita às lides processuais, cujo desate situa-se no plano da competência, o que exige ao intérprete atenção desdobrada ao texto da Constituição. Configura, pois, questão prejudicial que põe o juiz no campo do Direito Constitucional, fornecendo os elementos para dizer sobre a norma infringida.

Por assim dizer, o ordenamento jurídico oferece todos os elementos necessários à compreensão do exame do controle das atividades desenvolvidas pelo Estado, por meio de de suas funções típicas (administrativa, legislativa e judicial), cujos atos emanados devem obedecer fielmente aos preceitos (explícitos e implícitos) da Constituição Federal. Trata-se da submissão ao Princípio da Constitucionalidade, reconhecido como base fundamental do Estado Democrático de Direito.

Paulo Otero (1993, p. 31), discorrendo acerca do controle dos atos do Poder Público, afirma que a Constituição³⁹ apenas garante mecanismos de controle jurisdicional de todas as normas (legislativas e regulamentares) feridas de inconstitucionalidade e de todos os atos administrativos ilegais. Entretanto, ficam excluídos de quaisquer mecanismos de fiscalização da sua validade constitucional os atos políticos e os atos jurisdicionais. Os atos políticos ainda encontram sempre (ou quase sempre) mecanismos também políticos de controle, ao contrário dos atos jurisdicionais, que carecem de qualquer garantia de controle. De acordo com o autor, o direito português é processualmente incompleto quanto aos meios de garantia da Constituição.

No Brasil, os argumentos em prol da possibilidade de controle dos atos jurisdicionais, como manifestação da soberania do Estado, vêm muito bem retratados nas palavras de Nascimento (2002, p. 4), que esclarece:

³⁹ O autor pautar sua análise exclusivamente no Direito Português, entretanto, diferente não é a situação no Direito nacional. O que torna as palavras de Otero precisas também para nós.

Sendo certo que as decisões jurisdicionais configuram atos jurídicos estatais, posto reproduzir a manifestação da vontade do estado, sua validade pressupõe estejam elas em consonância com os ditames constitucionais. Por esse motivo, não se pode convalidar sua inconstitucionalidade, visto ser improvável abrir mão de mecanismos susceptíveis de permitir a efetivação de modificações imprescindíveis ao seu ajustamento aos cânones do direito constitucional.

E acrescenta o supracitado autor (2002, p. 3-4):

Decerto, o Poder judiciário há de moldar-se ao modelo de Estado de Direito, de sorte que “esse regime só pode ser a admissibilidade de controle das referidas decisões com fundamento em inconstitucionalidade e a sua inerente modificabilidade”. (...) por outro lado, o poder judicial, repita-se uma vez mais, não é um poder constituinte paralelo de feitura da constituição, antes se apresenta como poder constituído tal como o poder legislativo ou o administrativo. Em conseqüência a rejeição destes dois últimos poderes ao controle da conformidade jurídica de seus *actos* com o princípio da constitucionalidade não pode ser acompanhado de um estatuto diferenciado para as decisões judiciais violadoras da Constituição, em especial se estas são proferidas por tribunais sujeitos a uma ordem jurisdicional de recurso das respectivas decisões.

Assevera, ainda, Nascimento (2002, p. 4) que o Poder judiciário não detém soberania e, como tal, não se pode justificar o mito da intangibilidade da função jurisdicional, enquanto manifestação do exercício da atividade estatal. Uma vez que ela é uma decorrência do poder político que, na perspectiva de Clèmerson Merlin Clève (*apud* NASCIMENTO, 2002, p. 4), é indivisível, tendo o povo na sua titularidade, que não se divide senão em face do Poder Constituinte que torna efetiva a distribuição de diferentes funções a se compor na estrutura que dá corpo à organização político-administrativa do Estado.

No entanto, os atos do Poder Legislativo são apenas uma das formas de se agredir a Constituição Federal, tal qual os atos do Executivo e do Judiciário. Este detém a prerrogativa de produzir a coisa julgada, que deve, entretanto, se amoldar ao modelo do Estado Democrático de Direito, visto ser um ‘poder’ como qualquer outro que compõe a federação, independente, mas devendo respeito e harmonia aos demais “poderes”, não se sobrepondo e nem possuindo soberania independente.

No que tange à “Lei” inconstitucional, é oportuno destacar que Toda Constituição rígida, como é a Constituição Federal de 1988 do Brasil, traz como característica o

controle de constitucionalidade de suas leis. Assim, verificado o vício de inconstitucionalidade, pelo processo de elaboração legislativa a ser seguido (inconstitucionalidade formal) ou pelo conteúdo da norma em si (inconstitucionalidade material), nasce a necessidade de se atacar o ato viciado por meio dos métodos de controle de constitucionalidade.

No caso brasileiro, o referido sistema de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos é de natureza híbrida⁴⁰, por trazer a previsão e possibilidade de aplicação concomitante dos dois métodos de controle previstos, quais sejam, segundo Capelletti (1999, p. 67 e 75): difuso (de origem norte-americana, na solução do caso emblemático *Marbury X Madison*)⁴¹ e concentrado (surgido na Áustria, por obra de Hans Kelsen).⁴² É o que nos diferencia dos ordenamentos de outros Países, que optam por um método de controle específico, definindo-se como de controle concentrado ou difuso.

Ilustra Zavascki (1999, p. 225-226), expondo algumas diferenças entre a função jurisdicional típica do Judiciário e a desenvolvida no controle concentrado de constitucionalidade:

Se considerarmos os três elementos básicos da atuação do fenômeno jurídico – ou seja, a norma abstrata, o suporte fático de sua incidência e a norma individualizada (relação jurídica) que daí surge -, poderemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional exercida comumente pelo poder Judiciário na solução de conflitos de interesses concretizados e (b) a que se desenvolve nos processos de controle concentrado de constitucionalidade. No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar sobre o *suporte fático* e a *norma individualizada*, dirimindo controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou o modo de ser de direitos

⁴⁰ O Brasil acolheu os dois sistemas de controle em seu ordenamento jurídico, sendo o sistema concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, I, “a”, CF e o difuso atribuído à todos os órgãos do poder Judiciário, encontrando-se de modo implícito na Constituição Federal brasileira de 1988.

⁴¹ A história conta que a doutrina do controle judicial foi aplicada pela primeira vez no ano de 1803, por meio de uma sentença redigida por John Marshall, no *leading case* *Marbury x Madison*. O raciocínio de que se valeu o magistrado teve por base a fórmula criada por Alexander Hamilton. O argumento traçado foi de que nos casos de confronto entre uma lei e a Constituição, a norma constitucional (de uma Constituição rígida) prevalece sempre sobre a norma ordinária. O sistema difuso é aquele onde o poder de controle pertence a todos os órgãos do poder judiciário de um só ordenamento jurídico, no momento da decisão das causas de sua competência, incidentalmente, conforme leciona Capelletti.

⁴² O sistema concentrado é aquele em que o poder de controle se concentra em um único órgão judiciário. Este é o resultado de uma construção de Hans Kelsen, posta em prática com a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, segundo o mesmo autor.

subjetivos, de deveres ou prestações. (...) O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo do controle concentrado de constitucionalidade.

A tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada a controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade (CPC, art. 3º).

Importante a conclusão ofertada por Zavascki (1999, p. 247-248) quanto aos efeitos do controle de constitucionalidade relativamente às ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade quanto às liminares e em relação ao ajustamento das situações jurídicas concretas, nascidas na vigência e por influência de liminar supervenientemente revogada, senão vejamos:

I – Relativamente às ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade:

(a) desenvolvem-se mediante processo de caráter objetivo, visando tutelar a própria ordem constitucional, mediante a solução de controvérsias sobre a legitimidade da norma abstratamente considerada; (b) são ações de natureza dúplice, a significar que, qualquer delas, quando julgada no mérito, importa, conforme o resultado de procedência ou de improcedência, um juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo nelas questionado; (c) suas sentenças definitivas, de natureza declaratória, operam *ex tunc*, com eficácia contra todos e efeito vinculante;

II – Relativamente às liminares:

(a) podem ser deferidas tanto na ação direta de inconstitucionalidade, quanto na ação declaratória de constitucionalidade; (b) tem natureza antecipatória, consistente, na ação direta, em suspender a eficácia do preceito normativo atacado (com a restauração, se for o caso, da vigência da legislação anterior), e, na ação declaratória, na imposição da vigência da norma objeto da demanda; (c) têm eficácia contra todos e efeito vinculante, operando, em regra, *ex nunc*, salvo decisão expressa que lhes dê efeito retroativo; (d) têm reflexos sobre os processos em curso envolvendo a mesma questão constitucional, que podem ser suspensos até a sentença definitiva na ação de controle concentrado (CPC, art. 265, I, a), ou, prosseguir, ficando o respectivo julgamento, neste último caso, submetido ao efeito vinculante da medida, o que torna dispensável, perante os tribunais, o incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 480 do CPC; (e) sua natureza provisória atinge, com idêntica marca de provisoriedade, todas as situações jurídicas nascidas sob sua influência, bem assim as sentenças, proferidas em casos concretos, que tenham atendido ao seu comando vinculativo; (f) confirmadas por sentença de procedência na ação de controle concentrado, cessa o estado de provisoriedade, consolidando-se definitivamente as situações de direito formadas sob seu pálio; (g) sua revogação tem eficácia *ex tunc*, assegurando aos interessados, que a cumpriram, a restauração do *status* jurídico primitivo, inclusive no que se

refere aos direitos, faculdades, ações e pretensões que poderiam ter exercido não fosse o comando impeditivo da liminar.

III – Relativamente ao ajustamento das situações jurídicas concretas, nascidas na vigência e por influência de liminar supervenientemente revogada:

(a) as que foram objeto de demanda judicial serão ajustadas no julgamento do respectivo processo, se ainda em curso na data da revogação da medida; ou, se já apreciadas por sentença transitada em julgado, mediante ação rescisória; (b) as demais, não submetidas a apreciação judicial, serão ajustadas na via extrajudicial ou, se for o caso, pelas vias jurisdicionais ordinárias, em demandas a serem promovidas pelos interessados; (c) em qualquer caso, observar-se-á, quanto à questão constitucional, a decisão de mérito proferida na ação de controle concentrado, se houver; (d) não tendo havido julgamento de mérito, o exame da constitucionalidade fica submetido a controle difuso, nas demandas ordinárias ou na ação rescisória antes referidas; (e) o período em que a liminar esteve em vigor não se computa no prazo de prescrição ou de decadência, inclusive no da ação rescisória, relativo a direitos, ações e pretensões cujo exercício ficou inibido pela eficácia vinculante da medida.

Quanto ao controle dos atos judiciais, o sistema brasileiro prevê a revisão das decisões do Poder Judiciário por meio de da Ação Rescisória (prevista nos artigos 485 a 495 do Código de Processo Civil – Lei 5.869/73) sujeita ao prazo decadencial de 2 (dois) anos, na esfera cível e da Revisão Criminal⁴³ (disposta nos artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 3.689/41), na esfera penal, sem prazo decadencial, podendo ser ajuizada a qualquer tempo desde que em favor do réu e obedecidos os requisitos próprios.

Posto isso, a Ação Rescisória se mostra como remédio legítimo para a proteção do indivíduo contra a coisa julgada inconstitucional, mas demonstra-se insuficiente, no mínimo, por 3 razões: a) encontra um limite temporal, devendo ser utilizada num lapso de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão, sob pena de decadência; b) Não é possível lançar mão da Ação rescisória quando a decisão ferir somente princípios, mesmo que constitucionais, pois o art. 485 do Código de Processo Civil é expresso ao conter a expressão: “violação de **literal disposição de lei**” (grifo nosso); c) Existem causas que não admitem ação rescisória, como as de

⁴³ No tocante à Revisão Criminal, é oportuno destacar que constitui um instrumento típico de desconstituição da coisa julgada que funciona, somente, em favor do réu, a teor da norma de vigência. E nisto reside seu grande problema, uma vez que trata-se de uma “via de mão única” que não permite à “sociedade” (cujos interesses são tutelados no juízo penal pelo Ministério Público) rever as decisões contra si proferidas, mesmo que eivadas de vício que a tornam inconstitucionais.

competência dos Juizados Especiais Cíveis, que, no art. 59 da lei de regência, determina: “ Não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituídos por esta Lei”.

Recentemente, houve a inclusão de dispositivos no Código de Processo Civil pátrio dos arts. 475-L, §1º ⁴⁴ e 741, parágrafo único⁴⁵, que passaram a prever, expressamente, a inexigibilidade do título judicial inconstitucional, por estar fundado em lei ou atos normativos declarados inconstitucionais ou em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição Federal, ambos, de aferição pelo Supremo Tribunal Federal. Buscou-se, com a novidade legislativa, uma suavização dos rigores da sentença inconstitucional em favor do Estado, naqueles casos específicos trazidos pelos dispositivos acima citados.

Assim, embora haja esforço do legislador em denominar a hipótese elencada como “inexigibilidade”, trata-se, na verdade, de desconstituição da coisa julgada pela inaplicação da referida sentença viciada de inconstitucionalidade. De fato, com a referida terminologia, parece ter o legislador levado a questão para o campo da eficácia, ou seja, a sentença inconstitucional permaneceria “viva” no mundo jurídico, mas, não seria exigível pelas partes da relação jurídica processual.

⁴⁴ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

[...];

II – inexigibilidade do título; [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

[...];

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#).

⁴⁵ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005).

[...];

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. (Vida Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001). [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#).

Desta forma, não obstante a sugestão legislativa apresentada, conforme referido alhures, o termo encontra-se inapropriado, por tratar-se de verdadeira hipótese de desconstituição da coisa julgada inconstitucional com previsão expressa no diploma processual civil brasileiro, para os casos específicos apontados no próprio dispositivo. Muito embora, advirta-se, venha a espelhar tratamento anti-isonômico que privilegia somente o devedor⁴⁶, seja ele pessoa física ou o Estado, não oferecendo ao credor, em situação idêntica, mecanismos legais próprios para atacar sentença inconstitucional.

2.5 PRINCIPAIS TESES SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Antes de adentrarmos nossa tentativa de sistematização dos mecanismos de desconstituição da coisa julgada inconstitucional a partir da natureza jurídica dos vícios da sentença transitada em julgado, necessário faz-se expor as concepções de alguns doutrinadores que enfrentaram o presente tema, bem como delimitar quais vícios podem conter a sentença para ser fadada de inconstitucionalidade e suas conseqüências para a relação jurídica e para a coisa julgada, buscando traçar um paralelo com as teses apresentadas a seguir.

Nesse intuito, é oportuno esclarecer, ainda, que a escolha dos doutrinadores ora selecionados não tem a pretensão de exaurir toda e qualquer discussão anteriormente travada. Visa-se, somente, exemplificar a abordagem do tema, a partir de vozes já respeitadas na comunidade jurídica, de forma a dar sustentáculo teórico às alegações que serão feitas.

⁴⁶ Nesse sentido ver GUERRA, Marcelo Lima. Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

2.5.1 Teses da doutrina estrangeira

2.5.1.1 A tese de Paulo Otero (Portugal)

O autor português Paulo Manuel Cunha da Costa Otero dedicou parte de sua inspiração no desenvolvimento da concepção sobre a coisa julgada inconstitucional, por meio de da obra clássica “Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional”, que até hoje fundamenta o estudo desse tema.

Otero parte da distinção entre inexistência e inconstitucionalidade das decisões judiciais, enfatizando que as meras aparências de atos judiciais não são reduzíveis ao conceito de inconstitucionalidade, mas seriam casos de mera inexistência jurídica. E salienta: “apenas as decisões judiciais com o mínimo de identificabilidade são passíveis de um juízo de inconstitucionalidade” (OTERO, 1993, p. 64).

No entanto, percebe-se ser no âmbito da “validade” que o autor localiza a questão da coisa julgada inconstitucional.

Salienta Otero (1993, p. 61) que a certeza e a segurança jurídicas inerentes ao Estado de Direito e fundamentos da perpetuação da coisa julgada, mesmo que inconstitucional, são insuficientes para fundamentar a validade de um caso julgado inconstitucional, na ausência de expressa disposição constitucional, de forma que, na verdade, a certeza e a segurança são valores constitucionais aptos a fundamentar a validade de efeitos de certas soluções antijurídicas, desde que conformes com a Constituição.

Ainda segundo o autor (1993, p. 61), o Princípio da Constitucionalidade determina que a validade de quaisquer atos do poder público dependa sempre da sua conformidade com a Constituição. É com base nisso que as decisões judiciais desconformes com a Constituição são inválidas e o caso julgado daí resultante também é, via de conseqüência, inválido, encontrando-se ferido de inconstitucionalidade.

Destaca Talamini (2005, p. 384) sobre a teoria de Otero:

Otero propõe o exame da questão em uma perspectiva que poderia ser qualificada como *estrutural*: ele procura desenvolver uma verificação de compatibilidade hierárquica entre a Constituição e as diferentes espécies de sentenças no direito português. Trata-se de um enfoque eminentemente técnico da questão. O cerne do ensaio de Otero não reside propriamente no confronto e ponderação de valores conflitantes. A sua preocupação nuclear está em definir critérios prévios e abstratos de admissão ou exclusão das “sentenças inconstitucionais” no sistema. Otero parte da premissa de que a coisa julgada não seria, em si mesma e na íntegra, protegida pela Constituição. Ele se prende ao teor literal da Constituição portuguesa para sustentar que apenas a coisa julgada da sentença civil que se fundou em norma posteriormente declarada inconstitucional é que estaria protegida pelo texto constitucional (pois o art. 282, 3, da Constituição portuguesa prevê expressamente que tais sentenças serão mantidas em caso de declaração de inconstitucionalidade da lei).

Otero (1993, p. 65) elenca três situações que denota relevantes para efeito da investigação da coisa julgada inconstitucional. São elas: a) a decisão judicial cujo conteúdo viola direta ou imediatamente um preceito ou um princípio constitucional, seja ela decisão individual ou normativa do tribunal Constitucional ou dos demais Tribunais; 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 a mesma é inconstitucional, sem que se verifique qualquer inconstitucionalidade da norma. Ou seja, de acordo com as alíneas “b” e “c”, as decisões judiciais que apliquem norma inconstitucional, tenha a mesma sido ou não objeto de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

Ao tratar o vício da decisão judicial geradora da coisa julgada inconstitucional no plano da validade, Otero (1993, p. 76) assume que “a inconstitucionalidade das decisões judiciais e sua conseqüente invalidade suscita também alguns problemas”, que se apresentam na seguinte ordem (1993, p. 76-77):

a) Em primeiro lugar, a invalidade de um acto jurídico não significa a ausência de produção de efeitos jurídicos. Por isso mesmo, as normas inconstitucionais produzem efeitos jurídicos até que a respectiva inconstitucionalidade seja judicialmente declarada, ainda que, reconheça-se, o princípio geral seja a destruição retroactiva dos efeitos produzidos.

Todavia, podendo a inconstitucionalidade de quaisquer normas ser apreciada ou declarada a todo o tempo, a questão que se pode colocar é saber se, tal como as normas inconstitucionais, também as decisões judiciais inconstitucionais nunca se consolidam na ordem jurídica, podendo a todo o momento ser destruídas judicialmente.

b) Em segundo lugar, uma resposta afirmativa à questão anteriormente colocada poderia limitar o alcance da noção de “trânsito em julgado” das decisões judiciais inconstitucionais. Afinal, bem vistas as coisas, essas decisões podendo a qualquer momento se objecto de destruição, daí se retiraria que nunca se consolidariam na ordem jurídica.

Porém não se pode dizer que a noção de caso julgado inconstitucional ficasse destruída. Também as decisões judiciais legais transitam em julgado. Apesar de poderem ser objecto de um posterior recurso extraordinário. Aliás, em processo penal, a revisão da sentença transitada em julgado é possível, mesmo que a pena se encontre prescrita ou cumprida.

c) Em terceiro lugar, admitida a eventual possibilidade de um recurso extraordinário atípico para todas as decisões judiciais inconstitucionais, a questão que imediatamente se suscitaria seria a do tribunal competente.

As perguntas oriundas das preocupações de Otero demonstram-se atuais, e as tentativas de respondê-las são diversas, consistindo, ainda, em um dos pontos de choque entre os defensores e opositores da teoria enfocada.

Em apertada síntese, de acordo com Otero, várias são as situações que ensejariam a desconstituição da sentença trânsita inconstitucional, entretanto, o autor demonstra em sua obra que, segundo a Constituição portuguesa, não seria inconstitucional sentença baseada em lei inconstitucional ainda não proclamada inconstitucional em controle concentrado de constitucionalidade. Assim, de acordo com o autor, a exceção confirmaria a regra segundo a qual sentença trânsita em julgado que ofende a Constituição é inválida, a menos que haja expressa ressalva em contrário.

Insta salientar a impressão de Siqueira (2006, p. 99), sobre a tese de Otero:

A coisa julgada inconstitucional é exceção à eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da norma e à natureza predominantemente declaratória das decisões gerais do Tribunal Constitucional. Esta ressalva está fundamentada na certeza e na segurança jurídica, corolários do Estado. Paulo Otero entende que sozinhos, porém, estes princípios não podem fundamentar tal exceção. Daí a exigência do art. 282, n. 3, 1ª parte da Constituição portuguesa.

O referido dispositivo seria, para o autor, uma norma de carácter excepcional (pois permite que um ato inconstitucional produza seus efeitos, ainda que com permissão constitucional). O princípio geral é a não ressalva de todas as restantes hipóteses de coisa julgada inconstitucional. O citado artigo constitucionaliza decisões judiciais aplicadoras de normas inconstitucionais, fazendo surgir um verdadeiro fenômeno de auto-derrogação constitucional ou auto-ruptura da Constituição. Esta disposição afasta o princípio de que a

validade de todos os atos do Poder Público depende de sua conformidade com a Lei Fundamental.

Diante de tal assertiva e considerando que, no direito brasileiro⁴⁷, não há tal ressalva e que foram introduzidos, recentemente, no ordenamento, dispositivos que possibilitam a “desconstituição” da coisa julgada, é possível chegar a duas conclusões, aceitando ou não a afirmação do autor português, senão vejamos:

Aceitar a tese de Otero – as alterações da Lei 11.232/2005 permitem a desconstituição dos títulos executivos judiciais que, mediante ação de Embargos (Fazenda Pública) ou impugnação incidente (demais condenados), frente a inexecutabilidade ou inexigibilidade, tenham transitado em julgado antes ou depois da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em que guardam fundamento.

Não aceitar a tese de Otero – a garantia constitucional da coisa julgada é um equivalente da regra da irretroatividade da lei (art. 5º XXXVI CF/88). Então, o controle concentrado também não poderia retroagir para atingir sentença trãnsita em julgado. Seguindo esta corrente, a lei 11.232/2005, na parte que autoriza a desconstituição dos títulos executivos judiciais civis, somente poderia ser considerada constitucional se aplicada a sentença que ainda não tenha transitado em julgado no momento da pronúncia de inconstitucionalidade ou das decisões interpretativas, em controle concentrado, e desde que a lei ou ato normativo ou a interpretação da Constituição sobre a qual se baseavam tenha sido sua base principal de sustentação.

Temos a considerar, sobre as proposições apresentadas, que, embora a primeira demonstre-se muito mais razoável que a subsequente, não são aqueles os únicos instrumentos hábeis à desconstituição da coisa julgada inconstitucional, conforme ficará demonstrado. Por outro lado, inaceitável nos parece a defesa da segunda

⁴⁷ A coisa julgada, no direito português, possui um tratamento diferente do conferido pelo direito brasileiro, de forma que as decisões judiciais transitadas em julgado, mesmo que fundadas em normas inconstitucionais, salvo a aplicação da lei penal em benefício do réu, não poderão ser desconstituídas.

hipótese, uma vez que se trata de uma interpretação restritiva de um direito fundamental, qual seja, a coisa julgada, o que é vedado pelo ordenamento pátrio.

A concepção desenvolvida e difundida por Paulo Otero admite o ataque frontal ao 'caso julgado' em desacordo com a Constituição, tendo por fundamento a supremacia constitucional, em especial nos princípios que norteiam o exercício das funções estatais. É indispensável, contudo, que as decisões judiciais reúnam requisitos mínimos de natureza formal e material, cuja identificação seja capaz de delimitar o campo de inconstitucionalidade apresentada, exigindo, ainda, a caracterização dos fatos violadores da Constituição, afastando, de plano, mera aparência do vício que levaria a inconstitucionalidade da coisa julgada.

2.5.1.2 A tese de Eduardo Couture (Uruguai)

Interessante notar que a preocupação com a questão da "coisa julgada inconstitucional" não é preocupação somente da doutrina brasileira atual.

Assevera Eduardo Couture *apud* Dinamarco (2002, p. 44) que seria perfeitamente admissível a revisão judicial das sentenças cobertas pela coisa julgada, particularmente em relação a ordenamentos jurídicos, como o do Uruguai àquele tempo, cuja lei não consagrasse de modo expresso tal possibilidade. Demonstrava-se, contudo, preocupação quanto à repercussão que aquela 'fraude' pudesse projetar sobre a situação jurídica das pessoas, sobretudo quando os resultados da conduta 'fraudulenta' estivessem reforçados pela autoridade da coisa julgada.

Maneja Couture *apud* Dinamarco (2002, p. 44-45) o conceito de "coisa julgada delinqüente", afirmando que, se fecharem os caminhos para a desconstituição das sentenças passadas em julgado, acabarão por outorgar uma "carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas de processo".

Afirma Dinamarco (2002, p. 45):

Couture examinou o caso do fazendeiro rico que, tendo gerado um filho em parceria com uma empregada, gente muito simples, para forrar-se às responsabilidades de pai induziu esta a constituir um procurador, pessoa da absoluta confiança dele, com poderes para promover a ação de investigação de paternidade. Citado, o fazendeiro negou vigorosamente todos os fatos constitutivos narrados na demanda e o procurador do menor e da mãe, que agia em dissimulado conluio com o fazendeiro, negligenciou por completo o ônus de provar o alegado; a consequência foi a improcedência total da demanda, passando em julgado a sentença porque obviamente o advogado conluiado não recorreu. Mais tarde, chegando à maioridade, aquele mesmo filho moveu novamente uma ação de investigação de paternidade, quando então surgiu o problema da coisa julgada. O caso terminou em acordo, lamentando-se não ter sido possível aprofundar a discussão e obter um pronunciamento do Poder Judiciário sobre o importantíssimo tema.

2.5.1.3 A tese de Juan Carlos Hitters (Argentina)

Na Argentina, Juan Carlos Hitters, em monografia denominada “a revisão da coisa julgada”, apresenta uma longa resenha de casos apreciados pelos tribunais argentinos, em que a firmeza das decisões de diversas naturezas foi objeto de questionamentos, no intuito de buscar a sustentação de sua tese central, no sentido de entender admissível a revisão da coisa julgada, ainda quando o direito positivo não tenha previsto expressamente.

Segundo Dinamarco (2002, p. 46):

Hitters procura conciliar harmoniosamente o enquadramento normativo do tema a sua dimensão *sociológica*, tendo em vista o culto da *justiça* e *em especial a equidade*, que é a justiça singularizada para o caso específico; e conclui aviltrando de modo entusiástico as aberturas para a revisão de sentenças substancialmente injustas, infringindo-se a autoridade do julgado se isso for essencial para fazer justiça e afastar desmandos. Ao tempo em que escreveu Hitters, a Suprema Corte havia afirmado a prevalência da *auctoritas rei judicatae* em relação a sentenças portadoras de vícios formais, mantendo-se, quanto a essa situação, na posição tradicional vinda das origens. Mas, segundo informa o estudioso, ele nunca se pronunciara sobre a admissibilidade de questionar a coisa julgada com fundamento em *vícios substanciais da sentença* (sendo virgem a jurisprudência a esse respeito).

E acrescenta (2006, p 46):

Dos casos examinados por Hitters, nem todos dizem respeito à coisa julgada, mas, ao ditar mitigação a graves preclusões ocorridas no processo, todas as decisões oferecem elementos para a construção de uma teoria da

revisão das coisa julgada sem previsão legal ou além das previsões legais eventualmente existentes (como no Brasil). Em uma dessas decisões estabeleceu-se (a) que os vícios substanciais podem afetar os atos processuais, (b) que ditos defeitos são suscetíveis de serem alegados e reconhecidos mesmo depois de decorrido eventual prazo preclusivo e (c) que um procedimento judicial pode ficar sem efeito quando, por via de ação, vier a ser reconhecida a existência de um vício de fundo.

2.5.1.4 A tese do direito norte-americano.

Já no direito norte-americano, de tradição jurídica anglo-americana, não se percebe tanto apego aos rigores da autoridade da coisa julgada, ao contrário dos Países de tradição romano-germânica, como o Brasil.

Afirma Dinamarco (2003, p. 48):

Nesse quadro, sem a pressão dos dogmas que tradicionalmente nos influenciam, eles são capazes de aceitar com mais naturalidade certas restrições reacionais à *res judicata*, relativizando esta para a observância de outros princípios e outras necessidades.

Diz a propósito Mary Kay Kane *apud* Dinamarco (2002, p. 48):

Há circunstâncias em que, embora presentes os requisitos para a aplicação da coisa julgada, tal preclusão não ocorre. Essas situações ocorrem quando as razões de ordem judicial alimentadas pela coisa julgada são superadas por outras razões de ordem pública subjacentes à relação jurídica que estiver em discussão. (tradução livre)⁴⁸

Adverte Dinamarco (2002, p. 50) que a posição dos tribunais e da doutrina norte-americana, conforme demonstrado, converge para o sentido de uma consciente e equilibrada relativização da coisa julgada, cujo efeito imunizante é condicionado à compatibilidade com certos valores tão elevados quanto o da definitividade das decisões. Busca-se evitar a propagação dos litígios, sim, mas evitá-la sem prejuízo a esses valores.

⁴⁸ Dinamarco (2002, p. 48) apresenta o texto original em inglês em nota de rodapé, a saber: "There are some circumstances in which even though the stand for applying *res judicata* has been met, preclusion will not result. These situations arise when the judicial economy policies fostered by claim preclusion are outweighed by some other public policy underlying the type of action that is involved."

2.5.2 Teses da doutrina brasileiros

2.5.2.1 A tese de Humberto Theodoro Júnior

Humberto Theodoro Júnior, em defesa à teoria da coisa julgada inconstitucional, parte da discussão sobre a natureza jurídica da coisa julgada. Defende ele, diversamente à premissa adotada no presente estudo, que o legislador originário não elencou entre os direitos e garantias fundamentais a coisa julgada, uma vez que o art. 5º, XXXVI da CF, seria regra de direito intertemporal e dirigida ao legislador ordinário, ou seja, a coisa julgada estaria protegida dos efeitos de uma nova lei que contemplasse regra diversa. Diz o autor (2002, p. 141):

[...] o princípio da intangibilidade da coisa julgada, diferentemente do que se dá no direito português, não tem tratamento constitucional, mas é contemplado apenas na legislação ordinária. Isto significa, [...], que ele é, no direito nacional, hierarquicamente inferior. Não se pode, assim, falar no Brasil, de conflito de princípios constitucionais, evitando-se com isso séria angústia de se definir aquele que prevalece sobre o outro, como se dá em Portugal, a partir do princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme⁴⁹ a Constituição. Se desconforme, estar-se-ia diante do que a doutrina vem denominando *coisa julgada inconstitucional*.

Defende Theodoro Júnior (2002, p. 148) que uma decisão que venha a violar diretamente a Constituição não é inexistente, pois não há, na hipótese de inconstitucionalidade, mera aparência de ato. Por assim dizer, sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das

⁴⁹ Theodoro Júnior, na referida passagem traz à baila o fenômeno da interpretação conforme a Constituição, método de controle que visa assegurar a constitucionalidade das normas no exercício de interpretação das leis. Tal mecanismo possibilita ao aplicador do direito que estiver diante de normas de caráter polissêmico, plurissignificativo ou quando um conteúdo ambíguo e indeterminado de uma norma resultar coerente graças ao conteúdo da Constituição, priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição. Logo, uma lei não pode ser declarada nula quando puder ser interpretada em consonância com o texto constitucional. A interpretação conforme a Constituição será melhor detalhada adiante.

características de um ato judicial. Ou seja, desde que contenha os pressupostos formais e materiais de uma sentença, o ato judicial existe⁵⁰.

Deste modo, contrapondo-se à exigência absoluta da ordem constitucional, falta, ao ato judicial em questão, aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado. Logo, para Theodoro Jr., embora existente, a exemplo do que acontece com uma lei inconstitucional, o ato judicial é nulo⁵¹.

Por derradeiro, defende Theodoro Júnior (2002, p. 153 e 155) que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula⁵² e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo, de forma que os Tribunais não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada, o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.

Em suma, a respeito da coisa julgada inconstitucional, o referido autor extrai as seguintes conclusões (2002, p. 161):

1. O vício da inconstitucionalidade gera a invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário.
2. A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal.
3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável. O vício torna, assim, o título

⁵⁰ Adverte-se que Theodoro Júnior parece não fazer distinção entre os vícios jurídicos processuais e materiais, pois na situação proposta, processualmente o ato jurídico estaria perfeito ("existe"), mas materialmente, o ato desconforme a Constituição é nulo.

⁵¹ Neste ponto, vale uma ressalva quanto a idéia defendida por Theodoro Júnior, que parece confundir os planos de validade e eficácia da norma jurídica, de forma que sua conclusão demonstra-se correta, mas a premissa equivocada.

Ao dizer que falta ao ato jurídico "aptidão ou idoneidade para gerar efeitos" sua premissa está no plano da eficácia, ou seja, afirma ser ineficaz o referido ato. Entretanto, não é isso que pretende o processualista mineiro, pois conclui defendendo ser o ato judicial em questão "nulo", logo, dentro do plano da validade.

⁵² Como mencionado alhures, trata-se de nulidade no plano material, uma vez que processualmente a decisão preenche os requisitos de sua validade.

inexigível, nos exatos termos do parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

4. Não se há de objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais na espécie poderia comprometer o princípio da segurança das relações jurídicas. Para contornar o inconveniente em questão, nos casos em que se manifeste relevante interesse na preservação da segurança, bastará recorrer-se ao salutar princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade. Ou seja, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato judicial, poderá fazê-lo com eficácia *ex nunc*⁵³, preservando os efeitos já produzidos como, aliás, é comum no direito europeu em relação às declarações de inconstitucionalidade. É o que se acha atualmente previsto, também no direito brasileiro, para a declaração de inconstitucionalidade, seja no processo de “arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9882/99, art. 11), seja na ação direta de inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/99, art. 27).

Depreende-se, da análise apresentada, que a tese de Theodoro Júnior é de total abertura para as revisões dos casos julgados, sem limite temporal, afastada qualquer arguição de natureza prescricional/decadencial, pois a sentença nula pode ser desconstituída a qualquer tempo, já que o vício que a contamina leva a invalidade de seu conteúdo material. Utiliza-se, para tanto, a principiologia constitucional, onde se pode encontrar a solução desejada para cada caso concreto, dentro do próprio sistema jurídico, pela simples aplicação da hermenêutica.

2.5.2.2 A tese de Cândido Rangel Dinamarco

O processualista paulista Cândido Dinamarco apresenta-se no cenário nacional como grande defensor da “relativização” da coisa julgada. Adepto do processo civil de resultados, enfatiza que o processo deve produzir resultados rápidos, sem prejuízo da justiça, e, nesta ótica, ressalta a importância da coisa julgada material.

⁵³ Interessante notar que a possibilidade de atribuição de efeito *ex nunc* pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos processos de arguição de descumprimento de preceito fundamental e na ação direta de inconstitucionalidade, previstos nas Leis nº 9882/99, art. 11 e 9868/99, art. 27, respectivamente, têm caráter excepcional. De forma que a regra é atribuição de efeitos *ex tunc* à decisão e, somente, em razão da 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.

Constrói, o autor, seu raciocínio sobre a premissa de que a garantia constitucional da coisa julgada não pode ir além dos efeitos a serem imunizados e que ela deve estar em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos que se voltam para resultados justos.

Assim, pelas palavras do autor (2002, p. 39):

Um óbvio predicado essencial à tutela jurisdicional, que a doutrina moderna alcançadora e realça, é o da *justiça das decisões*. Essa preocupação não é apenas minha: a doutrina e os tribunais começam a despertar para a necessidade de repensar a garantia constitucional e o instituto técnico-processual da coisa julgada, na consciência de que *não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas*.

Dinamarco, ao contrário de Paulo Otero, constrói sua tese com base nos valores, destacando a necessidade de balancear a celeridade (certeza) e a ponderação (justiça), propondo uma interpretação sistemática e evolutiva de diversos princípios e garantias constitucionais do processo, buscando assegurar o acesso à justiça. Desse modo, deixa esta tese transparecer que a relatividade da coisa julgada seria algo inerente à ordem constitucional-processual, pela necessidade indubitável de convivência harmônica com os demais valores e princípios de igual ou maior peso dentro do ordenamento jurídico.

Trata-se da observância do binômio Segurança X Justiça em prol da realização da “Justiça das decisões”, conforme enfatiza Dinamarco (2002, p. 39):

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, por que ambos devem conviver com outro valor de primeira grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV).

Interessante síntese sobre a concepção de Dinamarco nos é ofertada por Siqueira (2006, p. 101), assim manifestada:

Por conviver com outros valores constitucionais, deve a coisa julgada, valor inerente à ordem constitucional-processual, ser relativizada através de uma ponderação. Assim, para Dinamarco, o princípio constitucional da razoabilidade ou da proporcionalidade atua como condicionante da imunização das decisões pela autoridade da coisa julgada material. Devem

levar em conta, nesta ponderação de valores, os princípios da moralidade administrativa, do justo valor das indenizações em desapropriação, o zelo pela cidadania e direitos do homem, a fraude e o erro grosseiro que contaminam o resultado do processo, a garantia do meio-ambiente ecologicamente equilibrado, a garantia do acesso à ordem jurídica justa e, por fim, o caráter excepcional da disposição de flexibilizar a coisa julgada.

Ao revés, quanto ao perigo da incerteza e insegurança jurídicas, Dinamarco (2002, p. 67) é enfático ao afirmar que toda flexibilização de regras jurídico-positivas traz consigo este risco. A ordem processual, todavia, dispõe de meios para a correção de eventuais desvios ou exageros mediante técnica dos recursos, da ação rescisória, da reclamação aos tribunais superiores etc. Ressalta o autor, ainda, o caráter de excepcionalidade no qual se deve revestir a “relativização” da coisa julgada ora proposta, conforme se observa na passagem abaixo (2002, p. 69 e 72):

[...] não estou a postular a sistemática desvalorização da *auctoritas rei judicatae* mas apenas o cuidado para situações extraordinárias e raras, a serem tratadas mediante critérios extraordinários. Cabe aos juízes de todos os graus jurisdicionais a tarefa de descoberta das extraordinariedades que devam conduzir a flexibilizar a garantia da coisa julgada, recusando-se a flexibilizá-la sempre que o caso não seja portador de absurdos, injustiças graves, transgressões constitucionais etc. Não temo insistir no óbvio, ao repetir que o “momento da decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo”. [...].

Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral.

E complementa (2002, p. 69):

O juiz deve ter a consciência de que a ordem jurídica é composta de um harmonioso equilíbrio entre *certezas*, *probabilidades* e *riscos*, sendo humanamente impossível pensar no exercício jurisdicional imune a erros. Sem a coragem de assumir racionalmente certos riscos razoáveis, reduz-se a possibilidade de fazer justiça. O importante é saber que onde há riscos há também meios para corrigi-los, o que deve afastar do espírito do juiz o exagerado apego à perfeição e o temor pânico aos erros que possa cometer. O juiz que racionalmente nega a autoridade da coisa julgada em um caso saberá que, se estiver errado, haverá tribunais com poder suficiente para reformar-lhe a decisão. [...].

No tocante à natureza jurídica do vício da sentença que levaria à formação da coisa julgada inconstitucional, Dinamarco defende tratar-se de casos de impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença, cuja conseqüência seria a

“inexistência” da coisa julgada material. Conforme se observa abaixo (2002, p.59-61):

Ora, como a coisa julgada não é em si mesma um efeito e não tem dimensão própria, mas a dimensão dos efeitos substanciais da sentença sobre a qual incida, é natural que ela não se imponha quando os efeitos programados na sentença não tiverem condições de impor-se. Por isso, como a Constituição não permite que um Estado se retire da Federação, ou que se imponha por execução forçada o cumprimento da obrigação de dar um peso da própria carne *etc.*, da inexistência desses efeitos juridicamente impossíveis decorre logicamente a inexistência da coisa julgada material sobre a sentença que pretende impô-los. (...)

Uma sentença contendo o enunciado de efeitos juridicamente impossíveis é, em verdade, uma sentença desprovida de efeitos substanciais, porque os efeitos impossíveis não se produzem nunca e, conseqüentemente, não existem na realidade do direito e na experiência da vida dos litigantes. (...)

A sentença com o enunciado de efeitos impossíveis não será um ato jurídico inexistente, embora inexistentes os efeitos substanciais por ela programados. Como ato jurídico processual, ela terá, p. ex., o efeito de pôr fim ao processo. Faltar-lhe-á somente a eficácia pretendida.

Como remédios processuais adequados à impugnação da coisa julgada inconstitucional, Dinamarco (2002, p. 69), embasando-se em Pontes de Miranda, sugere, primeiramente, que seja proposta uma nova demanda igual à primeira, desconsiderada aquela coisa julgada anteriormente produzida; na seqüência, vislumbra a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo e, finalmente, abre, o autor, a possibilidade da desconstituição da coisa julgada por meio da alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, o que poderia ocorrer, inclusive, em peças defensivas.

2.5.2.3 A tese de Carlos Valder do Nascimento

Carlos Valder Nascimento formula sua teoria para a coisa julgada inconstitucional com base nos valores da segurança e da justiça, no campo da aplicação do direito, a fim de aferir a importância de cada um para a efetividade do processo. Segundo ele, o conflito entre tais valores induziu “a presença de uma nova concepção, que busca

demonstrar a relatividade da coisa julgada sem, contudo, desbordar para o campo da simples eliminação” (2002, p. 2).

Dentro dessa perspectiva, o problema apontado passaria pela questão da constitucionalidade das decisões judiciais, pois o Poder Judiciário, como poder constituído (e não constituinte), deve respeitar a vontade dos titulares do poder soberano: o povo, explicitado na Constituição Federal. “O Poder Judiciário não detém a soberania e, como tal, não se pode justificar o mito da intangibilidade da função jurisdicional, enquanto manifestação do exercício da atividade estatal” (NASCIMENTO, 2002, p. 4).

Ensina-nos o autor que essa submissão ao princípio da constitucionalidade é o traço revelador do Estado Democrático de Direito, assentado no Direito Constitucional, de forma que a Constituição Federal disciplina a estrutura política do Estado e contempla valores fundamentais que permeiam a convivência social. Nascimento (2002, p. 3-4) afirma:

Sendo certo que as decisões jurisdicionais configuram atos jurídicos estatais, posto reproduzir a manifestação da vontade do Estado, sua validade pressupõe estejam elas em consonância com os ditames constitucionais. Por esse motivo, não se pode convalidar sua inconstitucionalidade, visto ser improvável abrir mão de mecanismos susceptíveis de permitir a efetivação de modificações imprescindíveis ao seu ajustamento aos cânones do direito constitucional.

Segundo Nascimento, a proteção constitucional à coisa julgada se destina ao legislador ordinário tão-somente, não podendo este, por meio da legislação, influir nos efeitos de uma decisão transitada em julgado. Ou seja, apesar de integrar o corpo da Constituição, a definição e os limites do instituto da coisa julgada são fornecidos pelo legislador ordinário.

Por isso é que são admitidos os institutos da revisão criminal⁵⁴ e da ação rescisória⁵⁵ no campo infraconstitucional, sem ofender a garantia constitucional da coisa julgada; de forma que não há inconstitucionalidade na nova análise de questões pelo Poder

⁵⁴ Artigos 621 à 631 do Código de Processo Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 3.689/41.
⁵⁵ Artigos 485 à 495 do Código de Processo Civil – Lei 5.869/73.

Judiciário, como se faz nos casos de anulação de sentenças, ações rescisórias e revisões criminais.

Conclui Nascimento (2002, p. 13-15):

Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto inserta no ordenamento infra-constitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva aos parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme com os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da *res judicata*. [..].

A coisa julgada é intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade. Essa conformação de constitucionalidade tem pertinência, na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, sob pena de perpetuação de injustiças.

Por esse motivo, nula é a sentença que não se adequa ao princípio da constitucionalidade, porquanto impregnada de carga lesiva a ordem jurídica. Impõe, desse modo, sua eliminação do universo processual com vistas a restabelecer o primado da legalidade. Assim, não havendo possibilidade de sua substituição no mundo dos fatos e das idéias, deve ser decretada sua irremediável nulidade.

Seguindo as elucidações acima, as sentenças ou acórdãos que discordam dos mandamentos constitucionais são “nulas”, da mesma forma que os demais atos jurídicos advindos dos demais Poderes da República, e como tais não estão sujeitas à prazo prescricional/decadencial para sua eliminação do ordenamento jurídico. A eliminação da sentença nula (inconstitucional) é necessidade urgente, diante de sua forte carga lesiva ao ordenamento jurídico, em prol dos primados da moralidade e da legalidade.

No que tange aos instrumentos processuais hábeis à desconstituição da coisa julgada inconstitucional, Nascimento (2002) inicialmente defendia, a propositura da *querela nulitatis* e dos embargos do devedor. Justificando-se, a primeira, por ser uma ação declaratória, não sujeita a lapso temporal, quando não mais possível a desconstituição do julgado pela Ação Rescisória; e os Embargos, por orientação

legislativa do art. 741, parágrafo único do CPC⁵⁶, que deu força de controle aos atos jurisdicionais e abraçou a tese da nulidade da coisa julgada desconforme à Constituição.

Posteriormente, Nascimento (2005) passou a admitir um rol maior de instrumentos possíveis para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. São eles: *Querela Nulitatis*, Ação declaratória de nulidade absoluta da sentença, embargos à execução e exceção de pré-executividade, conforme se apresenta abaixo:

Contra a coisa julgada inconstitucional cabe ação declaratória de nulidade absoluta da sentença, tendo presente que subsiste a *querela nulitatis*. De sorte que essa ação autônoma de impugnação tem por escopo atacar a imutabilidade da sentença convertida em *res judicata*. São passíveis de desconstituição as sentenças que põe termo de processo, por ter decidido o mérito, enquadrando-se, na hipótese, os acórdãos dos Tribunais.

Pode, igualmente, o executado valer-se dos embargos para opor resistência ao processo de execução passada em julgado de título sentencial, independentemente de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, quer em sede de juízo concentrado ou difuso. Não havendo vínculo entre a decisão do STF e a sentença definitiva. Com efeito, a nulidade emerge do ato jurisdicional, e é da sua essência ser concebido com escopo de invalidade.

A arguição de inexigibilidade do título sentencial pode ser processada em sede de exceção de pré-executividade, mesmo que a decisão já tenha sido transitada em julgado [...] (NASCIMENTO, 2005, p. 194).

Assim, busca-se um alargamento dos mecanismos de impugnação, sob o seguinte argumento (2005, p. 182):

É preciso dizer que a Constituição assegura ao cidadão ampla acessibilidade ao poder Judiciário, ao qual poderá sempre recorrer para que aprecie a lesão ao seu direito. De modo que, a inafastabilidade da função jurisdicional e o direito de petição, prerrogativas constitucionais, não podem ser afastados, sob pena de tornar inócuas as garantias asseguradas pela Constituição da República.

⁵⁶ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [\(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

[...];

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. [\(Vide Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001\) \(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

Nascimento não destaca em quais casos específicos seria possível a argüição da coisa julgada inconstitucional. No entanto, pelo estudo de seu trabalho, permite-se concluir que, em qualquer caso de ofensa a direitos assegurados na Constituição, seria viável a desconstituição da coisa julgada, dado que, segundo o autor (2005, p. 187), os valores constitucionais devem ser cultuados, pois são eles que iluminam a convivência em sociedade.

Por assim dizer, todos os atos de qualquer natureza ou procedência devem guardar conformidade com a Constituição, sob pena de invalidade da sentença que com ela for incompatível em razão da impossibilidade de sua sobrevivência no mundo jurídico.

2.5.2.4 A tese de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina

Teresa Wambier e José Medina (2003, p. 31) lançam sua tese baseados no primado de que não houve “Ação”, propriamente dita, mas mero direito de petição, quando o magistrado prola sentença de mérito sem estarem presentes as condições da ação, quais sejam: legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Nesses casos, não há formação da coisa julgada, uma vez que a sentença foi inexistente.

A coisa julgada inconstitucional, segundo os autores, faria parte dessa categoria, uma vez que as sentenças seriam inconstitucionais por acolherem pedidos inconstitucionais. Se o pedido é inconstitucional, mais correto seria reconhecer a sua impossibilidade jurídica com a conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do art. 267, VI⁵⁷ do Código de Processo Civil; mas, se porventura o mérito é examinado, a sentença daí decorrente é “inexistente” (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 39).

⁵⁷ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [\(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

[...];

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...].

Para os autores, também não seria necessária a utilização da Ação Rescisória para a desconstituição da coisa julgada nesses casos, pois a decisão, objeto de posterior impugnação, nunca atingiria o patamar de coisa julgada (vez que inexistente), não havendo o que desconstituir. Assim, sugerem a propositura da Ação Declaratória de Inexistência, por ausência de uma das condições da ação, qual seja: possibilidade jurídica do pedido, que não se submete ao prazo do art. 495 do Código de Processo Civil⁵⁸ (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 43).

Outra interessante observação feita por Teresa Arruda Wambier e Medina, também em função da natureza de inexistência da sentença (e da coisa julgada) inconstitucional, diz respeito ao Art. 741, parágrafo único (2003, 74) do Código de Processo Civil. Defendem eles que os embargos à execução ali previstos não têm a função de rescindir o julgado, pois não há o que rescindir. A decisão impugnada baseia-se em lei inexistente (porque é incompatível com a Constituição), jamais transitando em julgado. Assim, os efeitos dos embargos seriam declaratórios.

A questão da inconstitucionalidade, segundo os autores, deveria ser levantada, no processo de execução, pelo próprio juízo (*ex officio*) ante a inexistência do título executivo. Pela mesma razão, a parte poderia, antes de embargar a execução, oferecer a exceção de pré-executividade.

Ressaltam ainda os autores que o art. 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, já bastante enfatizado neste trabalho, não abrange a hipótese de sentença exequenda que afastou determinado dispositivo legal por considerá-lo inconstitucional e que, posteriormente, tenha sido declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade, mas de hipótese de rescindibilidade⁵⁹, a teor dos artigos 458⁶⁰ c/c 485, V⁶¹ do Código de Processo Civil brasileiro (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 74).

⁵⁸ Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

⁵⁹ Infere-se da opinião dos referidos autores, contrariamente aos fundamentos trazidos pelo presente estudo que, com o trânsito em julgado não seria mais possível se falar em sentença nula, mas em sentença rescindível; de forma que esgotado o prazo decadencial de 2 (dois) anos previsto

2.5.2.5 A tese de José Augusto Delgado

Para José Augusto Delgado, a ciência jurídica deve fortalecer as instituições responsáveis pelo desenvolvimento da pessoa humana e, em especial, dos valores contidos nos princípios da legalidade, moralidade e justiça, devendo o Poder Judiciário sujeitar-se ao cumprimento da moralidade em maior grau que os demais Poderes, senão vejamos (2002, p. 85):

Na atualidade, a função da ciência jurídica é, além de impor regras ao comportamento individual e social do homem e do Estado, de garantir o fortalecimento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da pessoa humana e zelar pela valorização de entidades guardiãs de valores específicos, como são os que defendem a obediência rigorosa aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficácia, da publicidade, da impessoalidade e da justiça.

Se outro rumo for dado à ciência jurídica que não o de buscar o justo, ela assumirá características de uma ciência triste. [...].

Surge, [...] a concepção de que as leis, ao serem aplicadas pelo poder Judiciário, estão diretamente vinculadas aos princípios da moralidade e da legalidade, só desenvolvendo-se validamente, isso é, só existindo e tornando-se válido, eficaz e efetivo quando não expressarem abusos e não ultrapassarem os limites por eles impostos.

[...].

Exige-se que o Poder Judiciário, instituição responsável pela aplicação coercitiva do direito, esteja mais assujeitado ao cumprimento da moralidade do que o Executivo e o Legislativo, por lhe caber defender, como Poder Estatal, o rigorismo ético nos padrões de sua própria conduta e dos seus jurisdicionados.

Diante desse quadro de valorização dos princípios, defende o autor, é certo que se deve impor o princípio da segurança jurídica, no entanto tal segurança cede espaço quando “princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser

para o ajuizamento da ação rescisória, o referido ato jurídico não mais estaria sujeito à impugnação por qualquer instrumento processual, gerando a coisa soberanamente julgada.

⁶⁰ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

⁶¹ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...];

V - violar literal disposição de lei;

[...].

necessário prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições.” (DELGADO, 2002, p. 97).

Infere-se da leitura do trabalho de Delgado que o caso julgado não deve ultrapassar os limites da moralidade e da legalidade, em transformar fatos não verdadeiros em reais ou violar princípios constitucionais, sob pena de infringirem-se as garantias e anseios da cidadania. A certeza que se impõe à segurança jurídica é aquela que gera estabilidade, não a que enfrenta a realidade dos fatos; de forma que a grave injustiça não pode prevalecer, mesmo protegida pela coisa julgada, num regime democrático.

Afirma Delgado (2002, p. 87-88) que é perfeitamente constitucional a alteração da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão. O que a Constituição não admite, segundo o autor, é a retroatividade da lei para influir na solução dada, no caso concreto, por sentença de que já não caiba mais recurso, ou seja, trata-se, a proteção constitucional da coisa julgada, de uma das faces do princípio da irretroatividade das leis.

Vale ressaltar que os Direitos Fundamentais, apesar de serem *cláusulas pétreas*⁶² da Constituição Federal brasileira de 1988, não são absolutos e não podem mais serem observados a partir de uma esfera individual, pois, atualmente, todos os focos estão dirigidos para a proteção e efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivos, em que a socialização e a coletivização têm papel primordial.

Nesta seara, convém destacar que dispendo o art. 60, § 4º, IV⁶³ da CF/88 sobre os “direitos e garantias **individuais**”; uma leitura apressada poderia levar o leitor a

⁶² A Constituição Federal traz em seu art. 60, § 4º, o que denomina-se de *cláusulas pétreas*, ou seja, o núcleo intangível do sistema constitucional, sobre o qual não é permitido haver, sequer, proposta legislativa (proposta de emenda) que intente aboli-las. Neste aspecto, é pacífica a doutrina, ao entender o vocábulo ‘abolir’ na maior acepção do termo; assim, não é possível nem restringir os direitos fundamentais, nem por emenda à constituição, *quicá* através de interpretação que diminua sua abrangência ou relevância.

⁶³ Art. 60 – (...)

(...)

§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente à abolir:

(...)

pensar que os direitos coletivos não estariam protegidos pelo manto das *cláusulas pétras* de nossa Constituição. No entanto, tal dispositivo não abrange apenas o lado material dos direitos de primeira dimensão, estendendo-se, claramente, aos direitos de segunda e de terceira dimensões.

Assevera Paulo Bonavides (2007, 638) que tal expressão, ali textualmente nomeada e gramaticalmente compreendida, exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o pensamento da Escola Liberal e sua versão do positivismo jurídico.

E acrescenta Bonavides (2007, p. 638):

“A interpretação comprimida e restritiva do sobredito § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado e controvertido em suas fronteiras materiais, bem como nas suas antigas bases de sustentação da legitimidade; seria, por conseqüência, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõe outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais.”

Assim, só é possível atingirmos o verdadeiro sentido da ‘Constituição’, através de uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e Democrático de Direito; e que, torna inconstitucional, conforme demonstrado qualquer interpretação restritiva da expressão “direitos e garantias individuais”, que não pode servir de argumento para a exclusão dos direitos sociais e dos coletivos da proteção da *cláusula pétrea*.

Balizando os ensinamentos de Delgado, afirma SCHÄFER (2000, p. 60-61):

Parâmetro importante encontra-se inserto no artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de acordo com o qual não só o indivíduo tem deveres para com a comunidade, como se prescreve que no exercício dos direitos e das liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela “lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de

satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”⁶⁴.

Na alusão a “justas exigências”, constante no mencionado dispositivo de Direito Internacional, deve-se achar, nas palavras de Jorge Miranda⁶⁵, um apelo a uma ponderação ética avaliadora dos preceitos de Direito positivo que, em nome do bem-estar, envolvam limites dos direitos fundamentais, envolvendo indiscutivelmente a idéia de proporcionalidade, em suas três vertentes de necessidade.

Por outro lado, a moral tem de ser entendida a partir de sua conotação pública, não se confundindo com a moral de determinados grupos sociais ou religiosos. A moral pública, que tem por fim último o bem comum. Deve ser compreendida a “ordem pública” como sinônimo de ordem constitucional democrática, evitando-se, com isso, que a indeterminação do conceito possa, consoante diversas experiências históricas, ser utilizada para atacar os direitos fundamentais.

Assentada a possibilidade teórica das restrições aos direitos fundamentais, bem como tendo presente o caráter principiológico destes direitos, pode-se conceber uma estrutura restritiva que abarque a existência de dois fenômenos diversos: a) restrições ou limites imanentes, que decorrem da convivência dos direitos e que, portanto, não se encontram expressos na Constituição, mas decorrem de uma interpretação sistêmica do Ordenamento Jurídico; b) restrições ou limites expressos na Constituição, englobando as restrições diretamente constitucionais (restrições previstas pela própria Constituição) e as restrições efetuadas pela legislação ordinária, com expressa autorização da Constituição (restrições indiretamente constitucionais).

De forma bastante didática, Delgado finaliza seu trabalho, enumerando vários pontos sobre os quais assenta seu entendimento, dentre os quais, a título ilustrativo, destacamos alguns (2002, p. 112-113):

- a) o princípio força da coisa julgada é de natureza relativa;
- b) a coisa julgada não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade;
- c) o Poder Judiciário, ao decidir a lide pelos juízes que o integram, cumpre missão estatal de natureza absoluta, com função destinada a aplicar, de modo imperativo, as estruturas que sustentam o regime democrático;
- d) a sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças;
- e) o *decisium* judicial não pode produzir resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Federal;
- f) a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisa, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito;
- g) a sentença trãnsita em julgado pode ser revista, além do prazo para a rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura dos regimes democráticos por conter apologia da quebra da

⁶⁴ DIREITOS HUMANOS. Instrumentos Internacionais e documentos diversos. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 1996, p. 135.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, 2 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 267.

imoralidade, da ilegalidade, do respeito à Constituição Federal é às regras da natureza;

h) a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial.

Inferre-se do trabalho apresentado por Delgado grande preocupação com o instituto da coisa julgada, taxando-a de “relativa” e admitindo sua desconstituição nas hipóteses de inconstitucionalidade e de injustiça, conforme se observou alhures. No entanto, não há menção expressa à natureza jurídica do vício que poderia levar à desconstituição da coisa julgada naqueles casos, levando-nos a crer que se trata de nulidade, semelhante à tese defendida por Humberto Theodoro júnior.

Por outro lado, também não menciona Delgado qual (is) seria(m) o(s) possível(eis) instrumento(s) hábil(eis) para desconstituir a coisa julgada inconstitucional (e injusta), embora afirme que “a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, desde que maculada de vícios graves e que possam produzir conseqüências que alterem o estado natural das coisas [...]” (2002, p.113). Ou seja, para o referido autor, é possível a desconstituição da coisa julgada, nesses casos, além do prazo de 2 anos estabelecido para o ajuizamento da Ação Rescisória, previsto no artigo 495⁶⁶ do Código de Processo Civil brasileiro atual.

⁶⁶ Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

3 UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DA NATUREZA DOS VÍCIOS, DOS SEUS EFEITOS E DOS INSTRUMENTOS PARA SEU CONTROLE

3.1 VÍCIOS QUE PODEM ACOMETER O CONTEÚDO DE UMA SENTENÇA EM RELAÇÃO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Iniciando o presente tópico, necessário tecer algumas considerações à respeito da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos em geral, conforme destaca Luis Roberto Barroso, como se observa a seguir.

Assevera Barroso (1993, p. 75-76):

As regras de direito, consistem na atribuição de efeitos jurídicos aos fatos da vida, dando-lhes um peculiar modo de ser. O Direito elege determinadas categorias de fatos humanos ou naturais e qualifica-os juridicamente, fazendo-os ingressar numa estrutura normativa. A incidência de uma norma legal sobre determinado suporte fático converte-o em um fato jurídico. Identificam-se, por conseguinte, com realidades próprias e diversas, o mundo dos fatos e o mundo jurídico.

Os fatos jurídicos resultantes de uma manifestação de vontade denominam-se atos jurídicos. Cifrando o objeto de nosso estudo tem-se que os atos jurídicos – e, *ipso facto*, os atos normativos de todo grau hierárquico – comportam análise científica em três planos distintos e inconfundíveis: o da existência, o da validade e o da eficácia. (...)

(...) nem todos os fatos da vida são relevantes para o Direito. Apenas alguns deles, pelo fenômeno da juridicalização, passam do mundo dos fatos para o mundo jurídico. A *existência* de um ato jurídico – que pressupõe, naturalmente, uma manifestação no mundo dos fatos – verifica-se quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência. É possível distinguir, dentre estes elementos, os que se poderiam dizer *comuns*, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico (v.g agente, objeto e forma) e os que são específicos de determinada categoria de atos.

E complementa o referido autor (1993, p. 76)

A ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. Será, por via de consequência, um ato inexistente, do qual o Direito só se ocupará para repeli-lo adequadamente, se necessário. (...)

Existindo o ato, pela presença de seus elementos constitutivos, sujeita-se ele a um segundo momento de apreciação, que é a verificação de sua validade. Aqui, cuida-se de contatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição.(...)

Em síntese: se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *existente*. Se, além disto, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude – possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*.

Continuando a exposição, lembra Barroso (1993, p. 77) que da ausência de algum dos requisitos do ato, decorre sua invalidade, à qual o próprio ordenamento jurídico, levando em conta o grau de violação deste, passa a cominar as sanções de nulidade e anulabilidade.

Para o supracitado autor (1993, 77), uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é inexistente. E fundamenta:

Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. É nula de pleno direito. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.

A eficácia dos atos jurídicos consiste na aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhes são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para o qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos *típicos*, 'ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma⁶⁷

E complementa Barroso (1993, 77):

Uma norma jurídica pode ser perfeita (plano de existência, com a presença de todos os elementos constitutivos), válida e eficaz, quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustada às regras legais superiores e está disponível para a deflagração dos efeitos que lhe são típicos. Tal seria o exemplo de uma lei formal e materialmente constitucional, em plena vigência. Pode, também, ser perfeita, válida e *ineficaz*, como *v.g.* uma lei já aprovada, mas com sua vigência diferida. Pode, ainda, ser perfeita, *inválida* e eficaz, como na hipótese de lei inconstitucional, anteriormente à declaração de nulidade pelo Judiciário. E, por fim, pode ser perfeita, *inválida* e *ineficaz*, como o caso de uma lei inconstitucional, ainda no período de *vacatio legis*.

Pela teoria clássica das nulidades, formulada pelos romanistas e adotada pelos civilistas, em especial os franceses, com reflexos no Código de Napoleão e em todas as legislações de origem romano-germânica, os atos inválidos seriam nulos,

⁶⁷ SILVA, José Afonso da - Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 1982, p. 56 *apud* BARROSO, Luis Roberto (1993, p. 77)

anuláveis ou ineficazes, em função dos quais adviriam a nulidade, anulabilidade e ineficácia.

De acordo com José Arnaldo Vitagliano (2008, p. 128), a matéria das nulidades começou a se desenvolver no Império Romano, graças ao Direito Pretoriano. O pretor, por não poder anular um ato que o Direito Civil declarava válido, concedia uma espécie de reparação tão plena quanto possível, por meio de um procedimento particular denominado *in integrum restitutio*. Tal procedimento foi um dos dois grandes meios utilizados pelo pretor em sua luta contra as nulidades do direito civil.

Pelas palavras do autor, observa-se a evolução da teoria das nulidades e as críticas particulares à sua complexidade e divergência doutrinária, conforme exposição abaixo (VITAGLIANO, 2008, p. 128):

Desde então, havia no Direito Romano duas maneiras para um ato ser nulo: havia a nulidade civil, que se produzia de pleno direito, automaticamente; e, ao lado dela, a nulidade pretoriana, que supunha o exercício de ação judicial e não se realizava que em virtude da sentença judicial.

Se tivesse ficado por aí, a teoria das nulidades seria ainda bastante simples. Infelizmente, diversas causas exteriores vieram truncá-la. As duas principais causas de complicação foram, de início, a necessidade de se recorrer à justiça, em qualquer hipótese, havendo desavença quanto à existência da nulidade; depois, a imprecisão da linguagem empregada a propósito das nulidades. Em nossos dias, uma terceira causa veio se juntar às duas primeiras: a criação de nova categoria, a dos atos inexistentes.

Existe grande divergência entre os autores, uns admitem nulidades, produzindo seu efeito de pleno direito e sem julgamento, em virtude de lei; outros não concebem que tal resultado possa se produzir e exigem sempre sentença judicial para que o ato, uma vez aperfeiçoado, seja reduzido ao estado de ineficácia jurídica.

Assim, temos três palavras à nossa disposição: anulável, nulo e inexistente, e três situações para distinguir: a primeira, onde existe o ato que a lei não precisa anular, porque não chegou a existir; a segunda, onde o ato já é anulado de pleno direito pela lei; e, a terceira, onde temos o ato anulado por sentença. A palavra inexistente designaria os atos da primeira classe; a palavra nulo, os atos da segunda, e a palavra anulável, os de terceira.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria das nulidades vem fundada nos artigos 166 a 185 do Código Civil brasileiro vigente⁶⁸, e, a partir deles, é desenvolvida pela

⁶⁸

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será válido se este a der posteriormente.

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

doutrina, que passa a dividir os atos viciados em 4 (quatro) categorias: atos nulos, anuláveis, inexistentes e ineficazes. Passemos a abordá-los:

A inexistência dos atos jurídicos se dá sempre que o ato contiver defeito tão grave que nem chega a existir, falta-lhe pressuposto ou elemento essencial de existência; logo, também não precisam ser anulados, sendo que o máximo que pode se requerer é a declaração de sua inexistência.

Os atos nulos, pela lei brasileira, são aqueles praticados por pessoa absolutamente incapaz, quando for impossível seu objeto ou não revestir da forma prescrita em lei, ou seja, sempre que o ato não observar as condições de validade dos atos jurídicos. Ou são de ordem pública, também denominados (atos) de nulidade absoluta, o que pode ser alegado por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público e pelo Juiz, *ex officio*, sendo deste, inclusive, um dever inerente à jurisdição, dependendo da Ação Declaratória de Nulidade⁶⁹ para seu desfazimento Vitagliano (2008, p. 131-132):

Entendemos cabível, assim, a ação anulatória sendo ou não processualizado o referido ato, ou seja, tratando-se de ato nulo, praticado sob a égide do direito material, servindo ou não de base ao ajuizamento de um processo ou sendo praticado dentro dele, e passivo do ajuizamento da ação anulatória onde se pleiteará a declaração de sua nulidade e a condenação das partes ao retorno do *statu quo ante*.

Adverte Vitagliano (2008, p. 132-133) que, além dos casos genérico previstos no ordenamento jurídico brasileiro, serão nulos os atos jurídicos sempre que a lei assim o determinar, de maneira difusa.

Anuláveis são os atos jurídico-inquinados de defeitos leves, passíveis de convalidação, ao contrário dos anteriormente citados. Trata-se de um ato também viciado, contudo o vício é tão leve que o ordenamento confere aos interessados a possibilidade de requererem sua anulação ou deixarem que produza seus efeitos

Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

⁶⁹ A ação declaratória de nulidade é a regra do direito processual, contudo, para Vitagliano (2008, p. 131-132), em posição minoritária na doutrina, seria cabível a ação Anulatória, cujo pedido seria a declaração de sua nulidade e a condenação das partes ao retorno do *statu quo ante*.

normalmente. Os atos anuláveis produzem efeitos até sua anulação e admitem confirmação, quando o defeito torna-se sanado.

De acordo com Vitagliano (2008, p. 134):

Para o ato simplesmente anulável, a nulidade não se produz de pleno direito; é mister demandá-la em juízo para que seja pronunciada pela autoridade judiciária. Ela supõe, assim, necessariamente, a propositura de uma ação, conforme sua origem histórica, que é a *in integrum restitutio* pretoriana. Essa ação se denomina, em geral, ação anulatória.

É ineficaz o ato jurídico, de acordo com Vitagliano (2008, p. 135), quando for válido entre as partes interessadas e inexistente perante terceiros, ou seja, aquele ato que vale entre as partes, mas é totalmente ineficaz perante as demais pessoas.

A preocupação quanto aos vícios que podem levar à formação de uma “coisa julgada inconstitucional” podem ter sede no direito material ou no direito processual, tendo estes últimos sede na própria decisão judicial e tratam-se, em suma, das nulidades relativas, nulidades absolutas e da inexistência jurídica, sobre as quais, contudo, não serão tecidas maiores considerações, por não serem o foco do presente estudo.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DAS SENTENÇAS INCONSTITUCIONAIS E OS EFEITOS DOS VÍCIOS DA SENTENÇA EM RELAÇÃO À FORMAÇÃO E CONTROLE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Após a identificação e análise dos vícios que podem contaminar o conteúdo de uma sentença, é imperioso concluir que a sentença em si considerada pode ser perfeita sob a ótica do processo, ou seja, formalmente perfeita, mas por abrigar qualquer um daqueles vícios de direito material, conseqüentemente, formará coisa julgada inconstitucional, conforme apresentado alhures.

Neste sentido, resta-nos desenvolver processo mental, no sentido de enquadrar as respectivas sentenças inconstitucionais numa das categorias a seguir apresentadas,

uma vez que, como busca-se também demonstrar, dependendo do tipo de sentença (em relação ao vício que apresenta) existem instrumentos e procedimentos próprios para sanar o vício, levando à desconstituição da coisa julgada inconstitucional e ao retorno do *statu quo ante* das partes e da harmonia da ordem jurídica.

Adverte Ramos (2007, p. 133) que, admitindo-se a categoria de sentenças inexistentes e enquadrando-se as sentenças inconstitucionais nessa categoria, parece ter perdido o objeto a discussão a respeito da desconstituição da coisa julgada, uma vez que, sendo a coisa julgada material apenas a qualidade que confere imutabilidade às sentenças de mérito transitadas em julgado, caso se entenda que as sentenças que acobertam a inconstitucionalidade são juridicamente inexistentes, estas não formam coisa julgada jamais, de forma que seria desnecessário desconstituir algo que não existe.

Por outro lado, afirma o referido autor (2007, p. 133) que não se admitindo a categoria das sentenças inexistentes, mas apenas a das sentenças nulas e enquadradas nessa categoria as sentenças inconstitucionais, resta-nos investigar o efeito que decorre dessa nulidade, abrindo-se, conseqüentemente, duas possibilidades:

Ou se entende que a nulidade absoluta da sentença também impede a formação da *res judicata*, e mais uma vez não se haverá de discutir, quanto a essas sentenças nulas, acerca de sua relativização, pelo mesmo motivo apontado no parágrafo anterior; ou se entende que uma sentença nula, a despeito do vício mais grave que a acomete, configura uma decisão apenas rescindível, restando apenas o caminho normal da ação rescisória para sua desconstituição e, quando muito, o caminho alternativo da alegação de inexigibilidade do título (arts. 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, do CPC).

Vale ressaltar que os doutrinadores não são uniformes ao tratar o presente tema, em especial no que tange à terminologia utilizada. Assim, há processualistas, como Humberto Theodoro Júnior⁷⁰, que diferenciam três tipos de sentenças: rescindíveis⁷¹, nulas e inexistentes. Para os que entendem desta forma, tanto as sentenças nulas

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença". In: Revista de Processo, São Paulo: RT, Ano 5, nº 19, jul.-set. de 1980, p. 28.

⁷¹ Entendidas estas como sendo aquelas que transitam em julgado, mas estando dentro do prazo de 2 anos previsto para a propositura da Ação Rescisória, estará sujeita a esta.

quanto as sentenças inexistentes não passariam em julgado, em razão da gravidade do vício de que padecem.

Embora tal posição não seja ratificada no presente estudo, pela própria temática do trabalho, que busca a desconstituição da coisa julgada inconstitucional – e caso não passassem em julgado nem as sentenças inexistentes e nem as nulas, perder-se-ia o objeto de discussão. Aponta o próprio Theodoro Júnior (1980, p. 31) o problema detectado há muito tempo:

(...) no traçar das linhas divisórias da inexistência e da nulidade, em matéria de sentenças, os autores não chegam a indicações precisas e uniformes, sendo comum o mesmo vício ser invocado ora como exemplo de nulidade, ora de inexistência, e até mesmo se chega a usar indistintamente as expressões nulidade e inexistência como se equivalente fossem.

Tal falta de homogeneidade entre os autores, redundou no interesse do presente estudo, pois, no mesmo sentido e em total sintonia com o presente trabalho, adverte José Oliani (2003, p. 226):

Encontra-se na doutrina distinção entre sentença rescindível, sentença nula e sentença inexistente. O que diferencia essas categorias é o fato de que as sentenças rescindíveis passam em julgado e, *ipso facto*, são rescindíveis, enquanto que as nulas e as inexistentes ostentam um vício tão grave que não têm aptidão para passar em julgado. A nosso ver, entretanto, as sentenças nulas passam em julgado e, conseqüentemente, são rescindíveis⁷², ao passo que somente as inexistentes juridicamente é que não ensejam a formação da coisa julgada, donde não serem rescindíveis.

(...)

Deve-se sublinhar a variedade terminológica encontrada na doutrina e jurisprudência acerca do tema sob exame – vícios da sentença. Todavia, pare-nos que o fenômeno jurídico-processual enfocado é o mesmo, variando apenas a terminologia adotada.

Conforme verificado alhures, opta-se por uma classificação e, via de conseqüência, por uma terminologia específica. Contudo, não obstante a terminologia utilizada, a doutrina identifica 3 (três) vícios⁷³ que podem contaminar as sentenças, de acordo com sua gravidade e eficácia - qualificados em vícios fracos, médios e fortes, havendo regimes jurídico-processuais próprios para seu controle.

⁷² Embora o raciocínio esteja em conformidade com a pretensão deste estudo, o autor prefere não distinguir sentença nula e rescindível, contrariamente ao que propõe Theodor Júnior e acima constatado.

⁷³ Além daqueles de natureza material que contaminam o conteúdo da sentença, conforme apresentado.

Os vícios fracos sujeitam-se à preclusão, de forma que se não alegados oportunamente são sanados; os médios sobrevivem à preclusão e à formação da coisa julgada material, restando-se sanados apenas após o transcurso do prazo da ação rescisória e os fortes são insanáveis, podendo ser atacados a qualquer momento, independente do biênio da rescisória.

Neste compasso, é possível concluir que em se caracterizando o referido vício como de nulidade, conforme pretende-se no presente estudo, as conseqüências na seara processual apresentam-se diferentes daqueles de natureza material. Uma vez que aqueles se enquadrariam, de acordo com a classificação acima, como vícios médios, com possibilidade de serem sanados, ao revés, estes, em sendo inconstitucionais denotam-se insanáveis e levam a formação da coisa julgada inconstitucional, merecendo, para tal um instrumento hábil à sua desconstituição, uma vez que tais sentenças embora contendo vício passariam em julgado.

Neste momento do estudo, torna-se imperioso estabelecer-se duas premissas: a) a sentença inconstitucional sujeita a declaração de nulidade encerra (ou não)⁷⁴ uma relação jurídica de direito público e b) a declaração de inconstitucionalidade dirigida ao Poder Judiciário tem, como conseqüência jurídica uma decisão constitutiva negativa (ou desconstitutiva).

De tal forma, o direito de revisão ou de impugnação das decisões judiciais viciadas (e de desconstituição da coisa julgada inconstitucional) visa restabelecer a conformidade dos atos jurisdicionais aos comandos emanados da Constituição Federal, em especial, por meio de da remoção dos obstáculos à possibilidade efetiva de realização do primado da justiça. Assim devem ser corrigidos os vícios que contaminam a coisa julgada, utilizando-se meios processuais adequados à sua desconstituição.

⁷⁴ Pois na forma do art. 162 do Código de Processo Civil vigente, a sentença é um ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 da mesma Lei, ou seja, podendo ou não julgar o mérito da causa.

Destaca-se que, conforme enfatizado, o grande problema enfrentado passa a ser, exatamente, a falta de unanimidade entre os autores; uma vez que uns defendem que o vício de inconstitucionalidade acarreta a inexistência jurídica da sentença, enquanto outros afirmam tratar-se de uma decisão nula. As diferenças, contudo, terminam por aí, ou seja, resumem-se a aspectos terminológicos, pois a consequência que se atribui é a mesma: a possibilidade de desconstituição da coisa julgada material eventualmente formada e a qualquer tempo, independentemente da propositura da ação rescisória.

É neste cenário que despontam as discussões sobre a coisa julgada inconstitucional, de forma que a grande celeuma encontra-se na tentativa de se estabelecer quais os efeitos de uma sentença inconstitucional e da coisa julgada que poderá ser formada a partir daquela sentença.

Para os autores que consideram tal sentença um ato processual inexistente juridicamente, conforme referenciado alhures, o ponto pacífico é o de que não havendo sentença, não se forma coisa julgada, logo, não gerando efeitos. A correção do vício de inconstitucionalidade poderia ser feita a qualquer tempo e, via de regra, por qualquer instrumento processual, não havendo nem que se falar em desconstituição da coisa julgada pela impossibilidade de se desconstituir algo que não existe.

Por outro lado, perfilhando-se do entendimento da existência da sentença inconstitucional, embora nula por conter vício tão grave e do reconhecimento da formação da coisa julgada material a partir daquela sentença viciada, mas que gera efeitos, abre-se um leque de instrumentos jurídico-processuais ofertados pela doutrina para seu ataque, alguns previstos em nossa legislação e outros, fruto de criação e/ou adaptação doutrinária, que passarão a ser analisados no capítulo seguinte.

3.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A COISA JULGADA

Neste momento do estudo, necessária se faz uma breve abordagem sobre o assunto, no intuito de identificar como ficam as decisões judiciais transitadas em julgado diante da mutação constitucional, em função das controvérsias que cercam o tema.

A mutação constitucional é um fenômeno de alteração do conteúdo do texto constitucional, não havendo, necessariamente, alteração formal na letra da lei, ou seja, podendo ocorrer sem revisões ou emendas, de forma que para garantir sua concretização, podem ocorrer modificações no próprio texto da Constituição ou a releitura de seus princípios e regras, no intuito de possibilitar maior efetividade na sua aplicação.

Tal fenômeno decorre do fato de que a Constituição deve estar intimamente ligada à realidade que a cerca, para que não venha a tornar-se letra morta. Dessa forma, torna-se possível a adequação da ordem constitucional à realidade presente dos destinatários da norma.

Machado (2005, p. 119) defende que a mutação constitucional é gênero do qual são espécies a mutação constitucional formal (expressa) e a informal, senão vejamos:

A mutação constitucional pode ser formal (expressa) ou informal. A primeira decorre do processo de emenda ou revisão, com alteração expressa do texto escrito da Constituição da República, denominada pela doutrina alemã de *Verfassungsänderung*. A segunda decorre da mudança de paradigma com o transcorrer do tempo, alterando os valores e surgindo-se novos conceitos que dão novo significado ao texto constitucional sem alterá-lo, mas representando variação tácita de seu próprio conteúdo normativo. A esse processo de mutação a doutrina alemã denomina *Verfassungswandlung*.

Já para Uadi Lamêgo Bulos (1997, p. 57), mutação constitucional seria, exatamente, a possibilidade de revisão informal da Constituição, sem necessidade de recorrer-se ao processo de revisão ou emenda, que ficaria à cargo da mutação constitucional formal.

Assevera Uadi Bulos (1997, p. 57):

Assim, denomina-se mutação constitucional o processo informal de mudança da constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra das *lex legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais.

E arremata Bulos (1997, p. 58-59):

Atuam modificando o significado das normalizações depositadas na Constituição, sem vulnerar-lhes o conteúdo expresso, são apenas perceptíveis quando comparamos o entendimento dado às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.

Entendendo a mutação constitucional como gênero ou espécie, tem-se uma certeza: de acordo com o sistema constitucional brasileiro, a Constituição Federal deve atender e possibilitar que a ordem infraconstitucional proteja os direitos dos seus titulares durante todo o tempo.

No tocante a questão da coisa julgada face à mutação constitucional posterior ao seu trânsito em julgado, três situações podem ocorrer: a) inconstitucionalidade decorrente de mutação constitucional formal; b) inconstitucionalidade decorrente de mutação constitucional informal; c) inconstitucionalidade diante das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade.

Em resposta à primeira situação acima referida, ilustra Machado (2005, p. 120):

Em relação à mutação formal mediante o processo de emenda ou revisão, fica claro que a coisa julgada deverá prevalecer se ao tempo em que foi proferida aplicava-se a ordem constitucional então vigente. Posterior modificação do texto constitucional não pode ter o condão de retroagir para desconstituir a coisa julgada. Cabe aqui a aplicação do artigo 5º, inciso XXXVI – cláusula pétrea da Constituição da República – segundo o qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O termo lei descrito deve ser interpretado extensivamente de modo a abranger as emendas constitucionais. O Poder Constituinte Derivado, com efeito, não poderia se sobrepor ao princípio da segurança jurídica preconizada pela coisa julgada.

Vale ressaltar que a situação esboçada acima por Machado, merecer mais atenção; pois embora seja essa a indicação geral do *modus operandi* do aplicador do direito, tal indicação não é absoluta. Uma vez que, conforme enfatizado ao longo deste estudo, há possibilidade de restrição ao Direito Fundamental à coisa julgada, quando inconstitucional. Assim, mesmo que excepcionalmente, deve-se estar atento à tal permissão, ainda que diante de mutação constitucional formal.⁷⁵

Já no tocante à mutação informal da Constituição, ou seja, aquela decorrente da mudança de interpretação com o transcurso do tempo que altera valores ampliando significados do próprio texto constitucional sem modificá-lo expressamente, a questão demonstra-se mais complexa. Em outras palavras, busca-se saber, se seria admissível a desconstituição da coisa julgada com base em nova interpretação constitucional.

Entende-se, neste caso, que a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, será possível, via de regra, após o pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal, por meio de súmula ou via controle concentrado de inconstitucionalidade, o que também não impede que seja via controle difuso, se o caso requisitar.

Vale ressaltar que defende-se, no presente estudo, a possibilidade de tal desconstituição, também em razão da mutação constitucional, tanto em sede de controle difuso quanto em controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que havendo previsão dos dois sistemas no ordenamento jurídico brasileiro e sendo ambos eficazes mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, não se pode olvidar em aplicá-los em sua amplitude, com as diferenças que lhes são peculiares.

Na verdade, o que ocorre diante da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, pelo próprio juiz de primeiro grau, *incidenter tantum* e com efeitos *inter partes*, é que sendo esta a ação esperada do

⁷⁵ Há hipóteses, não raras, de que a mutação constitucional formal advém, exatamente, para “pacificar” determinado entendimento, no sentido de uniformizar algumas decisões judiciais daquele termo em diante, buscando evitar a insegurança jurídica. Nesses casos, em especial, deve-se abrir a possibilidade de desconstituição da coisa julgada, anteriormente formada e inconstitucional, diante da atual emenda ou revisão da Constituição, para torna-la constitucional e assegurar determinado direito ao jurisdicionado.

magistrado, equivale ao segundo caso hipotético elencado na introdução deste trabalho, denominado “sentença 2”⁷⁶, sobre a qual não há necessidade de desconstituição, logo, não se enquadrando no corte metodológico deste estudo. Logo, a preocupação recai sobre o controle concentrado, conforme observado alhures.

Outro ponto a ser destacado neste momento do estudo é a eficácia temporal dos efeitos da referida declaração de inconstitucionalidade e conseqüente, desconstituição da coisa julgada. Entende-se, como regra geral, pela eficácia *ex tunc*, ou seja, uma vez declarada a inconstitucionalidade na via concentrada, seus efeitos retroagirão para atingir as coisa julgada pretéritas, desde que o Supremo Tribunal Federal, na decisão, não opte pela ressalva legal atualmente prevista no art. 27 da Lei 9868/99.

Assim, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal, vislumbrando razões de segurança jurídica e e excepcional e relevante interesse, poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando de forma expressa em sua decisão os ato pretéritos que se basearam naquela lei ou ato normativo declarado inconstitucional, atribuindo-lhe efeitos *ex nunc*, inclusive para estabelecer que a decisão somente produzirá efeitos após o julgamento definitivo, de forma a definir, qual seria a melhor solução, evitando, assim, a eternização das demandas e assegurando a segurança jurídica.

3.4 PRINCIPAIS INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA O CONTROLE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Uma vez reconhecido o fato de que a coisa julgada inconstitucional, nos moldes apresentados alhures, deve ser desconstituída, necessária se torna a apresentação

⁷⁶ Sentença 2 – Sentença que aplica lei notoriamente inconstitucional, ainda não declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que o Juiz em controle difuso de constitucionalidade com efeitos *inter partes*, a declara contrária a Carta Magna naquele caso concreto;

dos instrumentos dispostos no ordenamento e indicados pela doutrina para efetuar esse controle de constitucionalidade judicial.

Levantam-se muitas vozes que, entretanto, parecem caminhar em sentidos diversos. Parte da doutrina defende somente a utilização de instrumentos processuais típicos, e outra parte afirma a necessidade de se recorrer a instrumentos atípicos, passando a sugeri-los.

Afirma Talamini (2005, p. 614-615):

Uma vez reconhecido que a coisa julgada deve ser em certos casos “relativizada” mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, a suposta falta de instrumentos processuais típicos não pode servir de obstáculo. Cabe aqui considerar a previsão geral do acesso à Justiça (art. 5º XXXV). Assim, e em princípio, será viável o emprego de uma ação para a quebra atípica da coisa julgada (i.e, além da ação rescisória e dos já mencionados meios típicos especiais – mandado de segurança, hábeas corpus, arguição de descumprimento de preceito fundamental, embargos ex art. 741, parag. Ún. – utilizáveis na medida em que presentes seus requisitos específicos...). No direito brasileiro, diferentemente de outros ordenamentos, não há óbice conceitual ao emprego de uma nova ação para a revisão de anterior pronunciamento judicial.

Percebe-se que não há uniformidade na doutrina para apontar qual(is) seria(m) a(s) ação(ões) mais adequada(s) à desconstituição da coisa julgada inconstitucional, em especial, pela ausência de uma sistematização. Assim, passaremos a analisar os principais instrumentos jurídico-processuais apontados para tal fim, buscando, ao final, propor uma sistematização que facilite a aplicação desse(s) meio(s).

3.4.1 Ação Rescisória (ampliada)

O controle e a desconstituição da coisa julgada no direito brasileiro não são matérias novas, pois é pacífico que há tempos são admitidas, expressamente, a ação rescisória, no cível, e a revisão criminal, no âmbito do direito penal, mas tão somente nas hipóteses previstas na lei infraconstitucional.

O que se busca, com o presente trabalho, é a possibilidade de se desconstituir a coisa julgada para além das hipóteses definidas na lei processual infraconstitucional (civil e penal, respectivamente), ou seja, nos casos em que a decisão judicial violar a Constituição Federal de 1988.

Assim, tem-se por ação rescisória aquela apta à desconstituição da coisa julgada material, com o eventual re-julgamento do que foi anteriormente decidido na sentença ou acórdão. Não se trata de uma modalidade de recurso, mas de uma ação autônoma de impugnação, conforme Nelson Nery (2000, p. 83). A diferença entre eles é que, pelo recurso, a decisão é impugnada no próprio processo em que foi proferida, ao passo que, por meio da ação autônoma de impugnação, haverá sempre um novo processo.

Oportunas são as lições de Eduardo Talamini (2005, p. 137) sobre o instrumento em análise:

No direito brasileiro, o mecanismo rescisório tem a natureza de *ação*: formula-se novo pleito de tutela jurisdicional voltado ao desfazimento (anulação, desconstituição) da decisão acobertada pela coisa julgada (*iudicium rescindens*) e, no mais das vezes, à emissão de novo pronunciamento que substitua o anterior (*iudicium rescissorium*). É ação de natureza constitutiva negativa, instauradora de novo *processo* cujo objeto é a revisão de julgamento anterior, com sua substituição por outro ou, em alguns casos, apenas sua invalidação.

Nesse ponto, há significativa diferença em relação a outros ordenamentos, em que o instrumento de desconstituição da coisa julgada é qualificado como “recurso”. Nesses outros sistemas, a concepção de recurso é distinta daquela vigente no direito brasileiro. Concebem “recursos ordinários” e “extraordinários”, conforme o mecanismo de impugnação de decisões seja exercitado respectivamente dentro ou fora do processo em que o ato recorrido foi proferido (v.g., Itália, França...). Em tais ordenamentos, não se cogita do emprego de uma ação como meio de desconstituição de decisões judiciais. Os mecanismos equivalentes à nossa rescisória enquadram-se entre os recursos ditos “extraordinários”.

Mais adiante, assevera possuir a ação rescisória legitimidade constitucional, senão vejamos:

Não há dúvidas de que a ação rescisória, embora destinada a mitigar a garantia da coisa julgada, reveste-se de legitimidade constitucional. Por um lado, o próprio texto constitucional alude ao instituto (v.g., arts. 102, I, *j*, 105, I, *e*, e 108, I, *b*). Por outro lado, a Constituição remete ao legislador infraconstitucional a específica configuração do regime da coisa julgada, no que se inclui a possibilidade de estabelecer mecanismos destinados à sua rescisão. Assim, a ação rescisória é instrumento *admitido* pela Constituição. No entanto, não está posta como uma garantia necessária e inafastável. Ou

seja, a Constituição não impõe que toda sentença revestida de coisa julgada material seja passível de ação rescisória. A definição das hipóteses de seu cabimento é incumbência do legislador infraconstitucional (TALAMINI, 2005, p. 139).

Dentre as situações apontadas pelo Código de Processo Civil como sujeitas à ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada material anteriormente formada, ou seja, entre as causas da rescisória, não se encontra, de forma expressa, o item “violação à Constituição”. A hipótese de coisa julgada inconstitucional, entretanto, para os que assim a reconhecem, enquadra-se no art. 485, V do CPC ⁷⁷, devendo-se interpretar o vocábulo “lei” em sentido amplo, para nele conter: Constituição, lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória, conforme afirma Barbosa Moreira (2001, p. 130.)

Lembra Machado que o Superior Tribunal de Justiça vem firmando o entendimento de que a ação rescisória é o meio processual hábil para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, trazendo à baila a seguinte ementa:

Ação rescisória – artigo 485, V, CPC – Declaração de inconstitucionalidade pelo STF, de preceito legal no qual se louvara o acórdão rescindendo – cabível a desconstituição, via AR, de decisão com trânsito em julgado que deixa de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional ou a aplica por tê-la como de acordo com a CF. Ação procedente (MACHADO, 2005, p. 127).

Entretanto, apresenta Machado, em nota de rodapé, a crítica de Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro em relação àquele entendimento do Superior Tribunal de Justiça que não fez a distinção entre a coisa julgada inconstitucional e a coisa julgada ilegal, conferindo o mesmo tratamento a ambas e afastando a Súmula 343⁷⁸ do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida dos Tribunais”.

⁷⁷ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
[...];
V - violar literal disposição de lei;
[...].

⁷⁸ A redação da súmula 343 do STF, que deve ser afastada, afirma que não cabe ação rescisória com base no art. 485, V do CPC quando, à época da prolação da decisão que se pretendia rescindir, a jurisprudência era controvertida. O motivo da não aplicação da súmula é que no caso sob exame o vício é muito mais grave, trata-se de inconstitucionalidade e não de ilegalidade.

Sobre a não aplicação da referida súmula, *in casu*, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, conforme se verifica do acórdão de relatoria do Ministro Francisco Peçanha Martins, a seguir transcrito:

[...] A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento., sem discrepância, no sentido de que é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula nº 343/STF (Resp. nº 36.017/PE, 2ª Turma, Relator Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 11.12.2000, p. 185)

Destaca, ainda, o referido autor (2005, p. 128) que a competência para o julgamento dessa ação rescisória será do Tribunal respectivo, na forma dos artigos 102, I, “j”; art. 105, I, “e”; art. 108, I, “b”, todos da CF/88 e que diante da supremacia da Constituição, inaplicáveis serão as restrições infraconstitucionais à rescisória nesses casos. Assim, não se poderá falar do prazo decadencial de 2 (dois) anos, do depósito prévio exigido em ações da espécie (art. 488, II, CPC), nem da súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, referenciada acima.

Outra peculiaridade da possível utilização deste instrumento jurídico para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional diz respeito ao prazo decadencial de 2 anos do trânsito em julgado da sentença, que, via de regra, deve ser observado pelo requerente, que no caso da coisa julgada inconstitucional, não haveria que ser considerado.

No mesmo sentido, afirma Siqueira (2006, p. 162):

Ora, em casos como os de inconstitucionalidade, p. ex. atentatórios ao princípio da isonomia, o correto é fazer-se uma interpretação conforme a Constituição do instituto processual em questão, para que, filtrando-se a norma do art. 495 do CPC, seja permitida a proposição da ação rescisória em prazo maior do que o de 2 anos. Humberto Theodor Júnior diz que a admissibilidade da ação rescisória para a impugnação da coisa julgada inconstitucional não deve obedecer a regime jurídico idêntico ao da coisa julgada ilegal, donde seria possível a propositura da ação após os 2 anos.

Justifica este autor que não se deve aceitar a objeção de que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais poderia comprometer o princípio da segurança e a estabilidade das relações sociais. Para contornar o inconveniente em questão nos casos em que se manifeste relevante o interesse na preservação da segurança, sugere Humberto Theodoro Júnior que se recorra ao princípio constitucional da razoabilidade.

Percebe-se, na doutrina, muitos desencontros quanto à possibilidade de utilização da ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional. Assim, é possível a formação de, pelo menos, 3 (três) correntes de entendimento:

1) Há quem defenda, como Jesualdo de Almeida Júnior (2006, p. 215), em oposição ao que foi demonstrado acima, que seria a ação rescisória o remédio legítimo para a defesa do cidadão contra a coisa julgada inconstitucional, no entanto, deve ser manuseada no interregno de 2 (dois) anos, sob pena de caducidade, com base na dicção literal do art. 495 CPC e trazendo uma exceção pontual na lei em que o prazo para propor a rescisória seria de 8 (oito) anos, em processos que digam respeito à transferência de terras públicas, nos termos do art. 8º-C, da Lei 6.739 de 05.12.79;

2) Humberto Theodoro Júnior e Pedro Antunes de Siqueira, dentre muito outros, conforme demonstramos acima, afirmam seu cabimento sem a necessidade de observância do referido prazo, pelo fundamento de que se trata de um vício de inconstitucionalidade, logo, não dependeria de prazo para sua argüição;

3) já a terceira corrente, defendida por Daniel Carneiro Machado, propugna pela impossibilidade da utilização da ação rescisória nos casos de desconstituição da coisa julgada inconstitucional, com base na natureza jurídica do vício da sentença que lhe daria origem. Afinal, sendo a sentença inconstitucional nula, não tem aptidão para produzir efeitos, logo, nula também será a coisa julgada que sobre esta venha a incidir, não dependendo de ação rescisória para desconstituí-la.

3.4.2 Embargos à execução baseados em títulos judiciais inconstitucionais

Com a introdução do parágrafo único⁷⁹ ao artigo 741 do Código de Processo Civil,

⁷⁹ Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: [\(Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#).

[...];

II - inexigibilidade do título;

[...]

parágrafo único – “Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo

permitiu-se a argüição de nova matéria de defesa nos embargos à execução de título judicial, de forma a ampliar o rol taxativo previsto no artigo 741 sob comento.

Com a alteração legislativa, passou a ser possível que o executado suspendesse a execução na hipótese de incompatibilidade do título executivo judicial com a Constituição Federal, desde que fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Assis (apud SIQUEIRA 2006, p. 172), a idéia para a criação desses Embargos desconstitutos de eficácia da coisa julgada inconstitucional tem origem na legislação da Alemanha. O §79 da lei do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) dispõe que, embora permaneçam na íntegra os provimentos judiciais baseados em norma inconstitucional, sua execução é inadmissível, aplicando-se o § 767 da ZPO (que permite a oposição do executado com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado).

Nota-se, pela análise do dispositivo, que são apresentadas 3 (três) hipóteses de “inexigibilidade” do título executivo judicial: a exigência de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo sobre o qual o título executivo se funda; título executivo judicial que aplique ato normativo ou lei tida por incompatível com a Constituição Federal; e título executivo judicial que implique interpretação tida por incompatível com a Constituição.

Ressalta-se que nas segundas e terceiras hipóteses ventiladas, a matéria poder ser suscitada nos embargos à execução, independentemente da existência de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, devendo o requerente demonstrar de forma cabal a ofensa direta à Constituição para que se admita a desconstituição da coisa julgada. Na primeira hipótese, entretanto, já houve julgamento pelo Supremo.

Quanto ao momento de aplicação do referido dispositivo legal, destaca Machado (2005, p. 135-136):

Em relação aos futuros e aos pendentes, parece-nos evidente que eles poderão no momento oportuno, ser atingidos pela regra legal do parágrafo único do artigo 741, do Código de Processo Civil. A controvérsia existe, porém, em relação aos atos processuais exauridos, nos quais tem guarida a coisa julgada.

Num primeiro momento, tenderíamos a afirmar que o dispositivo legal não poderia se aplicar contra as coisas julgadas formadas anteriormente à sua vigência, em respeito ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988. Lyrio Pimenta e Talamini comungam desse entendimento.

Todavia, o mesmo não pensamos. (...) Caso a coisa julgada inconstitucional não seja possível de surtir efeitos válidos, a coisa julgada sobre ela incidente também não terá o condão de existir validamente.

Em outras palavras, a lei apenas instituiu medida processual de controle dos atos judiciais tidos como inconstitucionais, podendo incidir imediatamente para impedir a produção de seus efeitos, sob pena de a decisão judicial sobrepor-se à própria Carta Magna. Mesmo porque os embargos do artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não constituem o único mecanismo de impugnação da coisa julgada inconstitucional.

Insta lembrar que, mesmo antes do acréscimo do referido dispositivo legal que inseriu a coisa julgada inconstitucional no rol das matérias a ensejarem os embargos à execução, de forma expressa, o Supremo Tribunal Federal entendia que, mesmo diante da declaração de inconstitucionalidade de uma norma sobre a qual se fundava determinada sentença, somente seria possível ao vencido desconstituir o julgamento por meio da ação rescisória, conforme apresenta Pedro Eduardo Siqueira (2006, p. 171):

No recurso Extraordinário (RE nº 86.056-SP), julgado em 31/05/1977, cujo relator foi o Min. Rodrigues Alckmin, a 1ª Turma do STF rejeitou a propositura de embargos à execução fundada em sentença firmada sobre norma posteriormente declarada inconstitucional. Reiterando tal posição, na Reclamação nº 148-RS, julgada em 12/05/1983, cujo relator foi o Min. Moreira Alves, o Pleno do STF entendeu que a decisão no controle de constitucionalidade não era eficaz perante a execução lastreada em título executivo judicial confeccionado em tais condições.

Por fim, vale destacar uma vantagem e uma desvantagem de ordem prática que os embargos desconstitutivos possuem como instrumento hábil a impugnar a coisa julgada inconstitucional. Milita em seu favor o fato de que esta, como regra, não suspenderá a execução, salvo se houver uma ação cautelar incidental para tal fim.

Entretanto, a grande desvantagem da utilização do instituto para tal fim é a necessidade de garantia do juízo.

3.4.3 *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança

A doutrina e a jurisprudência acenam em direção à possível utilização do *Habeas Corpus*, em função de sua eficiência e celeridade, mesmo que seja cabível recurso (judicial ou administrativo) contra o ato coator, pouco importando se ainda está dentro do prazo para interposição de recurso, se foi efetivamente interposto ou decorreu *in albis* o prazo de sua interposição; nem o trânsito em julgado da decisão reputada coatora obsta o cabimento desse remédio constitucional, que, em todos esses casos, poderia ser utilizado como medida especialíssima.

A essência do *Habeas Corpus*, ao contrário do que muitos pensam, não reside na matéria a ser discutida. Assim, não fica o remédio adstrito às causas de natureza penal, já que se trata de garantia da própria Constituição Federal para o jurisdicionado. Logo, a peculiaridade que permitiria o afastamento da coisa julgada está no bem jurídico envolvido: o direito de liberdade; valor este muito mais relevante em favor do qual a segurança jurídica deve ceder espaço.

Sobre a aplicação do *Habeas Corpus*, esclarece-nos Talamini (p. 512-513):

[...] Já no direito romano arcaico vigorava a norma de que a sentença contrária à liberdade não valia como coisa julgada, pois permitia sempre o exercício de uma nova ação *de eadem* – princípio esse que veio a ser expressamente consagrado em uma Constituição de Justiniano (C. 7, 17, 1 pr., ano 528).

Não há regra explícita com o mesmo teor da atual ordem jurídica brasileira. Repita-se que mesmo na esfera penal não é a regra que permita ampla revisão da sentença condenatória a todo tempo que estabelece esse suporte normativo. Tal regra apenas se inspira no mesmo princípio que dá amparo ao *habeas corpus* contra a coisa julgada: a máxima proteção da liberdade pessoal. No processo civil nem sequer há previsão similar: a ação rescisória é restrita quanto ao prazo e hipóteses de cabimento. E mesmo assim se admite o *habeas corpus* com a mesma amplitude. O que se tem nesse caso é a constatação da primazia da liberdade, no rol dos direitos fundamentais. A sua prioridade em face da segurança jurídica é tal que

pode ser afirmada ainda prévia e abstratamente, sem a necessidade de que os valores sejam ponderados *in concreto*.

Some-se a isso, como fator secundário, a circunstância de que o *habeas corpus* presta-se a atacar casos de ilegalidade *evidente*. Ainda que não se ponha de modo idêntico ao mandado de segurança o rígido requisito da prova preconstituída, exige-se, de qualquer modo, uma demonstração de plano ou pelo menos simplificada da relevância dos fundamentos da impetração.

O mandado de segurança contra decisões transitadas em julgado, por sua vez, sempre foi objeto de severas críticas e restrições, tal como assentou o Enunciado nº 268 da súmula do Supremo Tribunal Federal, que assevera: “Não cabe mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado”. No entanto, vale lembrar que, tratando-se de garantia constitucional, deve-se buscar, como é feito por parte da doutrina e a própria jurisprudência nos casos “decisão teratológica”,⁸⁰ uma interpretação elástica quanto ao cabimento do *mandamus*.

Verifica-se que a principal limitação à aplicação do Mandado de segurança parte de um parâmetro processual, qual seja, o “direito líquido e certo”, entendido como a exigência de apresentação de prova pré-constituída dos fatos relevantes para a concessão da tutela que se pleiteia, o que, em se tratando de coisa julgada inconstitucional, seria verificável de modo direto e inequívoco.

Esclarece Talamini (2005, p. 514) que, embora direto e inequívoco, a amplitude do objeto de proteção do mandado de segurança impede que se lhe dê, no que concerne ao emprego contra atos revestidos da coisa julgada, uma solução geral e única como a estabelecida para o *habeas corpus*. Por isso, torna-se imprescindível verificar a essencialidade do bem que, *in concreto*, o mandado de segurança vai proteger.

Argumenta, ainda, Talamini (2005, p. 514) que a circunstância de o mandado de segurança estar estabelecido na Constituição como garantia fundamental contra qualquer ato estatal, não limitado quanto à natureza (jurisdicional ou não) e estabilidade (acobertado ou não por coisa julgada), é insuficiente para lhe conferir automaticamente o alcance tão amplo, quase ilimitado, que tem o *habeas corpus*,

⁸⁰ E uma coisa julgada que ofende a Constituição pode ser facilmente classificada como teratológica, pois, se conforme entendem os Tribunais, há uma graduação das ilegalidades, a ofensa às normas constitucionais está acima disso, logo, mais teratológico, impossível.

fazendo-se necessário ponderar valores. Uma vez que, a estabilidade dos atos jurisdicionais e a diretriz de que eles devem apenas ser impugnados pelas vias processuais estabelecidas também se fundam em garantias constitucionais: a coisa julgada e o devido processo legal.

No que tange ao Mandado de Segurança contra ato judicial, leciona com propriedade Cássio Scarpinella Bueno (2007, p. 62-63):

Toda vez que se puder evitar a consumação da lesão ou da ameaça pelo próprio sistema recursal, isto é, interpretando-o de uma tal forma que ele, por si próprio, independentemente de qualquer outra medida judicial, tenha aptidão para evitar a consumação de dano irreparável ou de difícil reparação para o recorrente, e pela *dinâmica* do efeito suspensivo dos recursos, forte no que dispõe o caput e o parágrafo único do art. 558 do Código de Processo Civil, descabe o mandado de segurança à mingua de *interesse jurídico* na impetração. Inversamente, toda vez que o sistema recursal não tiver aptidão para evitar a consumação de lesão ou ameaça na esfera jurídica do recorrente, o mandado de segurança contra ato judicial tem pleno cabimento. Cabe, a bem da verdade, para salvaguardar o direito do recorrente e como forma de colmatar eventual lacuna decorrente da ineficácia do sistema recursal. Na lição de Kazuo Watanabe (*Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 106), o mandado de segurança contra atos judiciais não pode apresentar-se como um “...remédio alternativo à livre opção do interessado, e sim como instrumento que contempla o sistema de remédios organizados pelo legislador processual, cobrindo as falhas neste existentes no que diz com a tutela de direitos líquidos e certos”.

Assim, o mandado de segurança não é simples mecanismo acessório ou instrumento residual, mas, no âmbito da atividade jurisdicional, a regra constitucional de sua admissibilidade ampla deve ser compatibilizada com as regras internas do processo, como importante faceta de outra garantia: o devido processo legal. Assim, se a disciplina processual já prevê outro instrumento hábil para controlar dado ato jurisdicional, afasta-se o cabimento do mandado de segurança, por falta de interesse processual.⁸¹

Pelo exposto neste tópico, é possível concluir que a desconstituição da coisa julgada mediante *habeas corpus* ampara-se na máxima essencialidade do bem jurídico envolvido, não havendo sequer limitação em relação ao interesse de agir, ao passo que, no mandado de segurança, não há idêntica vinculação a um específico valor fundamental, razão pela qual são bem mais rígidos os parâmetros de

⁸¹ No mesmo sentido Cássio Scarpinella Bueno (2007, p. 60) e Eduardo Talamini (2005, p. 518).

admissibilidade contra a sentença transitada em julgado, dependendo de prova pré-constituída do inequívoco vício da decisão impugnada, que no caso de inconstitucionalidade parece-nos notório.

3.4.4 Ação declaratória de nulidade: uma revisitação à “*querella nullitatis*”

A *querella nullitatis* tem origem romana, sendo entendida como uma ação autônoma, de natureza declaratória, que visa atacar os vícios da nulidade e da inexistência de uma sentença judicial. A previsão desta ação no ordenamento jurídico brasileiro para alguns⁸² estaria no art. 741, I CPC, enquanto para outros⁸³ não haveria previsão legal expressa, no entanto, não resta dúvidas de se tratar do embrião das ações impugnativas de sentenças como a rescisória.

No direito romano, os *errores in procedendo* graves, em geral as infrações de regras processuais de grande relevância, resultavam na denominada *nulla sententia*. Esta não era equivalente ao que hoje se tem por sentença nula, nem por sentença anulável, mas, equivaleria ao que a doutrina moderna chama de sentença inexistente. A melhor tradução, portanto, para a expressão em latim, seria “sentença-nenhuma” ou “não-sentença”, diante da qual não há que se falar em preclusão ou coisa julgada.

No mesmo sentido, são as lições de Barbosa Moreira (2001, p. 230):

Chama-se em Roma *nulla sententia* ao pronunciamento judicial eivado de defeitos muito graves, notadamente de ordem processual; mas o conceito que se exprimia por tais palavras correspondia ao que hoje, apesar de reiteradas críticas doutrinárias, geralmente se designa pela locução “sentença inexistente” e implicava a desnecessidade do uso de qualquer remédio. Só muito mais tarde, por influência do direito germânico, veio a firmar-se o princípio de que mesmo os *errores in procedendo* precisavam ser denunciados por meios específicos, sob pena de ficar preclusa a sua arguição, prevalecendo para todos os efeitos a decisão viciada. Essa a origem da *querella nullitatis*, instituto que se desenvolveu no período intermédio, paralelamente à apelação, reservada em regra para a denúncia de supostos *errores in iudicando*.

⁸² Alexander Macedo, Celso Neves etc.

⁸³ Adroaldo Furtado Fabrício, Jesualdo Eduardo de Almeida Jr, etc.

Percebe-se que na Roma Antiga não existia um instrumento de impugnação denominado *querella nullitatis* que surgiu na idade média e desdobrava-se, segundo Alexander Macedo (2000) na *querella nullitatis sanabilis* (para impugnar os *errores in procedendo* menos graves) e a *querella nullitatis insanabilis* (para impugnar os *errores in procedendo* mais graves). A chamada *sanabilis* acabou por ser absorvida, nos sistemas modernos, pelo recurso da apelação. Já a mais grave (*insanabilis*), argüível mesmo após o transito em julgado da sentença, transformou-se em outros remédios processuais.

Adroaldo Fabrício Furtado (apud ALMEIDA JÚNIOR, 1987) mesmo defendendo não haver previsão legal expressa para o instrumento no direito brasileiro, ressalta que isso não implica dizer que a *querela nullitatis* não seja admissível. Assim declara Fabrício A. Furtado (1987, p. 37) :

Todas as considerações já alinhadas conduzem à conclusão de continuar admissível no direito brasileiro contemporâneo a ação autônoma de desconstituição da sentença proferida (...). Significa isto que a postulação em juízo pela nulidade da sentença independe, no caso, tanto de sua rescisão como do uso de embargos à execução, com algumas conseqüências relevantíssimas. A primeira é a de não se dirigir a argüição a um juízo de grau ou hierarquia superior à do prolator da sentença, mas a este mesmo. Outra é a de não se submeter a ação cogitada ao curto prazo decadencial em que é proponível o pedido de rescisão.

Ressalta Siqueira (2006, p. 204) que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁸⁴, bem como a doutrina, já se pronunciaram em favor da subsistência da *querella nullitatis insanabilis*, por meio da ação declaratória de nulidade, no direito brasileiro, a ser proposta no juízo de primeiro grau (salvo nos casos de competência originária nos tribunais).

⁸⁴ Ementa: Ação de nulidade. Alegação de negativa de vigência dos artigos 485, 467, 468, 471 e 474 do C.P.C. para a hipótese prevista no artigo 741, I do atual Código de Processo Civil – que é a de falta ou nulidade de citação, havendo revelia - persiste, no direito positivo brasileiro, a querela nullitatis, o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível. Recurso Extraordinário não conhecido. (RE 96374/GO, publicado em 11/11/1983).

Enfatiza o autor (p. 204-205) que o vício de inconstitucionalidade a macular a coisa julgada é tão grave que, da mesma forma como acontece com o vício de citação, também encontra suporte nos embargos à execução, mais especificamente, no art. 741, parágrafo único, CPC (com a nova redação dada pelo art. 10 da Medida Provisória nº 2.180). Assim, se os referidos vícios recebem o mesmo tratamento pelo ordenamento jurídico, merecem a mesma sorte, cabendo, desta forma, a impugnação da sentença com trânsito em julgado viciada, após o prazo de embargos à execução, por meio da ação declaratória de nulidade.

Continua Siqueira (2006, p. 208), defendendo que a nulidade em questão é absoluta e não relativa (o que faria com que a sentença com vício de inconstitucionalidade se tornasse sanável pelo advento da coisa julgada). A coisa julgada infringe, neste caso, a norma mais alta do ordenamento jurídico do País (a Constituição Federal), que contém normas indisponíveis, logo, trata-se de nulidade absoluta que não convalesce e pode ser impugnada a todo tempo, também via querella nullitatis (ação declaratória de nulidade, sem prazo decadencial ou prescricional).

No mesmo sentido, preciosas são as lições de Nascimento (2005, p.166-168):

Se a sentença inconstitucional é nula, por incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual. Na espécie, pode-se valer, sem observância de lapso temporal, da ação de nulidade da sentença, tendo presente que ela não perfaz a relação processual, em face de vício grave que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado. Nesse caso há de se buscar suporte na actio querella nullitatis.

De referência a essa ação autônoma, cumpre trazer o conceito formulado por José Cretella Neto: Expressão latina que significa nulidade do litígio.

E, mais à frente, conclui o supracitado autor (2005, p. 173):

Por outro lado, não pode ser decretado outro instrumento processual, remédio, também, indicado para remover os obstáculos advindos da coisa julgada inconstitucional. Trata-se da *ação declaratória de nulidade absoluta e insanável da sentença*. De inspiração romana, pois, derivada da querella nullitatis, pode ser utilizada sem observância de prazos prescricionais ou decadenciais, portanto, a qualquer tempo com o objetivo de declarar a nulidade da relação jurídica viciada, fundada em preceito imoral ou inconstitucional.

Por derradeiro, com escopo nas lições acima, são passíveis de ser desconstituídas as sentenças que põem fim ao litígio com ou sem a apreciação do mérito, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, por meio da ação autônoma cujo principal fundamento é a anulação da sentença de mérito que fez coisa julgada inconstitucional, por alguns denominada, ainda, de *querella nullitatis*.

A grande desvantagem da eventual utilização que a ação declaratória de nulidade para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional é que o ajuizamento desta ação, por si só, não é capaz de suspender o curso da execução, dependendo, para tal, da propositura de uma ação cautelar incidental com esta finalidade específica.

3.4.5 Ação declaratória de inexistência (“*actio nullitatis*”)

A *actio nullitatis*, conforme leciona Talamini (2005, p. 368), destina-se à constatação da inexistência da sentença, sendo exercitável “a qualquer tempo”, uma vez que sendo precipuamente declaratória, não está sujeita aos prazos de prescrição ou decadência. Estão legitimados a formulá-la tanto o vencido quanto o vencedor, cujo interesse pode residir na eliminação da incerteza criada pela aparência de sentença, pertencendo à competência do juiz de primeiro grau (*rectius*: do juiz com competência originária para a causa objeto da sentença inexistente).

Tratando-se de vício de inexistência, conforme observamos em capítulo próprio, desnecessária se faz a utilização da ação rescisória para o reconhecimento dessa inexistência, vez que não há que se falar em coisa julgada, não tendo o que rescindir. Contudo, há autores que admitem a rescisória, sem prejuízo de outros instrumentos de constatação da inexistência, tradicionalmente afirmadas, conforme demonstra Talamini (2005, p. 364).

Ressalta Talamini, ao lembrar que na jurisprudência também se constata a ausência de solução uniforme para a questão, para em seguida apresentar a fungibilidade como solução possível:

Há decisões que excluem peremptoriamente o cabimento da rescisória, decisões que lhe afirmam a impropriedade, mas ainda assim admitem, e decisões que reputam admissíveis indistintamente a ação rescisória e a ação comum declaratória.

Diante desse panorama de intensa controvérsia, há quem defenda a aplicação do princípio da fungibilidade: embora se considerando tecnicamente inapropriada a ação rescisória, ela deveria ser admitida. A parte não poderia ser prejudicada por haver se valido de meio que significativa parcela da doutrina e da jurisprudência consideram adequado.

Não há como discordar dessa solução. Mas, a consideração da fungibilidade deverá ser reservada basicamente para afastar a invalidação de processos rescisórios já concluídos ou ao menos já decididos. Ou seja: o aproveitamento da ação rescisória em casos de sentença inexistente é fundamental nos casos em que apenas no final do processo constata-se que não era essa a via adequada (p. ex., para evitar que se casse ou rescinda o acórdão sob o argumento de que a competência para a mera declaração de inexistência não era do tribunal, mas do juiz de primeiro grau). (TALAMINI, 2005, p. 365-366).

E complementa a exposição, afirmando que:

Já quando logo no início do processo rescisório verifica-se a inadequação, a solução será mais singela – e tomará em conta os mesmos valores que respaldam a diretriz da fungibilidade: instrumentalidade das formas, segurança jurídica, boa-fé, razoabilidade e economia processual. Não será o caso de o tribunal propriamente admitir a ação rescisória em lugar da declaratória de inexistência. Caber-lhe-á tomar providência mais simples. A petição inicial apresentada sob a roupagem de “ação rescisória” rigorosamente consistirá em uma *actio nullitatis*. O magistrado não se vincula ao “nome” que o autor dá à ação. Tampouco fica adstrito aos dispositivos legais invocados na inicial (*iura novit curia*). A impropriedade do pedido “rescisório” também será irrelevante. Na medida em que se apresente uma causa de pedir suficientemente descritiva de situação que implica sentença inexistente, caberá tomar o pedido como sendo de declaração dessa inexistência – sem que se possa falar em inépcia da inicial. O problema então não será de inadequação de uma “ação rescisória”, mas, quando muito, de mera incompetência do tribunal para processar e julgar originariamente a *actio nullitatis* – o que se soluciona com a simples remessa do processo para o juízo competente (TALAMINI, 2005, p. 366).

Ressalta-se, por oportuno, não ser em toda e qualquer situação que a ação declaratória de inexistência destina-se a permitir a simples repositura da ação, pois embora a sentença seja inexistente, é possível que os atos anteriores no processo não o sejam. Dessa forma, ao se reconhecer que a sentença é inexistente, reabre-se o processo anterior desde o ponto em que nele foram praticados os atos inexistentes.

3.4.6 Ação Anulatória

A ação anulatória, de acordo com José Arnaldo Vitagliano (2008, p. 82), é uma ação de conhecimento declaratória, em que se pleiteia a declaração da nulidade do ato então *sub judice* e a retomada ao *statu quo ante* na relação jurídica que resultou do ato anulado, a seguir o procedimento ordinário previsto no art. 274⁸⁵ do CPC, que determina seguirem-se os procedimentos previstos nos Livros I e II do mesmo diploma legal.

Adverte o autor, oportunamente, que não deve a ação ser chamada, por ser forma errônea, de ação ordinária de nulidade, isso porque se trata de ação de conhecimento declaratória a seguir o procedimento ordinário, uma vez que não existem ações ordinárias, mas sim, ações que seguem o rito ordinário.

Utiliza-se a ação anulatória nos casos em que a sentença não faz coisa julgada (ou faz a coisa julgada nula), como ocorre nas sentenças trânsitas em julgado inconstitucionais, quais sejam, aquelas que possuem vício de nulidade por contrariarem norma prevista na Constituição Federal, seja esta regra ou princípio. Tais sentenças não poderiam ser objeto de ação rescisória, o que é aplicável às sentenças que julgam o mérito e formam coisa julgada, na forma da lei processual de vigência.

Vitagliano (2008, p. 82) busca auxílio no Vocabulário Enciclopédico de Tecnologia Jurídica e Brocardos Latinos, para bem definir a ação anulatória. Senão vejamos:

Ação anulatória significa: “Ação Anulatória de Ato Judicial. Diz-se daquela para rescindir atos judiciais que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória (Cód. de Proc. Civil, art. 486).”

Para se definir a ação anulatória, podemos também definir a ação de anulação: “Ação de Anulação. Em direito civil e direito processual civil; diz-se em geral, da que tem por fim o desfazimento de um ato ou de um negócio jurídico viciado por erro, dolo, simulação ou fraude (Cód. Civil, arts. 86, 92, 98, 102, 106 e 107; atuais arts. 138 e seguintes do CC de 2002).”

⁸⁵ Art. 274. O procedimento ordinário rege-se-á segundo as disposições dos Livros I e II deste Código.

Trata-se, neste caso, também, de ação anulatória a nosso ver a ser ajuizada com fulcro formal no art. 486 do CPC e, com base material nos artigos citados no ordenamento civil pátrio (VITAGLIANO, 2008, p. 82).

Destaca-se que o ato de rescindir, via de regra, tem por conseqüência a reabertura de processo findo e desconstituição da sentença formalmente transitada em julgado, nele proferida, e portadora de vício expressamente previsto em lei. Contudo, em se tratando de ação anulatória (assim como na ação rescisória), não se abre (ou reabre) o processo findo, mas obtém-se, com o julgamento da procedência da ação, a declaração da nulidade do ato e o retorno das partes ao estado de fato anterior aos efeitos produzidos pelo ato anulado, conforme mencionado alhures.

O artigo 486 do Código de Processo Civil brasileiro prevê uma ação anulatória nos seguintes termos: “Art. 486 – Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil”.

Em relação ao dispositivo em comento, Vitagliano observa que devem ser distinguidos dois tipos de atos anuláveis contra os quais pode ser ajuizada a ação anulatória: os atos judiciais, que não dependem de sentença ou em que esta for meramente homologatória, e os atos jurídicos em geral.

Atos judiciais, *stricto sensu*, são aqueles praticados em juízo por autoridade judiciária, ou perante ela ou por sua ordem. Podem ser assim definidos: “Ato judicial – diz-se daquele praticado em juízo por autoridade judiciária, ou perante ela ou por sua ordem. Ato judicial sem força de sentença – diz-se do ato puramente administrativo do poder Judiciário. Diz-se, também do ato de jurisdição graciosa, que não produz coisa julgada; do ato sem caráter jurisdicional.”

O ato judicial de que cogita o artigo sob comentário é ato do juiz, ou ato da parte praticado no processo, isto é, aquele perante o juiz, envolvendo relação de direito material.

É este o ato que, aperfeiçoado independentemente de sentença, ou através de sentença meramente homologatória, pode ser rescindido, na expressão da regra. Ad. Ex. a venda judicial (arrematação), a separação judicial consensual.

O primeiro desses atos, que é do juiz, não depende de sentença (art. 694, *caput*); o segundo, que é ato da parte, depende, embora, de sentença meramente homologatória (art. 1.122, § 4º). [...].

Os “atos jurídicos em geral”, conforme preceitua o art. 486 do CPC, são, portanto, todo e qualquer ato de vontade praticado, que possa gerar efeitos no mundo jurídico, extraprocessual ou processualmente, reconhecido ou não por uma sentença judicial, ato este que, sendo nulo e assim declarado,

torna-se ineficaz, e, até, inexistente, dependendo da nulidade ou anulabilidade declarada (VITAGLIANO, 2008, p. 83).

Isto posto, observa-se que a ação anulatória visa desconstituir atos judiciais e os praticados pelas partes em juízo, dependente ou não de sentença homologatória, bem como os demais atos jurídicos em geral. Trata-se de uma das formas de impugnação do ato judicial e, conseqüentemente, da sentença trãnsita em julgado inconstitucional.

Apresenta a referida ação três grandes vantagens a ser consideradas, quais sejam: 1) ter previsão legislativa; 2) não depender de segurança do juízo; e 3) não ensejar a reabertura de processo findo para a desconstituição da sentença portadora do vício da inconstitucionalidade, pois, com o julgamento da procedência da ação, há a declaração de nulidade daquela sentença e o retorno das partes ao estado de fato anterior aos efeitos produzidos pelo ato anulado, como efeitos automáticos.

3.5 UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO

Ao se tratar da “coisa julgada inconstitucional”, percebe-se que embora se venha, há algum tempo, contestando a autoridade absoluta da coisa julgada e defendendo-se a mitigação de seus efeitos em determinados casos, as considerações doutrinárias e os precedentes jurisprudenciais, neste sentido, caracterizam-se pelo casuísmo.

Nota-se a existência de grandes controvérsias acerca deste instigante tema, em especial, quanto às hipóteses de admissão da tese, à natureza jurídica do vício que contamina a sentença e aos instrumentos direcionados à sua desconstituição. Percebeu-se, assim, a necessidade de uma proposta de sistematização do instituto numa tentativa de torná-lo, verdadeiramente, eficaz.

Semelhante dificuldade foi percebida por Ramos (2007, p. 94) ao afirmar que é fácil evidenciar um objetivo comum, de dar prevalência a valores substanciais, como a justiça das decisões, em detrimento das regras processuais. No entanto, não se vê o mesmo esforço comum para uma precisa sistematização da matéria, com o

estabelecimento de critérios objetivos para a definição dos casos em que a autoridade da coisa julgada deva ser “relativizada”, e em que limites isso deve ocorrer.

Relembra o autor (2007, p. 96), com base nas lições de Paulo Otero, que o princípio da constitucionalidade resume a idéia de respeito incondicional à ordem constitucional vigente, e que de seu enunciado são extraídos todos os demais princípios e valores que informam o ordenamento jurídico.

Tal visão auxilia na tentativa de sistematização do instituto, uma vez que possibilita encaixar todos os casos inspiradores da doutrina e da jurisprudência referente à “coisa julgada inconstitucional” em um mesmo lugar, qual seja, o desrespeito às regras e aos princípios constitucionais, sintetizados no princípio maior da constitucionalidade.

Nota-se que, em linhas gerais e de forma resumida, a coisa julgada inconstitucional é a expressão da idéia de uma decisão judicial transitada em julgado que acoberta uma violação à Constituição Federal, conforme salientamos no primeiro capítulo deste estudo.

Neste sentido, são várias as hipóteses de “coisa julgada inconstitucional” que, a título ilustrativo e de forma resumida, Talamini (2005, p. 406-414) passa a elencar: a) sentença amparada na aplicação de norma inconstitucional; b) sentença amparada na interpretação incompatível com a Constituição; c) sentença amparada na indevida afirmação de inconstitucionalidade de uma norma; d) sentença amparada na violação direta de normas constitucionais ou cujo dispositivo viola diretamente normas constitucionais; e) sentenças que, embora sem incidir em qualquer das hipóteses anteriores, estabelecem uma situação diretamente incompatível com os valores fundamentais da ordem constitucional.

Num ensaio didático se elegem 4 (quatro) hipóteses de sentenças para melhor visualização da temática apresentada, são elas:

Sentença 1 – Sentença que aplica lei já declarada inconstitucional por ação própria, perante o Supremo Tribunal Federal;

Sentença 2 – Sentença que aplica lei notoriamente inconstitucional, ainda não declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que o Juiz em controle difuso de constitucionalidade com efeitos *inter partes*, a declara contrária a Carta Magna naquele caso concreto;

Sentença 3 – Sentença que aplica lei notoriamente inconstitucional, ainda não declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que o Juiz por entendê-la constitucional a aplica.

Sentença 4 – Sentença que contraria norma notoriamente constitucional e/ou princípio da Constituição.

Diante do ensaio apresentado é forçoso concluir que somente três hipóteses apresentadas reputam-se interessantes para a temática proposta, quais sejam a sentença 1, a sentença 3 e a sentença 4, visto que geram coisa julgada inconstitucional. Ao revés, no que tange a sentença 2, trata-se de uma hipótese em que a conduta do sentenciador demonstra-se ideal perante o ordenamento jurídico, não se enquadrando no universo do presente trabalho.

Alcançado o marco teleológico da presente pesquisa, de maneira sistemática, foram analisados os efeitos resultantes da sentença que, em uma das três hipóteses acima escolhidas, surgem quando aplicada uma lei inconstitucional ou contrariado um princípio ou mesmo uma norma constitucional que geram vícios de natureza às vezes material às vezes processual, que somados a inércia das partes ou esgotamento dos meios recursais típicos, culminam com a *Res Judicata*.

Esta, em que pese sua característica de imutabilidade, por conta da sentença que a gerou, traz vícios de natureza material que provocam efeitos no universo jurídico, efeitos estes que se não corrigidos provocaria a perpetuação de uma “verdade” jurisdicional inconstitucional, ensejadora de uma desestabilização das relações sociais, instando uma urgente e necessária correção por meio de instrumento(s) de

controle para que o próprio Poder Judiciário desconstitua aquela sentença viciada, prolatando nova sentença, agora em conformidade com a Constituição Federal.

Por assim dizer, três são as hipóteses possíveis, levando-se em conta o vício de direito material contido na lei inconstitucional, seus efeitos sobre a sentença que a aplica, seus efeitos em relação à coisa julgada e conseqüentemente, qual o instrumento utilizado para controle desses efeitos gerados pela coisa julgada inconstitucional:

1) considerando-se o campo da existência - o vício seria o de inexistência. Este contaminaria a sentença tornando-a também inexistente juridicamente, não formando coisa julgada, sendo necessário para seu controle algum instrumento que obtenha a declaração de inexistência daquele título;

2) considerando-se o campo da validade - o vício seria o de nulidade. Este contaminaria a sentença tornando-a também nula juridicamente, formando, todavia coisa julgada material, sendo necessário algum instrumento hábil para desconstituí-la e que permita o retorno ao *status quo ante* das parte da respectiva demanda;

3) considerando-se o campo da eficácia - o vício seria o de ineficácia. Neste caso, a sentença é existente e válida no universo jurídico, contudo ineficaz, não gerando efeitos jurídicos; conseqüentemente, há a formação da coisa julgada material também ineficaz, sendo necessário algum instrumento apto a desconstituí-la declarando sua ineficácia jurídica.

Tecidas as devidas considerações, necessário se apresenta um rápido retorno a algumas das teses sobre a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, colacionadas alhures e reputadas de maior relevância prática, buscando-se justificar a procedência ou não de cada uma delas, em razão das preocupações materializadas no presente trabalho.

Para Cândido Rangel Dinamarco, os casos de coisa julgada inconstitucional tratam de hipóteses de impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais da sentença, cuja conseqüência seria a inexistência da coisa julgada material, defendendo como

remédios processuais adequados à impugnação da coisa julgada inconstitucional, os seguintes: a) proposição de uma nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo e; c) alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.

No mesmo sentido, defendem Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003) a tese da “inexistência” ao fundamento de que tais sentenças seriam inconstitucionais por acolherem pedidos inconstitucionais, de forma que não seria necessária a utilização da Ação Rescisória, pois nunca haveria a coisa julgada. Além disso, propõem os autores a utilização da Ação Declaratória de Inexistência por ausência de uma das condições da ação, qual seja: possibilidade jurídica do pedido, que não se submete ao prazo do art. 495 do CPC.

Humberto Theodoro Júnior, por seu turno, defende que o vício que acomete a sentença e enseja a desconstituição da coisa julgada dela advinda seria a “nulidade”, uma vez que falta ao ato judicial em questão condição para valer no mundo jurídico, não gerando os efeitos para os quais foi praticado; assim, embora existente, o ato é nulo. Logo, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo, até mesmo de ofício pelos julgadores, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de nulidade ou em embargos à execução.

De acordo Carlos Valder do Nascimento, o vício que contamina as sentenças ou acórdãos que discordam dos mandamentos constitucionais também seria a “nulidade”, e a eliminação da sentença nula (inconstitucional) é necessidade urgente, diante de sua forte carga lesiva ao ordenamento jurídico, em prol dos primados da moralidade e da legalidade.

Para tal, sugere Nascimento (2002), como instrumentos processuais hábeis à sua desconstituição, a propositura da querela nulitatis, por ser uma ação declaratória, não sujeita a lapso temporal, quando não mais possível a desconstituição do julgado pela Ação Rescisória; e dos embargos do devedor, por orientação legislativa do art. 741, parágrafo único do CPC, que deu força de controle aos atos jurisdicionais e

abraçou a tese da nulidade da coisa julgada desconforme a Constituição. E, posteriormente, conforme mencionado alhures, inclui outros instrumentos, como ação declaratória de nulidade absoluta da sentença e exceção de pré-executividade.

Percebe-se, com isso, que parte dos autores, cujas teses foram lembradas neste estudo, defende que sentença violadora de norma constitucional é nula, pois os efeitos que dela decorrem são juridicamente inviáveis e não podem ser cumpridos pelos seus destinatários sob pena de quebra da própria ordem constitucional e do Estado Democrático de Direito. Enquanto que outros autores, aqui também lembrados, afirmam que a sentença trânsita em julgado inconstitucional seria inexistente.

Independentemente de qual posição se adote no que tange à natureza jurídica da sentença, o que mais preocupa é a falta de coerência processual entre alguns autores aqui nomeados e tantos outros que parecem permanecer levando o equívoco adiante, na relação entre o vício e o(s) instrumento(s) para seu controle do ato judicial viciado.

Nesse sentido, não haveria necessidade de tantos instrumentos possíveis e da busca incessante por fundamentos para a aplicação de cada um deles; bastaria que cada autor definisse qual o vício, a fim de aplicar-se o mecanismo jurídico já definido pelo próprio ordenamento para compeli-lo.

Conforme restou demonstrado em capítulo próprio, de acordo com o Código Civil brasileiro vigente, são 3 (três) os vícios que podem acometer o ato jurídico: inexistência, nulidade absoluta e nulidade relativa. Contudo, somente os dois primeiros importam, verdadeiramente, para esta tentativa de sistematização, uma vez que a gravidade do defeito da sentença (e a conseqüente coisa julgada) inconstitucional somente é compatível com a inexistência jurídica ou a nulidade absoluta, trazendo, inclusive divergência na doutrina quanto à adoção de um ou outro vício para o caso em tela e não havendo, sequer, menção à nulidade relativa.

Ressalta-se que a sentença inexistente sequer transita em julgado em virtude da gravidade e intensidade do vício que a contamina; ao passo que a sentença

contaminada do vício da nulidade absoluta, mesmo sendo gravemente acometida, é capaz de sobreviver à ocorrência da própria coisa julgada material, o que a torna, via de consequência, uma decisão desconstituível; e finalmente, a sentença relativamente nula é portadora de vício leve que, uma vez transitada em julgado, não pode mais ser desconstituída, restando-se sanada.

Por assim dizer, bastaria que se definisse a natureza do vício ensejador da inconstitucionalidade da sentença como de INEXISTÊNCIA para estar passível de impugnação pela AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA; ao revés, resta defender que o referido vício é de nulidade absoluta para se entender cabível a AÇÃO ANULATÓRIA ou a *QUERELLA NULITATIS*, dependendo do fundamento a ser adotado.

Partindo-se desta premissa, destaca-se que, embora bastante criticada a tese de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003), de cujo entendimento também se discorda, não se pode deixar de louvá-la, por ser a tese que mais guarda pertinência com o que propõe este estudo, qual seja, a coerência entre o vício apontado e o instrumento de controle, visto que os mencionados autores defendem tratar-se de vício de inexistência e, para tal, sugerem como instrumento hábil para a impugnação a ação declaratória de inexistência.

Ao revés, Dinamarco (2002), por exemplo, mesmo afirmando a presença do mesmo vício, qual seja, a inexistência, sugere tantas outras ações para o respectivo controle sem, ao menos, mencionar a Ação Declaratória de Inexistência. E como este, vários outros autores, mesmo defendendo a nulidade, e com a qual concorda-se, conforme dito alhures, divagam, por elencarem inúmeros instrumentos para seu desfazimento, sem buscar a relação direta de coerência com o vício por eles apontado.

CONCLUSÃO

O sistema constitucional brasileiro adotou o modelo de Constituição rígida⁸⁶, guardando obediência ao Princípio da supremacia das normas constitucionais. A Constituição da República Federativa do Brasil é a lei suprema do País e nenhuma manifestação de vontade ou ato jurídico são válidos se estiverem em desacordo com os preceitos nela inseridos, sejam regras ou princípios explícitos ou implícitos da Constituição.

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, conforme assegura o art. 1º da Constituição Federal de 1988 e daí decorrem vários princípios, destacando-se dentre eles a justiça e segurança jurídica, colocados em choque ao tratarmos da desconstituição da coisa julgada inconstitucional, objeto do presente estudo.

Assevera Siqueira (2006, p. 210) que:

Justiça e segurança jurídica são princípios indispensáveis do Estado de Direito. A segurança jurídica produz certeza e confiança nos indivíduos na busca do conhecimento sobre qual o direito é aplicável. A justiça é a conformidade com a lei e, acima de tudo, com a mais importante de todas as leis (que é a Constituição). Correto, pois, entender-se que uma decisão judicial que contraria o Texto Fundamental é injusta ou violadora do princípio da justiça, além de gerar incerteza nas relações jurídicas. [...]. Nesta operação, não há que se falar em ponderação entre segurança jurídica e a justiça, buscando saber qual delas possui maior peso no caso concreto. Esses princípios não devem ser colocados em uma balança. A justiça é sempre objetivo do Direito e a segurança jurídica, antes de ser uma finalidade, é uma condição *sine qua non*, uma qualificação do próprio Direito em si.⁸⁷

⁸⁶ As Constituições rígidas são as que não podem ser modificadas do mesmo modo que as leis ordinárias, dependendo de um processo de reforma mais complicado e solene. Quase todos os Estados modernos aderem a essa forma de Constituição, sendo variável, contudo, o grau de rigidez apresentado; o que leva alguns atores a falar em Constituições rígidas e semi-rígidas, em oposição às flexíveis. No mesmo sentido, BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. – 20 ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 83.

⁸⁷ Siqueira (2006, p. 210-211) traz, ainda, um sentido de justiça equivalente à igualdade, o que lhe permite concluir que a Constituição Federal deve valer igualmente para reger a conduta de todos e ter suas normas aplicadas com isonomia frente a situações fáticas equivalentes. De forma que há injustiça quando, um número de pessoas é contemplado por decisões judiciais transitadas em julgado e, posteriormente, outras pessoas (na mesma situação fática) não podem obter pronunciamentos jurisdicionais no mesmo sentido, pelo fato de, nesse interregno, o Supremo Tribunal Federal ter se manifestado, por exemplo, pela inconstitucionalidade do ato normativo que as fundamentou.

No direito brasileiro, influenciado, principalmente, pela doutrina de Enrico Túlio Liebman, o instituto da coisa julgada é visto, regra geral, como a qualidade dos efeitos da sentença que a torna imutável. E o Código de Processo Civil de 1973, apesar de sua redação equivocada, adotou o conceito de Liebman, conforme ficou reconhecido na exposição de motivos do mesmo diploma legal.

Quanto à natureza jurídica da coisa julgada, há divergência na doutrina quanto a ser norma constitucional, em razão do art. 5º, XXXVI da CF/88 que prevê: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; ou ser norma infraconstitucional, já que sua definição legal é trazida, expressamente, nos artigos 467 a 475 do Código de Processo Civil vigente.

Defendemos a idéia de ser a coisa julgada um direito constitucional fundamental que deve ser respeitado, via de regra. Contudo, mesmo tratando-se de instituto de natureza constitucional, não é possível que a coisa julgada venha a tornar imutável uma sentença desconforme a Constituição Federal, sob pena de gerar coisa julgada nula, passível de desconstituição mediante ação própria.

Leciona Siqueira (2002, p. 212):

A coisa julgada configura norma jurídica individual ou norma para o caso concreto. Quando viola a Constituição, não deixa de ser um ato existente. O problema não se dá no plano da existência, muito menos no da eficácia. A questão é de validade: o ato processual contém uma nulidade absoluta, que jamais convalesce. O vício de inconstitucionalidade é imprescritível, insanável.

Isso posto, se a coisa julgada material for contrária a regras ou princípios constitucionais, não poderá prevalecer sob o mero argumento da segurança jurídica, uma vez que não é legítimo eternizar injustiças sob o pretexto de evitar a eternização de incertezas. Afinal, a coisa julgada foi criada com a finalidade de garantir a segurança jurídica à sociedade, entretanto, no momento em que passa a ser possível a eternização dos efeitos de eventual decisão ofensiva à própria Constituição, surgirão mais insegurança e incerteza jurídicas, no âmbito dessa mesma sociedade.

As nulidades que afrontam a Constituição sempre serão absolutas, logo, podem (e devem) ser declaradas de ofício pelo Magistrado em qualquer grau de jurisdição e/ou pela provocação das partes, por meio de mecanismo próprio.

Assim, quanto ao cabimento da Exceção de pré-executividade ⁸⁸, ventilada por Humberto Theodoro Júnior (2002) e Carlos Valder Nascimento (2002), v.g, optamos por não discuti-la, uma vez que se trata de instrumento não previsto na legislação brasileira, mas mera construção doutrinária e jurisprudencial.

No que tange à Ação Rescisória, também entendemos não ser essa cabível em especial, nos moldes como vem delimitada pelo Código de Processo Civil vigente. Isso se pensa porque, como a violação à Constituição é o maior vício que pode existir no sistema jurídico, a utilização deste instrumento só poderia ser ventilada caso houvesse uma ‘filtragem’ constitucional no art. 495 do referido Código, para permitir sua propositura fora do prazo de 2 (dois) anos, previsto para os casos de violação da legislação infraconstitucional.

Procedendo desta forma, estaria o Poder Judiciário legislando, ou seja, invadindo competência de outra função da República ou dependendo de pronunciamento do Poder Legislativo quanto à definição do referido lapso temporal e aguardando alteração da legislação pertinente, qual seja, a Lei 5.869/73 - Código de Processo Civil.

Outro argumento contrário à utilização da Ação Rescisória para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional é que estamos filiados à corrente doutrinária que entende tratar-se de nulidade o vício em questão, logo, a sentença inconstitucional viciada também é nula e, por assim dizer, não produz efeitos, sendo nula também a coisa julgada que sobre esta venha a incidir.

⁸⁸ Tal mecanismo investe o magistrado de um mecanismo jurídico que lhe permita, nas hipóteses de vícios materiais ou formais do título executivo objeto da execução materialmente comprovados, admitir sua alegação pela parte executada e decidir a questão, independentemente da garantia do juízo pela penhora que seria um pressuposto necessário para o devedor se opor à ação executiva.

No que tange aos Embargos à Execução embora sejam instrumento de previsão expressa pelo nosso ordenamento jurídico, também não se denotam eficazes, pois se revelam parciais, uma vez que somente são possíveis contra sentenças condenatórias além de sujeitarem o embargante a, primeiramente, garantir o Juízo com a penhora de seus bens; cerceando, notadamente, o acesso à justiça do cidadão que já carrega o fardo de ter contra si uma sentença inconstitucional.

A *querela nullitatis* (embora venha denominada por alguns de ação declaratória de nulidade), também poderia apresentar-se como instrumento hábil à desconstituição da referida coisa julgada, entretanto, não há previsão de sua utilização pelo ordenamento jurídico brasileiro atual, sendo tratada como um embrião das ações impugnativas como a Ação rescisória, por exemplo.

Nesse caso, na falta de regramentos específicos, haveriam de se adotar, por analogia, as regras da ação rescisória, excluindo-se, da mesma forma, o prazo decadencial de 2 (dois) anos, conforme explicitado alhures. Entretanto, para a utilização desse mecanismo, o julgador, necessitaria de legislar ainda mais. Soma-se a este, o fato de que tal ação não traz consigo o efeito de suspensão da execução, dependendo para atingir esta finalidade do ajuizamento de ação cautelar própria.

Por assim dizer, defendemos neste estudo, ser a Ação Anulatória o instrumento jurídico-processual hábil para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, não sujeita a prazo prescricional ou decadencial, pois as nulidades absolutas são insanáveis, devendo ser reconhecidas e declaradas, independentemente de juízo ou grau de jurisdição, até mesmo de ofício pelo magistrado, conforme enfatizado em capítulo próprio.

A Ação anulatória, além de ter previsão legal nos moldes do artigo 486 do Código de Processo Civil brasileiro atual, não depende de garantia do juízo e, em especial, permite, com o julgamento da procedência da ação, a declaração de nulidade daquela sentença e o retorno das partes ao estado de fato anterior aos efeitos produzidos pelo ato anulado, como efeitos automáticos, não ensejando a reabertura

de processo findo para a desconstituição da sentença portadora do vício da inconstitucionalidade.

Outrossim, necessário enfatizar que, ao lado da Ação Anulatória de cunho jurídico-processual, conforme destacamos acima, também defendemos serem perfeitamente cabíveis as garantias constitucionais do Habeas Corpus e do Mandado de Segurança para a desconstituição da sentença trãnsita em julgada inconstitucional, ao fundamento de que tal autorização advém do próprio legislador constituinte que elencou-os dentre os remédios que possui o jurisdicionado para a defesa de seus Direitos Fundamentais, independentemente do vício ensejador da inconstitucionalidade da coisa julgada em foco.

Insta destacar que, relembando Nascimento (2005, p. 182) a Constituição assegura ao jurisdicionado amplo acesso ao Poder Judiciário, ao qual poderá sempre recorrer para ter apreciada qualquer ameaça ou lesão à direito, e, por assim dizer, prerrogativas como a inafastabilidade da função jurisdicional e o direito de petição, devem ser sempre observados, sob pena de tornar-se letra morta todas as garantias asseguradas pela Constituição Federal.

Por fim, entendemos que não há necessidade da criação de nenhum instrumento específico para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional, pois nosso ordenamento jurídico já apresenta mecanismos suficientes para tal controle, tanto no âmbito infraconstitucional, quanto na própria Constituição Federal de 1988, e não deve ser o *nomen juris* do instrumento o fator impeditivo da efetividade de qualquer direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Eneá Stutz (org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. **O controle da coisa julgada inconstitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2006.

ARAGÃO, Egas Moniz. **Sentença e coisa julgada** – Exegese do Código de Processo Civil (arts. 444 - 475). Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ARAÚJO, Marcelo Cunha. **Coisa julgada inconstitucional: hipóteses de flexibilização e procedimentos para impugnação**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6 ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**/Luís Roberto Barroso (organizador) – 2 ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 2 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERMUDES, Sérgio. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. Yussef Said Cahali (org.), 7. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: RT, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança: comentário às leis 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66**. 3. ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPELLETI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Vander do (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- DIDIER JUNIOR, Fredie & ZANETI JUNIOR, Hermes – **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo** – Bahia: Edições Jus Podium, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. In: **Jus Navigandi**, Teresina, a.6, nº. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em: 03 jun. 2005.
- DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. In: NASCIMENTO, Carlos Vander do (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção ao credor na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- FURTADO, Fabrício Adroaldo . Réu revel não citado, 'querela nullitatis' e ação rescisória. In: **Revista de processo**, nº 48. São Paulo, out./dez., 1987.
- JEVEAUX, Geovany Cardoso. - O controle da sentença transita em julgado no contexto do acesso á justiça. In: ALMEIDA, Eneá Stutz (org.). **Direitos e garantias fundamentais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada: temática processual e reflexões jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- _____. (Coord. e colab.). **Coisa julgada**: de Chiovenda a Fazzalari. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra – **Ação Civil Pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público**, São Paulo: LTr: 2001.

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

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derecho fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1984

LUZ, Valdemar p. da. **As imperfeições legislativas e suas conseqüências: o Problema da Insegurança Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

MACEDO, Alexander dos Santos. **Da querella nullitatis: sua subsistência no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MACHADO, Daniel Cordeiro. **A coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Milenium, 2000. v. IV.

MAZZILLI, Hugo Nigro, 1950 – **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses** – 17 ed. Rev., ampl e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses** – 13 ed. Rev., ampl e atual. – São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. V.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Princípios fundamentais** – Teoria Geral dos Recursos. 5. ed, rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal** . 8 ed , rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIANI, José Alexandre Manzano. **Impugnação de sentença materialmente transitada em julgado, baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional em controle concentrado pelo STF: ação rescisória ou**

declaratória de inexistência?”. In Revista de Processo. São Paulo: RT, ano 28, nº 112, out.-dez. de 2003.

ORDENAÇÕES Filipinas, vol. II, livros II e III. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 684-685. Reprodução em “fac-símile” da edição feita por Candido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870.

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

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Coisa julgada inconstitucional**. Salvador: Editora Jus Podium, 2007

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

SCHAFER, Jairo Gilberto. **Restrições a direitos fundamentais** (Dissertação de Mestrado), UFSC, 2000.

SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. **A coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Vander do (org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença**. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, Ano 5, nº 19, jul.-set. de 1980.

VITAGLIANO, José Arnaldo. **Coisa julgada e ação anulatória**. 1. ed. (ano 2004), 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2008.

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. **Antecipação de tutela**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.